



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A reserva do possível e o mínimo existencial: os custos dos direitos

Erivan Paulo da Silva

Rio de Janeiro  
2015

ERIVAM PAULO DA SILVA

A Reserva do Possível e o Mínimo Existencial: os custos dos direitos.

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Guilherme Sandoval

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro  
2015

## A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL: OS CUSTOS DOS DIREITOS

Erivam Paulo da Silva

Graduado em Administração de Empresas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Servidor público.

**Resumo:** As mudanças pelas quais o Estado passou e vem passando, principalmente quanto aos reflexos em seu papel orientador e condutor de políticas públicas, têm causado uma diminuição na eficiência desse processo, fazendo com que termos como reserva do possível, mínimo existencial e judicialização da política, dentre outros, se tornem alvo de discussões e críticas. Esse artigo busca fazer uma abordagem, de modo a se questionar, tomando-se por base essas expressões, a necessidade de também se incluir nesses debates outros elementos que permitam ampliá-lo no âmbito do judiciário, que vem atuando no sentido de suprir a inação dos poderes legislativo e executivo no que se refere a um melhor atendimento dos direitos básicos dos indivíduos. Elementos como custos públicos, orçamento público e ciclo das políticas públicas devem fazer parte desse cenário, principalmente quando se buscam novos arranjos democráticos institucionais.

**Palavras-chave:** Mínimo Existencial. Reserva do Possível. Políticas Públicas. Orçamento Público. Judicialização. Ativismo Judicial. Custos.

**Sumário:** Introdução. 1. Revisitando conceitos e definindo problemas. 2. Custos financeiros como elemento interno ao direito. 3. Necessidade de interações. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O tema escolhido para ser analisado neste artigo tem por ponto de partida dois termos que vêm sendo motivo de discussões acirradas, seja no âmbito judicial, pelo fato de estarem relacionados aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, seja perante as Ciências Sociais, Economia, Administração Pública ou Ciências Políticas, sendo que nessas áreas pouco se tem discutido sobre os custos necessários para a realização dos direitos, especialmente aqueles tidos por fundamentais, cuja efetivação pelo Executivo / Administração Pública tem ficado bem aquém de uma prestação digna, tendo por consequência, direta e perceptível, um maior protagonismo do Judiciário.

Da participação conjunta de diversos atores, às vezes com interesses antagônicos, os termos mínimo existencial e reserva do possível vêm sendo utilizados, na maioria dos casos,

como solução para os problemas nessa área, fazendo com que surjam críticas a esse modelo que se apresenta, em especial quanto à necessidade de uma maior clareza sobre o impacto dessas decisões judiciais na formulação de políticas públicas, no ciclo orçamentário e também quantos aos novos limites que estão sendo desenhados para as funções e separação dos poderes.

Diante de uma demanda crescente por serviços prestacionais, o Estado, representado nesse caso, em grande parte, pelo Executivo, busca um limitador de natureza objetiva, que é o orçamento público. Essa sustentação é feita sobre o termo reserva do possível, pois, sendo limitada a capacidade arrecadatória do Estado, a alocação de recursos para as políticas públicas garantidoras desses direitos não poderia ser feita de modo pleno e efetivo, o que, de certo modo, se alinha com uma expressão dita e repetida por parte de setores da economia, que apregoam que o Estado Brasileiro não cabe no seu PIB (Produto Interno Bruto).

A solução não se aparenta próxima ou de fácil solução, o que demanda dos atores que integram e atuam nesse ambiente a necessidade de se ampliar o foco dos debates, de modo a se incluir e considerar outros fatores, especialmente os de caráter econômico, para que assim haja uma “despolarização” em relação aos termos reserva do possível e mínimo existencial e o assunto adquira maiores e melhores contornos, facilitando o seu entendimento.

## **1. REVISITANDO CONCEITOS E DEFININDO PROBLEMAS**

Segundo Barroso<sup>1</sup>, com o ingresso da dignidade da pessoa humana no âmbito do direito constitucional, a partir do segundo pós-guerra, e a sua elevação pela Constituição Federal de 1988, que a colocou como centro axiológico de todo o sistema constitucional, torna-se intuitivo concluir que quaisquer debates que passem pela concretização dos direitos previstos constitucionalmente terão, por plano de fundo, a busca pela efetivação daquele princípio máximo, sendo que, conforme esse autor, a falta de um consenso acerca de seu

---

<sup>1</sup>BARROSO, Luis Roberto. [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/aqui\\_em\\_todo\\_lugar\\_dignidade\\_humana\\_direito\\_contemporaneo\\_discurso\\_transnacional.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf). Acesso em: 23 jan. 2015.

conteúdo tem permitido a sua utilização como tanto como fundamento moral como também fundamento normativo para se justificar e realizar os direitos fundamentais.

Nessa linha, uma questão que se coloca diz respeito à possibilidade de se submeter o princípio da dignidade da pessoa humana à ponderação e à proporcionalidade, em que a sua pretensão normativa pode ceder, conforme as circunstâncias, a elementos contrapostos. Ou seja, deveria a busca pela efetivação desse princípio não admitir limites?

Diante dessa vagueza e da pluralidade de conceitos assumidos pela dignidade da pessoa humana, o que gera debates pouco produtivos e desprovidos de uma visão sistêmica, a afirmação de Nabais<sup>2</sup> se mostra bastante pertinente nesse contexto, afirma o autor:

Compreende-se assim que a outra face, a face oculta da liberdade e dos direitos, que o mesmo é dizer da responsabilidade e dos deveres e custos que a materializam, não seja bem-vinda ao discurso social e político nem à retórica jurídica.

Tal afirmação decorre do entendimento tido pelo autor no sentido de que existe um lado oculto em se tratando da realização dos direitos, uma face que é renegada pelo mundo jurídico, mas que é o outro lado da moeda. O autor cita os custos públicos e os deveres constitucionais como exemplos, afirmando que são elementos necessários para esse fórum de debates, em que se discute basicamente: o papel do Estado; as suas responsabilidades; os papéis dos atores e as consequências das tomadas de decisões, sejam elas para a criação ou extinção de uma determinada política pública ou aquelas advindas da provocação do judiciário, enquanto poder constituído.

Sendo o Estado um instrumento e não um fim em si mesmo, e que serve ao homem para o alcance de seus objetivos, as possíveis perguntas a se responder seriam: Quais seriam estes objetivos? Seriam eles universais? Qual a melhor forma de representá-los? Qual seria o fim buscado pelo Estado? Quais os novos papéis dos atores institucionais nesse processo?

---

<sup>2</sup> NABAIS, José Casalta. <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>. Acesso em 23 jan. 2015.

Dallari<sup>3</sup> busca na igreja católica um ponto de apoio para definir esse objetivo, colocando que: “o fim do Estado é o bem comum”. Este entendimento, de certa forma, se coaduna com o que foi colocado acima, pois a Constituição Federal erigiu, dentre seus pilares, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse autor faz uma associação bastante pertinente e que bem representa a realidade brasileira. Ele coloca que para a consecução de seus fins, o chamado Estado-de-Direito Moderno reparte esta busca por três atividades diversas, que são as funções legislativa, executiva e jurisdicional, afirmando: “[...] é facilmente verificável que há, de fato, uma estreita relação entre os fins do Estado e as funções que ele desempenha”.

Representando o princípio da separação de poderes de Montesquieu, essas funções, harmônicas na sua concepção, não têm na prática do exercício de suas atividades uma divisão tão rígida que proporcione uma clara distinção e que permita sua perfeita individualização, situação esta que se reflete claramente nas ações estatais, as quais possuem áreas que se interpenetram e se influenciam, não sendo sempre possível analisá-las de forma isolada quando se trata da sua influência na vida social.

Ao analisar as realidades estatais ao longo dos tempos, Saravia<sup>4</sup> afirma que a concepção jurídica ganha destaque e força no sistema brasileiro a partir do momento em que este passa a considerá-la como essencial para seu funcionamento. Essa visão legalista introduz a preferência pelo estudo das estruturas e das normas, privilegiando uma visão mais estática do Estado e da Administração Pública, a qual passa a ter no Direito um elemento fundamental para a definição e delimitação de suas práticas, servindo inclusive como legitimador para algumas de suas ações.

---

<sup>3</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 95.

<sup>4</sup> SARAIVIA, Enrique J. ; FERRAREZI, Elisabete. *Políticas Públicas*. Coletâneas. Volumes 1 e 2. Brasília: ENAP, 2006, p. 21.

Resende<sup>5</sup>, em uma análise sob o vies estritamente econômico, afirma que estas novas atribuições se traduzem principalmente pela busca de ações que corrijam as assimetrias existentes, procurando promover ajustes na alocação de recursos e de renda, influenciando principalmente a esfera social, fazendo surgir o termo *welfare state*.

Saravia<sup>6</sup> e Bresser-Pereira<sup>7</sup> afirmam que a crise desse modelo intervencionista, a partir da década de setenta, traz consigo novos desafios entre Estado e sociedade. Segundo esses autores, as condicionantes para a exaustão deste modelo de atuação estatal está tanto na incapacidade do Estado de responder em tempo hábil às novas demandas, como também em relação à sua capacidade financeira, a qual se mostra incapaz de suportar a forma adotada. Nesse novo cenário surgem algumas macro questões que devem ser consideradas, como a reforma do Estado; direitos e desigualdades sociais e o federalismo e a escassez de recursos.

Como soluções, surgem propostas para a redução do tamanho do Estado e também pela busca por novos instrumentos de ação, os quais passam a ser prioridades, estando, porém, agora atrelados a outros princípios, como agilidade, flexibilidade, eficiência e redução de custos.

Exatamente nesse ponto é que várias questões se colocam, veja-se: diante de um cenário limitado de recursos, existe espaço para uma aplicação irrestrita pela efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana? Essa efetivação ocorreria necessariamente com o atendimento do mínimo existencial? Por sua vez, pode o Estado se escusar da prestação desse mínimo sob a alegação da reserva do possível? Qual a relevância dos custos públicos no ciclo de políticas públicas e de que forma as decisões judiciais impactam essa formulação e impõem a necessidade de novos arranjos institucionais?

---

<sup>5</sup> RESENDE, Fernando Antonio. *Finanças Públicas*. 2 ed. São Paulo; Atlas, 2006, p. 18.

<sup>6</sup> ibidem. p. 24.

<sup>7</sup> BRESSER-PEREIRA, Luis. Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. Trinta e quatro, 1998, p. 48.

## 1.2 – POLÍTICAS PÚBLICAS

Entender o significado e o alcance da expressão “política pública” é fundamental como um primeiro passo para a compreensão da sua importância diante do atual cenário, principalmente no que tange aos aspectos sociais, econômicos, políticos e para a produção de novos conhecimentos. É de fundamental importância que, nesse contexto, o conceito envolva uma abordagem multicêntrica. Conforme ressalta Souza<sup>8</sup>, este termo é polissêmico, não existindo uma única definição do que seja uma política pública.

Saravia<sup>9</sup> coloca que a ação baseada no planejamento se desloca para a ideia de políticas públicas, a qual passa a considerar e incorporar aspectos importantes, como o desejo crescente da sociedade em participar, implementar e controlar as decisões estatais, se enriquecendo também com conceitos advindos do campo da tecnologia, economia e administração. Esse autor assim entende:

[...] poderíamos dizer que ela é um sistema de decisões públicas que visa ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, através da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos.

Para Monteiro<sup>10</sup>, qualquer definição de política pública não é um consenso, tais são as possibilidades de percepção que este termo proporciona, ficando a critério daquele que executa o estudo a escolha daquela que melhor represente o objetivo pretendido. Assim, outro conceito é colocado pelo autor: “[...] é um conjunto de ações interligadas e desempenhadas por diferentes *policy-makers*, em diversos estágios do processo decisório”.

Esse entendimento dá relevância ao processo decisório e inclui os “fazedores de política”, permitindo que sua análise se faça tanto pelos interesses dos envolvidos quanto pela operacionalidade da política em si. Nesse raciocínio, outra questão que se coloca diz respeito ao deslocamento desse processo decisório para o Judiciário, em se destaca, como crítica, a

---

<sup>8</sup> SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Revista Sociologias. Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 20-44, jul./dez. 2006.

<sup>9</sup> ibidem. p. 26

<sup>10</sup> MONTEIRO, Jorge Vianna. *Fundamentos da política pública*. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1982, p. 42.



falta de legitimidade, sob o aspecto contramajoritário, que incide sobre esse Poder da República, principalmente no tocante aos aspectos “interesses dos envolvidos” e *policy-makers*.

Outra abordagem sobre o assunto é feita por Secchi<sup>11</sup>, em especial quanto à divisão, mesmo que apenas á nível teórico, das fases que compõem o processo de políticas públicas. Apesar de concordar que não existe necessariamente uma definição para o termo, esse autor afirma: que se deve distinguir entre o que o governo planeja e o que, na realidade, faz; que envolve vários atores sociais e diferentes níveis de decisão, apesar de ser elaborada pelo governo; que é abrangente e não se limita a leis e regras; que compreende uma ação intencional com objetivos delineados e pode gerar impactos de curto e longo prazo e que envolve processos.

Ainda para Secchi<sup>12</sup>, uma análise mais detida sobre esse termo deve envolver as sete fases do ciclo das políticas públicas, que são: identificação do problema; formação de agenda; formulação de alternativas; tomada de decisão; implementação; avaliação e extinção. Outra importante classificação feita por esse autor é no sentido de contemplar cinco dimensões relacionadas ao tema, quais sejam: conteúdo, tempo, espaço, atores e comportamentos.

Com base nos autores acima citados, pode-se afirmar que a alocação de recursos, para determinada política pública, é feita dentro de um processo decisório que tem por protagonista o Executivo/Administração Pública, que, materializada no Orçamento Público, passa a atuar como um limite, principalmente quanto ao aspecto econômico-financeiro. Conclui-se também, que sendo formada por fases e sendo resultado de um processo decisório ocorrido basicamente no Executivo, que decisões posteriores que mudam essa alocação de recursos serão feitas no momento da implementação da política, o que, de certo modo, compromete o que havia sido delineado anteriormente para a sua execução.

---

<sup>11</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2011, p. 41.

<sup>12</sup> *ibidem*. p. 26-44

### 1.3 – O MÍNIMO EXISTENCIAL

A Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. Essa expressão "direitos fundamentais" tem a sua origem na França, sendo uma decorrência direta da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e que, posteriormente, alcançou diversos países que a adotaram e a inseriram em suas Constituições. Desse movimento, classificações dos direitos como de primeira, segunda ou terceira geração foram sendo adotadas, porém, para efeito desse artigo, o entendimento será o de que todo o direito, previsto em sede constitucional, que possa ser objeto de tutela pelo judiciário, quando de sua não prestação, total ou parcial, pelo Executivo, entender-se-á como possível de a ele se estender o instituto do mínimo existencial e da reserva do possível.

Torres<sup>13</sup> afirma que a ideia do mínimo existencial se confunde com a questão da pobreza, possuindo também uma estreita vinculação e importância com a fiscalidade moderna. Nos dias atuais, sob a ótica do Estado democrático de direito, essa questão está sendo vista e analisada sob a teoria dos direitos humanos e do constitucionalismo, não possuindo inclusive uma dicção constitucional própria, impondo-se assim que seu entendimento tenha por base os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e alguns incisos dos artigos 5º e 153 da Constituição Federal.

Passa-se, então, a entender que há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção por parte do Estado, exigindo ainda, por parte deste, prestações estatais positivas em grande parte e necessárias para a sua concreção.

Assim, pode-se inferir que o apelo ao mínimo existencial se dá diante de uma ação ou omissão estatal, desde que possível a alegação de que determinado direito, quando não atendido, violado ou prestado de forma insatisfatória pelo Estado, e que possa ser entendido

---

<sup>13</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 3.

como o mínimo necessário a vida digna, pode ser objeto de análise e concessão pelo Judiciário.

Há setores sociais em que essas demandas são maiores, como é o caso da saúde, porém, outros, como a educação e a segurança também podem apresentar demandas que se constituam em objeto de tutela por parte do Judiciário, o que nos leva às consequências decorrentes, que é o enfrentamento, em sede judicial, das questões econômicas que envolvem as políticas públicas e as discussões acerca da legitimidade do Judiciário em assumir esse papel, fazendo surgir o termo ativismo judicial.

#### **1.4 – A RESERVA DO POSSIVEL**

Exercendo um papel de “resistência”, a reserva do possível, também chamado de princípio da reserva de consistência, se traduz pelo entendimento de que existe uma limitação para o Estado na prestação e satisfação de determinados serviços e benefícios aos indivíduos, guardando uma estreita relação com as condições socioeconômicas e de infraestrutura existentes no aparato estatal. Ressalte-se, que essa impossibilidade não se dá apenas no aspecto financeiro, mas também pode ser dar por outros fatores limitadores, como estrutural, pessoal, logístico e temporal.

De origem germânica, a sua importação e uso na realidade brasileira deve ocorrer com cautela, principalmente pelo caráter de discricionariedade com que passa a ser entendido, pois permite que, determinado ente da federação faça uma avaliação, com base única e exclusiva na sua previsão orçamentária ou na existência de recursos públicos, sobre o cumprimento ou não de um direito constitucionalmente previsto e que se insira no conceito e entendimento do que seja o mínimo existencial, especialmente quando o argumento para esse cumprimento se escore na dignidade da pessoa humana.

Barroso<sup>14</sup> entende e defende que nesse confronto, cujo mediador passa a ser o Judiciário, a atuação deste Poder, assumindo o papel de garantidor da efetivação dos direitos fundamentais, pode comprometer o equilíbrio nas prestações estatais, pois além de não considerar aquilo que foi efetivamente previsto e alocado no orçamento, os seus efeitos assumem um caráter sistêmico, principalmente diante da possibilidade de penhora *on line* de recursos públicos para se garantir a decisão judicial tomada.

Ainda, conforme esse autor, o Judiciário somente tem admitido o princípio da reserva do possível diante de uma prova inequívoca, por parte do Estado, da inexistência de verbas para a prestação ou benefício pleiteado, desconsiderando inclusive, como já dito, os limites orçamentários estabelecidos e as decisões tomadas pelo Executivo / Administração Pública quando da alocação de recursos financeiros para as diversas políticas públicas. Acrescente-se a isso, que na busca pela efetivação de um direito existe a possibilidade, ainda mais gravosa, de que haja o remanejamento de recursos, ocorrendo assim apenas uma troca de quem deva ou não ser atendido, são as chamadas “escolhas trágicas”.

## 1.5 – ORÇAMENTO PÚBLICO

De acordo com a conceituação de Baleeiro<sup>15</sup>, *apud* Mota, o orçamento é considerado:

O ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.

Torres<sup>16</sup> afirma que no Brasil, pela forma como é construído, o orçamento público é considerado uma lei formal, ou seja, a lei orçamentária não cria direitos subjetivos e não modifica o conteúdo das leis tributárias e financeiras. Além disso, é uma lei que possui efeitos meramente concretos, apenas prevendo as receitas e autorizando os gastos.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. “*Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*”, 2010. Tese Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em: 09 out.2014.

<sup>15</sup>BALEEIRO *apud* MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade Aplicada ao Setor Público*. Rio de Janeiro: Estefânia Gonçalves, 2009. p. 17.

<sup>16</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 64.

O orçamento possui forma de lei, mas seu conteúdo representa a forma como o poder público irá dispende seus recursos em um exercício financeiro e a previsão de quais serão as receitas que ele irá arrecadar para esse fim. É de se ressaltar, que há despesas orçamentárias cuja execução é de caráter obrigatório em decorrência das constituições federais e estaduais e leis orgânicas municipais, além de outras leis. Exceto quanto a essas despesas, a população beneficiada pelas ações governamentais não possui o direito de exigir que a despesa prevista no orçamento seja realizada, o que, diante desse fato, surge a questão sobre a mudança nas características desse orçamento, que passaria de meramente autorizativo para ser impositivo.

Com o surgimento da Lei Complementar nº 101/2000 (BRASIL, 2000), mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF – e que instituiu um controle mais rígido sobre as metas fiscais, os entes políticos foram obrigados a realizar suas ações governamentais de maneira a não degradar a sua situação financeira. Isso implica que decisões posteriores que alterem essas alocações, principalmente com o aumento de despesas, têm as suas consequências. Uma das alternativas que se coloca é a realocação de recursos, o que compromete outras políticas públicas em andamento.

## **1.6 – JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL**

A origem desse termo nos remete à jurisprudência norte-americana, que foi a primeira a estabelecer essa mudança de protagonismo, decorrente principalmente das decisões de sua Suprema Corte, ou seja, ele surge como uma decorrência do processo de dar eficácia ao texto constitucional, sendo um fenômeno observável naqueles países que possuem uma Corte Constitucional. Nos dias atuais, o papel que o Judiciário tem assumido faz suscitar o debate acerca de sua legitimidade, principalmente sob o foco de sua representatividade no sentido de manifestação da vontade popular.

Barroso<sup>17</sup>, ao abordar as expressões acima, tratadas em muitos casos como sinônimas, faz a seguinte distinção:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou e não um exercício deliberado de vontade política. (...) Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A temática da judicialização permite uma gama muito extensa de perspectivas de análises, que vão desde as relações entre as instituições, incluindo o estudo de instituições específicas do sistema de justiça, como Ministério Público, Defensoria Pública, Supremo Tribunal Federal, dentre outras, passando também pelos estudos de instrumentos jurídicos específicos ou pela análise de uma política pública específica, como a judicialização da saúde ou da educação.

O que se pode observar em comum nesses estudos é a ideia de que o Poder Judiciário vem assumindo um papel relevante na definição de parâmetros político-sociais para o futuro. A isso se credita o termo judicialização, o qual, segundo Barroso<sup>18</sup>, pode ser conceituado da seguinte forma:

*Judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

## 2. CUSTOS FINANCEIROS COMO ELEMENTO INTERNO AO DIREITO

Os termos Reserva do Possível e Mínimo Existencial polarizam, de forma quase unânime, o debate sobre os direitos fundamentais e o caráter prestacional do Estado para a sua efetivação. Na

---

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf)>. Acesso em: 09 out. 2014.

<sup>18</sup> *ibidem*.

visão de Galdino<sup>19</sup>, a partir do momento em que se considere que todos os direitos públicos subjetivos são positivos, isto é, demandam uma prestação do Estado para a sua efetivação, o que implica custos públicos, há que se proceder a uma releitura das noções que envolvem os direitos fundamentais.

Resende<sup>20</sup>, de uma forma geral, define custos como sendo as medidas monetárias dos sacrifícios financeiros com os quais uma organização, uma pessoa ou um governo, têm de arcar a fim de atingir seus objetivos, sendo considerados esses ditos objetivos, a utilização de um produto ou serviço qualquer, utilizados na obtenção de outros bens ou serviços.

Essa definição pode ser representada e sintetizada pela fórmula econômica básica de formação dos preços, expressada por:  $P = C + MC$ , em que: P= Preço de um produto ou serviço; C= Custos de produção (diretos e indiretos) e MC= Margem de Contribuição (margem de lucro e tributos).

Como se pode observar, há uma relação direta entre esses elementos, sendo intuitivo que para que se diminua o preço de um bem ou serviço, há que, necessariamente, se alterar um dos outros dois fatores, seja pela redução dos custos, o que se consegue com o aumento da eficiência dos processos produtivos – aumento de produtividade –, seja também pela redução da margem de lucro e/ou carga tributária.

Transpondo esse raciocínio para o setor público, as seguintes correlações podem ser estabelecidas:  $CP = PP + LS$ , em que: CP= Custos Públicos; PP= Política Pública; CS= Lucro Social (ou Resultado Esperado).

Monteiro<sup>21</sup> entende que, dada a função do Estado, ele não se orienta pela lógica de mercado e esse lucro social pode também ser chamado de lucro político, desde que sua análise se faça sob o viés de uma perspectiva de manutenção do poder político, podendo, inclusive, ser negativo. Assim considerado, tem-se uma igualdade entre os custos públicos e a efetiva

---

<sup>19</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

<sup>20</sup> RESENDE, Fernando Antonio. *Finanças Públicas*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.

<sup>21</sup> *ibidem*. p. 126.

realização de uma determinada política pública, a qual, em tese, já foi devidamente planejada, contabilizada dentro da correspondente rubrica e inserida no orçamento público.

Farah<sup>22</sup> destaca que a partir da década de 1970 houve a busca para a definição de uma nova agenda de reforma para o Estado. Segundo essa autora, a escassez de recursos, em um segundo momento, passou a ser a questão central, em que foram introduzidas preocupações com a eficiência, a eficácia e a efetividade da ação estatal.

Essas ações demonstram uma clara tentativa de se atuar no sentido da redução dos custos públicos, ou seja, estabelece-se um entendimento de que a efetivação de um programa de governo, funcionamento da administração pública ou mesmo de uma determinada política pública, abstendo-se do viés político de seu resultado, será mais facilmente efetivada se tiver sido planejada, implementada e controlada dentro de um conceito maior, que é aquele voltado para a qualidade dos serviços públicos.

Forçoso então concluir, que estabelecida a alocação inicial de recursos, a qual, levando-se em consideração o ciclo de políticas públicas para a sua definição, e que tem no orçamento público dos entes federativos a materialização dessas escolhas, que quaisquer decisões, em especial as decisões judiciais, que altere essa situação inicial, deve considerar o seu impacto econômico-financeiro, principalmente em decorrência da relevância fático-objetiva imposta pela quantidade de recursos existentes e disponíveis para que o Estado conduza suas atividades e programas.

Assim, se por um lado tem-se o mandamento constitucional para a efetivação dos direitos fundamentais, e do outro, a reserva do possível, vista apenas em seu aspecto financeiro, como sendo o seu contraponto, os custos financeiros, identificados e alocados para aquela determinada política pública, devem ser considerados pelo Judiciário, em especial

---

<sup>22</sup> FARAH, Marta F. S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 1, p. 119-134, 2001.



quando este passa a se imiscuir na regulamentação, intervindo e alterando as atribuições dos demais poderes.

Embora os custos certamente não devam ser tomados como o único referencial ou critério para as decisões políticas e judiciais, fato é que eles não podem ser desconsiderados na discussão acerca da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente diante do crescente ativismo judicial, pois essa desconsideração se apresenta potencialmente perigosa, seja pelo impacto direto nas finanças públicas, acrescendo ou realocando recursos; seja pela irrelevância dada a esse fator estruturante pelas decisões judiciais, à medida que essas deixam de considerá-lo, tanto no ciclo orçamentário quanto no das políticas públicas destinadas a essas atividades.

Ressalte-se, que a concepção dos custos como óbice está sendo colocada dentro de uma visão processual do ciclo de políticas públicas e procura conceber as decisões judiciais em outro ponto desse ciclo, que não o da implementação. Não se está defendendo a idéia de falta de previsão ou insuficiência orçamentária, que é utilizada para se referir à inexistência de suporte financeiro para a concretização de determinados direitos, mas sim à necessária importância que a relação custos/políticas públicas assume, a qual deve ser considerada tanto pelo executivo quanto pelo judiciário.

Galdino<sup>23</sup>, sobre esse ponto, coloca que a utilização, como parâmetro, da noção de custos como óbice, leva necessariamente a se pensar em um orçamento determinado, desconsiderando o fato de que as receitas são captadas de forma permanente. Esse autor acrescenta que o que frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo “direito”, o que leva a concluir que essa opção corresponde, quanto ao ciclo de políticas públicas, à fase de tomada de decisão.

---

<sup>23</sup> ibidem. p. 235

### 3. NECESSIDADE DE INTERAÇÕES

Diante dos conceitos e questões abordados nos capítulos anteriores, necessário se faz retomar a questão das funções e separação dos poderes. A Constituição Federal, em seu artigo 2º, prevê a independência e a harmonia entre os poderes. Entretanto, o que foi observado é que esses papéis funcionais e essa independência têm sido rediscutidos, pois aqueles inicialmente idealizados por Montesquieu não mais conseguem explicar e/ou justificar as relações institucionais do atual contexto.

O crescente protagonismo do Judiciário deve ser considerado no tocante à sua influência na determinação da agenda governamental e também no ciclo de políticas públicas, principalmente em decorrência da judicialização da política, em que se busca, por meio de decisões judiciais, suprir o vácuo legislativo em algumas áreas ou a incapacidade, seja de gestão ou financeira, do executivo na elaboração e condução de políticas públicas voltadas para a efetivação dos direitos constitucionais, estando eles dentro ou não daquilo que se entende por mínimo existencial, haja vista que pelo chamado ativismo judicial outras questões também passaram a ser decididas.

Sobre esses novos arranjos, a importância e relevância de estudos sobre o tema, bem como a interseção com outras áreas do conhecimento ganha importância. Nesse sentido, Valle<sup>24</sup> assim se manifesta:

Neste final da primeira década do século XXI referenda-se a impossibilidade de atuação de um “jurista iluminado” capaz de dar conta do caráter complexo do Direito, fortemente influenciado pela interseção com outras áreas do conhecimento. Impõe-se, portanto, a consolidação de novos direcionamentos para o estudo do fenômeno jurídico, dentre os quais desponta uma construção do conhecimento pautada pelo processo coletivo e dialógico, que possibilite a agregação de pesquisadores, cada qual com suas visões específicas sobre uma ciência multifacetada.

Porém, de todos os mandamentos constitucionais aquele que se mostra mais pertinente e de difícil fuga é o artigo 5º em seu inciso XXXV, que prevê o chamado princípio

---

<sup>24</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15\\_639.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf). Acesso em 23 jan. 2015.

da inafastabilidade da jurisdição, pois uma lesão ou ameaça a direito deverá obrigatoriamente ser apreciado pelo Judiciário. Assim, uma das questões, quanto à efetivação dos direitos fundamentais, reside em se definir a amplitude, o alcance e a real efetividade de uma decisão proferida quando dessa apreciação, seja em relação aos outros poderes, seja em relação ao próprio judiciário no que se refere ao seu papel institucional.

As questões ora colocadas demonstram que a judicialização não é mais uma tendência, mas sim um fato. Percebe-se que o tema justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, apesar de ser alvo de vários debates no cenário internacional e nacional, ainda se ressentem de conceitos mais consistentes, que o direcionem para o atendimento das prioridades constitucionais e, principalmente, que leve a um processo que considere as conjecturas sociais, políticas e econômicas e tenha também, como questão de fundo, a escassez de recursos financeiros.

Sobre esse assunto, Sarmiento<sup>25</sup> faz precisas colocações, afirmando que não só o Judiciário, mas também o sistema como um todo, devem observar determinados parâmetros e elementos que, dentro de um sistema federativo de repartição de competências e recursos, devem ser considerados pelos magistrados quando de suas decisões. Esse autor assim afirma:

Neste ponto, é notável o avanço ocorrido no país, sobretudo ao longo da última década. Até então, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções judiciais neste campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação de poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem em controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais.

(...)

Neste quadro de escassez, não há como realizar, *hic et nunc*, todos os direitos sociais em seu grau máximo. O grau de desenvolvimento socioeconômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar. Portanto, não é (só) por falta de vontade política que o grau de atendimento aos direitos sociais no Brasil é muito inferior ao de um país como a Suécia. A escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras “escolhas trágicas”, pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas.

---

<sup>25</sup> SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. <http://files.camolinario.net>. Acesso em 25 jan. 2015.

Essa visão delimitativa para a atuação do judiciário não pode e não deve ser concebida, *a priori*, como justificativa para a contenção ou não realização de ireitos sociais. Essa visão busca reforçar a idéia que se deve ter entre realidade e possibilidades, principalmente para não se onerar demasiadamente a ação estatal a ponto de inviabilizá-la, o que também traria por consequencias a total falta e efetividade para essas decisões judiciais.

## **CONCLUSÃO**

Especificamente sobre o estudo da sindicabilidade dos direitos sociais, nota-se que apenas em caráter excepcional se concebe a atuação do Poder Judiciário para adjudicar, imediata e diretamente, prestações materiais de cunho social à revelia dos poderes eleitos. Porém, mesmo atuando nessa margem, o Judiciário não fica isento de criticas, que ressaltam principalmente o caráter contramajoritário dessas decisões, que decorrem quando a ação ou omissão dos outros poderes contrariam o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Verifica-se também que apesar de a doutrina e a jurisprudência estabelecerem parâmetros materiais para a proteção jurídica dos direitos fundamentais sociais, dentre os quais se destacam a reserva do possível e o mínimo existencial, entende-se que ainda existe um elevado grau de insegurança jurídica, decorrente principalmente da vagueza dos termos usados. Assim, propõe-se a inserção de outros elementos, considerados necessários para essas análises, em especial os custos necessários para determinada política pública e o momento de seu delineamento e contabilização. Acrescente-se também a isso o elevado grau de imprevisibilidade dos julgados.

Dessa forma, percebe-se que a reserva do possível e o mínimo existencial não têm sido capazes de conseguir um grau satisfatório de segurança jurídica. Além disso, os magistrados não estão bem convencidos e cientes acerca dos parâmetros materiais que devam ser levados em consideração, seja porque o termo mínimo existencial e reserva do possível, na

maioria das vezes, não resolverem os casos particulares de forma tão clara, seja porque a falta de outros parâmetros levem à uma visão incompleta do todo.

Por isso, a propositura de outros parâmetros materiais que, se bem utilizados, poderão melhorar a delimitação da proteção jurídica dos direitos fundamentais sociais, consoante a Constituição Federal. Sobre esse ponto, a questão da falta de diálogo institucional, a necessidade de mais e melhores estudos sobre o impacto das decisões judiciais sobre o ciclo de políticas públicas e as suas consequências sobre as finanças públicas, a curto e médio prazo, devem ser vistos como essenciais para futuras melhorias.

No contexto atual, diferentemente de períodos anteriores em que o Estado pautava as mudanças e o contexto social, as demandas e os novos arranjos sociais é que estão a direcionar o papel do Estado, impondo assim, a necessidade de um novo olhar para este, em especial no tocante às funções e separação dos poderes da república, em que se verificam uma constante mutação dos limites outrora conhecidos.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Pedro. *Participação, Articulação de Atores Sociais e Desenvolvimento Regional*. Texto para discussão n.º 630, IPEA, Brasília, fev. 1999.

BARROSO, Luis Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/aqui\\_em\\_todo\\_lugar\\_dignidade\\_humana\\_direito\\_contemporaneo\\_discurso\\_transnacional.pdf](http://www.planalto.gov.br/http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf)>. Acesso em: 23 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. *“Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”*, 2010. Tese Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em: 09 out.2014.

\_\_\_\_\_. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf)>. Acesso em: 09 out. 2014.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2015.

BRESSER-PEREIRA, L. C. *Reforma do Estado para a cidadania: A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. Trinta e quatro, 1998.

COSTA, Frederico Lustosa da, CASTANHAR, José Cezar. Avaliação de programas públicos: desafios conceituais e metodológicos. *Revista de Administração Pública* 37(5), set-out. 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Gestão pública e cidadania: iniciativas inovadoras na administração subnacional no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 31(4), jul-ago, 1997.

\_\_\_\_\_. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 1, p. 119-134, 2001.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

LIMA JR., Olavo B. de, SANTOS, Wanderley G. dos. Esquema geral para a análise de políticas públicas: uma proposta preliminar. *Revista de Administração Pública*, v.10, abr-jun. 1976.

MONTEIRO, Jorge Vianna. *Fundamentos da política pública*. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1982.

MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade Aplicada ao Setor Público*. Rio de Janeiro: Estefânia Gonçalves, 2009.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>. Acesso em 23 jan. 2015.

NETO, Delfim. *Jornal O Estadão*. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,o-estado-brasileiro-ja-nao-cabe-mais-no-pibdizdelfim,20040207p17740>. Acesso em: 09 ago. 2014.

RESENDE, Fernando Antonio. *Finanças Públicas*. 2 ed. São Paulo; Atlas, 2006.

SARAVIA, Enrique J. ; FERRAREZI, Elisabete. *Políticas Públicas*. Coletâneas. Volumes 1 e 2. Brasília: ENAP, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. Disponível em: <http://files.camolinaro.net>. Acesso em 25 jan. 2015.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 20-44, jul./dez. 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *Revista de Administração Pública* 30(2):5-43 – mar/abr 1996.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15\\_639.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf). Acesso em 23 jan. 2015.