



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Ativismo Judicial - Reserva do Possível e o Mínimo Existencial

Paula Faria Dutra Fragoso

Rio de Janeiro
2015

PAULA FARIA DUTRA FRAGOSO

Ativismo Judicial - Reserva do Possível e o Mínimo Existencial

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:

Artur Gomes

Guilherme Sandoval

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2015

ATIVISMO JUDICIAL - RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Paula Faria Dutra Fragoso

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Resumo: Na análise do fenômeno do ativismo judicial, observamos que seu surgimento decorreu de uma reforma constitucional que constitucionalizou direitos sociais de prestação positiva, exigindo atuação pró-ativa do Estado, o que aumentou seus gastos. Assim, surgiram situações de flagrante inércia estatal, com o ápice na crise do Estado do Bem-Estar Social, o que faz parecer que a concretização desses direitos sociais contidos no mínimo existencial seriam incompatíveis com a tese da reserva do possível, mas pela análise desses dois institutos, mostra-se que não são antagônicos, mas parâmetros limitadores do ativismo judicial e que justificam sua manifestação de forma constitucional.

Palavras-Chave: Direito Constitucional. Estado do Bem-Estar Social. Direito Social. Mínimo Existencial. Omissão do Poder Executivo. Ativismo Judicial. Reserva do Possível.

Sumário: Introdução. 1. Origem Histórica do Ativismo Judicial. 2. Diferença conceitual entre ativismo judicial e judicialização da política. 3. Mínimo Existencial. 4. Reserva do Possível: origem, adaptação para o direito brasileiro e limites para sua aplicação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática do ativismo judicial e os debates a ele relativos quanto à reserva do possível e ao mínimo existencial na concretização de direitos sociais constitucionalmente assegurados a partir do surgimento do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*).

Em se tratando de tema intensamente debatido no que toca a sua constitucionalidade, busca-se com o presente trabalho demonstrar que a relação entre o mínimo existencial e a reserva do possível não representam institutos antagônicos, mas parâmetros que devem ser compatibilizados para a manifestação do ativismo judicial de forma constitucional.

Em um primeiro capítulo, busca-se trazer a compreensão histórica de sua origem, esposando as razões jurídicas, políticas e sociais de seu surgimento, e portanto, sua relevância em tais esferas. No segundo capítulo, visa a conceituação do ativismo judicial e sua relação

com a judicialização da política, sedimentando assim os conhecimentos necessários para o início da discussão da aplicação constitucional do ativismo judicial. No terceiro capítulo, analisa-se em que consiste direitos sociais e o mínimo existencial e a relevância constitucional de sua concretização. No quarto capítulo, desenvolve-se a tese da reserva do possível, suas variações e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, concluindo pela compatibilização entre a reserva do possível e a concretização do mínimo existencial na manifestação do ativismo judicial.

Através da utilização da metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, o presente trabalho conclui ao final que a concretização de direitos sociais contidos no mínimo existencial e os limites da reserva do possível não representam institutos antagônicos, um estimulando e o outro obstaculizando o ativismo judicial, mas funcionando ambos como parâmetros da constitucional atuação ativista do Poder Judiciário.

1. ORIGEM HISTÓRICA DO ATIVISMO JUDICIAL

Começando pela origem histórica, o ativismo judicial surge em meio à crise do Estado do Bem-Estar Social, *Welfare State*. Faz-se relevante, portanto, para a compreensão de seu surgimento uma análise da evolução constitucional das gerações de direitos, partindo do Estado Liberal até a crise do Estado do Bem-Estar Social.

A primeira geração de direitos tem sua origem no século XVI com o Liberalismo Político. Foi o pensamento fundante do Estado Liberal, em que se buscava acabar com os abusos do poder político e a conquista das liberdades negativas mediante a criação de um estado não intervencionista, com obrigação negativa, de abstenção. Caracteriza-se pelo reconhecimento dos direitos individuais de liberdade, como os direitos de defesa, liberdades

públicas, direitos civis e políticos, que assegurar o direitos à liberdade na vida civil e política do Estado.

Com as crises econômicas mundiais geradas pelo abuso do poder econômico, começa a se reavaliar e criticar o modelo liberal e questionar a real capacidade de autoregulação do mercado. Conclui-se pela necessidade de uma atuação positiva do Estado em momentos de crise, havendo intervenção estatal na economia até que se retorne à situação de normalidade.

Trata-se da criação do Estado do Bem-Estar Social. Isto é, um estado que busca interferir na economia em prol dos cidadãos, contra o poder econômico, com a efetivação dos direitos de segunda geração: os direitos sociais, como direito a condições mínimas de trabalho, à previdência e assistência social, amparo à doença, à habilitação, ao lazer, a um salário que assegure o mínimo de dignidade ao homem, à sindicalização, à greve dos trabalhadores, etc., almejando sempre a igualdade material, também conhecida como substancial.

Importante destaque a esse Estado do Bem-Estar Social é que o processo de reconhecimento de direitos sociais gera a judicialização da política. Ou seja, pela previsão constitucional desses direitos sociais, ocorre a inserção de matérias políticas na Constituição, de tal maneira que, sendo o Poder Judiciário o intérprete da Constituição, passa a poder controlar tais questões públicas. Nesse sentido, Humberto Santarosa¹ conclui que a judicialização seria “fato decorrente da constitucionalização de questões políticas, tornando referidas matérias juridicizadas”.

Porém, por si só isso não gera o ativismo judicial, pois ainda que seja possível o controle judicial das políticas públicas, essa não ocorre sem que o Poder Judiciário seja provocado. E tal provocação não se observa sem insatisfação social. É nesse contexto que a crise do Estado do Bem-Estar Social torna-se o marco relevante para o ativismo judicial

¹ SANTAROSA, Humberto. Jurisdição Criativa e a motivação das decisões judiciais. In: FUX, LUIZ (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 578.

Exatamente por essa dita escassez e incapacidade da Administração Pública assegurar a prestação de tais direitos, que se observa a justificativa estatal de sua omissão e ineficiência na Tese da Reserva do Possível e na própria escassez de recursos.

Essa crescente ineficiência do Poder Executivo no cumprimento de sua função constitucional de concretizar através das políticas públicas os direitos sociais constitucionalmente garantidos, na mesma medida em que enfraqueceu o próprio Executivo, fortaleceu o Poder Judiciário.

Tal fortalecimento se deu pela crescente insatisfação social. Isto é, mobilização social na busca pela concretização de tais direitos, encontrando no Poder Judiciário o vetor estatal capaz de assegurá-los. É nesse momento que a judicialização da política permite o surgimento do ativismo judicial.

No contexto do surgimento do ativismo judicial, vários autores² narram ter o termo ativismo judicial sido usado pela primeira vez em nos Estados Unidos em 1947, cunhado pelo jornalista americano Arthur Schlesinger Jr. em um artigo publicado na revista Fortune, onde distinguiu os magistrados da Suprema Corte que defendiam uma postura mais ativista do Judiciário, daqueles com postura mais contida.

Portanto, conclui-se que o ativismo judicial surgiu em um contexto jurídico de constitucionalização de direitos sociais, e nessa medida, judicialização da política. Ao mesmo passo, surgiu em um contexto social de insatisfação popular pela ineficiência do Poder Executivo em concretizar as promessas constitucionais, o que levou a uma efetiva provocação jurisdicional.

² Dentre os diversos autores que mencionam o jornalista que cunhou o termo ativismo judicial está Mayra Marinho Miarelli no livro *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*, citando Saul Tourinho Leal em seu livro *Ativismo ou Altiwez? O Outro Lado do Supremo Federal*; e Humberto Santarosa no capítulo 13: *Jurisdição Criativa e a Motivação das Decisões Judiciais como seu aspecto legitimador* no livro *Processo Constitucional*, coordenado pelo Ministro Luiz Fux.

2. DIFERENÇA CONCEITUAL ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Poder Judiciário enquanto responsável pela interpretação da Constituição e por dar a “última palavra” a respeito do comando constitucional tem como sua função típica a jurisdição constitucional. Ao mesmo passo, a judicialização da política permitindo ao Poder Judiciário em sua função de intérprete da Constituição controlar as políticas públicas direcionadas a realização dos direitos sociais constitucionais, amplia a sua função no controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade, portanto, torna-se o meio e ao mesmo tempo o fundamento para a efetivação dos direitos sociais não concretizados pelo Legislativo e o Executivo. Em outras palavras, o ativismo judicial surgiu como uma postura mais ativa do Poder Judiciário nesse controle de constitucionalidade, não apenas teórico e abstrato, mas protagonista na efetivação dos direitos fundamentais, como bem conclui Mayra Marinho Miarelli³.

Nesse sentido, o ministro do STF Luis Roberto Barroso⁴ ressalta que:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Portanto, decorreria da própria atuação de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário tal postura mais ativa, que para alguns evidenciaria uma jurisdição criativa.

³ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2012. p. 160.

⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4>. Acesso em: 05 out. 2014.

Por tal estudo da origem do ativismo judicial já é possível realizar uma distinção conceitual preliminar entre os dois. A judicialização da política enquanto movimento de constitucionalização seria o fenômeno que desencadeou o surgimento do ativismo judicial enquanto postura ativa do Poder Judiciário na interpretação da Constituição e no próprio controle de constitucionalidade. Dessa forma, existe uma relação de causa e consequência entre judicialização da política e ativismo judicial.

Porém, a relação entre os dois não é meramente de causa e consequência, mas de condição jurídica. Isto é, para o ativismo judicial ser fenômeno constitucionalmente possível, foi necessário que antes se incluíssem os direitos sociais no âmbito de controle pelo Poder Judiciário através de sua inclusão no rol de normas constitucionais. Só com tal inclusão, tornou-se possível o controle de tais temas (afetos a políticas públicas) pelo Judiciário, de maneira que sua atuação pudesse ser considerada ativa.

Nesse sentido, Humberto Santarosa⁵ explica que a judicialização representa a inserção de determinadas matérias nos diplomas constitucionais, que pelo caráter normativo do texto constitucional, passam a ser judicializáveis. Assim, conclui que o Judiciário como último intérprete da Constituição e das leis, e em decorrência de inserção de matérias políticas na Lei Fundamental, teria o condão de delimitar, interpretar e julgar referidas situações, quando postas à sua disposição.

Por tais afirmações é possível concluir que não seria o ativismo judicial simplesmente um processo de judicialização da política, mas a judicialização da política, pela constitucionalização de tais temas, que permite o ativismo judicial enquanto controle de constitucionalidade das políticas públicas.

Conclui-se, portanto, que entre judicialização da política e ativismo judicial há uma relação intrínseca. Mas tal relação, seja de condição e condicionado, seja de causa e

⁵ SANTAROSA, op. cit., p. 574.

consequência não pode gerar a confusão entre os dois. Confusão essa que muitas vezes levaria a conclusões equivocadas inclusive quanto à constitucionalidade do próprio fenômeno do ativismo judicial⁶.

3. MÍNIMO EXISTENCIAL

Como exposto no primeiro capítulo, a análise do fenômeno do ativismo judicial e seu surgimento encontram-se intrinsecamente ligados à concretização de direitos sociais, e em última análise, a assegurar o mínimo existencial. Portanto, para compreender a real importância do ativismo judicial é preciso um prévio estudo a respeito dos direitos sociais e o mínimo existencial, bem como a relação entre os dois.

Começando com os direitos sociais, uma primeira informação pertinente seria que tais direitos representam o objeto central do ativismo judicial. Isto é, o ativismo judicial enquanto fenômeno que pretende assegurar a realização de tais direitos sociais, tem na análise de tais direitos o indicativo da abrangência da atuação proativa do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas.

Como bem explica Ingo Wolfgang Sarlet⁷, os direitos sociais possuem fundamentalidade formal, decorrente de sua posição dentro do título dos direitos fundamentais na organização da CRFB/88, bem como fundamentalidade material, esta

⁶ Uma vez que a judicialização da política decorre do modelo constitucional que se adotou, com inserção de direitos sociais na Constituição, passíveis de tutela jurisdicional, tal fenômeno legitimaria o ativismo judicial enquanto a atuação constitucionalmente autorizada ao Poder Judiciário de proteção de tais direitos. Se entendesse, ao reverso, que a judicialização da política decorre do ativismo judicial, entender-se-ia que tal fenômeno de análise pelo Judiciário de tais questões políticas seria feito sem a permissão constitucional, o que seria um equívoco.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 86-87 *apud* MORAES, Daniela Pinto Holtz. *Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701>. Acesso em: 17 set 2014.

relacionada aos valores que informa a CRFB/88, dentre os quais os princípios do art. 1º a 4º, em especial a dignidade da pessoa humana.

José Afonso da Silva⁸ conceitua direitos sociais, enquanto dimensões dos direitos fundamentais, como sendo:

prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexas com o direito de igualdade.

Contudo, essa definição não compreende todas as modalidades de direitos sociais previstos na Constituição. Em se tratando de um conjunto complexo de direitos, um breve estudo das classificações de direitos sociais é fundamental para perceber sua real extensão.

Como o presente trabalho busca analisar o fenômeno do ativismo judicial, parece mais relevante o estudo das classificações dos direitos sociais quanto a sua eficácia. Nesse contexto, Ingo Sarlet⁹ analisa a eficácia dos direitos sociais a partir da classificação de direitos fundamentais em: direitos fundamentais de defesa, direitos fundamentais a prestações, esses subdivididos em direitos à prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito. Os de defesa limitam o poder estatal e asseguram a liberdade do indivíduo, já os à prestação em sentido estrito são aqueles que asseguram ao cidadão o direito de exigir a proteção de bens jurídicos perante o Estado em face de violações de terceiros.

Contudo, para o estudo do ativismo judicial mostra-se relevante apenas a análise dos direitos à prestações em sentido estrito, que correspondem aos direitos a prestações sociais materiais, vinculados ao exercício das funções pelo Estado, e que pela sua inércia fazem surgir o ativismo. São os direitos sociais contidos no conceito trazido por José Afonso da Silva acima.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 286 *apud* MORAES, op. cit., p. 1.

⁹ SARLET, op. cit., p. 183-185 *apud* MORAES, op. cit., p. 1.

Ingo Sarlet¹⁰ ainda afirma que, sendo estas modalidades de direitos fundamentais, a eles se aplica o art. 5º, §1º, da CRFB/88, gerando duas consequências. Primeiro, assegura-se o reconhecimento por todos os órgãos estatais da maior eficácia possível a tais direitos. E segundo, pressupõe, em decorrência da aplicabilidade imediata, a exigência de fundamentação em eventual recusa de prover a completa eficácia de tais direitos.

Como uma resposta a essa segunda consequência que surge a Tese da Reserva do Possível que será desenvolvida no próximo capítulo. Ou seja, surge tal teoria como uma forma de justificar, motivar eventual recusa do Poder Público em conceder aplicabilidade imediata aos direitos sociais de prestação em sentido estrito.

Compreendido o escopo geral dos direitos sociais, torna-se relevante sua relação, bem como sua diferença do conceito de mínimo existencial. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover¹¹ conceitua mínimo existencial como sendo “um direito à condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado”.

Como o próprio nome diz, mínimo existencial pressupõe um núcleo mínimo. Nas palavras de Ada Pellegrini¹² “Os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF), e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, apresentam um núcleo central, ou núcleo duro, que assegure o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana”. Seria, em suma, conjunto de direitos essenciais a qualquer ser humano para uma vida digna.

Dessa afirmação se extraem algumas conclusões. A primeira é que o mínimo existencial busca a efetivação da dignidade da pessoa humana. E a segunda, que tratam-se dos direitos indispensáveis. Quanto à dignidade da pessoa humana, Ricardo Lobo Torres¹³ explica

¹⁰ Ibid., p. 1.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 132.

¹² GRINOVER, op. cit., p. 132.

¹³ TORRES *apud* GRINOVER, op. cit., p. 132.

que “A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”.

No que tange aos direitos indispensáveis, Ada Pellegrini¹⁴ esclarece que tal núcleo inclui, “entre outros, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente, o acesso à justiça”.

De tais conceitos e explicações é possível concluir que o mínimo existencial, enquanto conjunto de direitos, trata-se de um conjunto do qual se inclui alguns, mas não todos os direitos sociais. Contém aqueles direitos sociais indispensáveis à materialização do preceito da dignidade da pessoa humana, norteador de todo o ordenamento jurídico.

Em decorrência de tal indispensabilidade que Ana Paula Barcellos¹⁵ conclui que o mínimo existencial seriam as condições básicas para a existência, e como parte do princípio da dignidade da pessoa humana com eficácia jurídica, pode ser exigido judicialmente ao ser inobservado. No mesmo sentido Ada Pellegrini¹⁶ diz que é esse núcleo central representado pelo mínimo existencial que justifica a intervenção do Judiciário das políticas públicas. Seria um pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais.

Portanto, tal restrição dos direitos sociais àqueles essenciais à dignidade humana torna-se necessária na discussão do ativismo judicial, pois como se sabe, para que o Poder Judiciário se mostre ativo na concretização de direitos constitucionais, sem que haja violação da separação dos poderes, estes devem ser imprescindíveis.

Observa-se dessa forma que os direitos sociais que compreendem o mínimo existencial representam não apenas o fundamento constitucional do ativismo judicial na inércia dos demais poderes, mas representa também um limite para tal atuação do Poder Judiciário.

¹⁴ GRINOVER, op. cit., p. 132.

¹⁵ BARCELLOS *apud* GRINOVER, op. cit., p. 132.

¹⁶ GRINOVER, op. cit., p. 133.

Em outras palavras, não se trata da inércia do Poder Executivo e Legislativo quanto à concretização de quaisquer direitos sociais que legitima o ativismo judicial, mas apenas aquela inércia relativa aos direitos sociais que compõem o mínimo existencial.

Conclui-se, portanto, o terceiro capítulo com a certeza de que o ativismo judicial não representa um movimento de ampliação da competência do Poder Judiciário que se perpetua pela materialização de todos os direitos sociais presentes na Constituição Federal. Mas fenômeno com limites estritamente estabelecidos pelo próprio constituinte.

Nessa medida, o próximo capítulo analisará um dos principais critérios/limites ao ativismo judicial.

4. RESERVA DO POSSÍVEL: ORIGEM, ADAPTAÇÃO PARA O DIREITO BRASILEIRO E LIMITES PARA SUA APLICAÇÃO

Retomando mais uma vez ao primeiro capítulo, observa-se que o ativismo judicial se deu em um contexto da crise do Estado do Bem-Estar Social, em que a dificuldade e ineficiência do Poder Executivo em concretizar os direitos sociais constitucionalmente assegurados gerou insatisfação popular. Tal crise se deu pela rápida ampliação de direitos sociais constitucionalmente assegurados, que passaram a demandar prestações positivas do Estado e conseqüente crescimento de gastos, sem o crescimento orçamentário em mesma medida.

Portanto, a escassez de recursos públicos mostrou-se não só fator determinante para a crise do Estado do Bem-Estar Social e decorrente surgimento do ativismo judicial, mas após o surgimento de tal fenômeno, tornou-se o principal argumento usado para buscar rebatê-lo. É nesse contexto histórico que se desenvolveu a Tese da Reserva do Possível. Essa surge na Alemanha como Tese da Reserva do Financeiramente Possível, e discutia a questão

orçamentária, portanto, questão formal, lei orçamentaria formal. Ligada ao princípio democrático, sustentava que cabe ao administrador e legislador alocar os recursos públicos.

Assim, se diante de escolhas desses não se concretizou determinado direito social, a solução possível seria no máximo pleito a parlamentares para que passassem a alocar mais recursos a tais direitos defasados, só cabendo a eles analisar este planejamento e alocação orçamentária.

Nesse sentido Ada Pellegrini Grinover¹⁷ explica que na reserva do possível sob o prisma orçamentário-financeiro escassez traz como resposta pelo Judiciário a determinação de que o Poder Público faça constar na próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública deficitária.

Esta tese em sua origem, portanto, vislumbra a análise da alocação de recursos por escolhas orçamentárias, planejamento orçamentário, não se discutindo escassez de recursos. Isso porque o Poder Público sempre pode arrecadar mais tributo, mais recursos, não parecendo lógico usar como justificativa para a não concretização de determinado direito a falta de recursos a disposição.

Assim, a discussão da Reserva do Possível em sua origem gira em torno de uma escolha política orçamentária dos Poderes Públicos competentes para determinar tal alocação orçamentária. Portanto, trata-se de uma Reserva do Possível Jurídica.

Quando é trazida para o Brasil, a tese vem como sinônimo de escassez fática, falta de recursos. Isso porque a Constituição traz em muitos casos normas programáticas estabelecendo direitos prestacionais e esses direitos envolvem custos e o estado pode não ter recursos para arcar com a implementação desses direitos. Assim, pela Tese da Reserva do Possível Fática, alega-se haver escassez de recursos e, portanto, impossibilidade fática de concretização dos direitos sociais de cunho prestacionais que envolvem custos.

¹⁷ GRINOVER, op. cit., p. 138.

O STF trabalha a Tese da Reserva do Possível como escassez de recursos, portanto, Reserva do Possível Fática. Mas faz ressalva importante, dizendo que a alegação da reserva do possível deve ser acompanhada com uma demonstração objetiva da inexistência de recursos suficientes à concretização dos direitos sociais.

O ministro do STF Celso de Mello, ao analisar a Reserva do Possível na ADPF nº 45-9/DF, conclui pela necessidade de comprovação da falta de recursos, mas vai além. Entende que para a Reserva do Possível ser suficiente para inviabilizar o ativismo judicial na concretização de direitos sociais, não basta a mera comprovação pelo Poder Público da inexistência de recursos suficientes, mas que os recursos que existiam foram aplicados para a concretização de direitos individuais e sociais fundamentais.

Ou seja, deve demonstrar que foram seguidas as prioridades constitucionalmente previstas. Nesse sentido, o ministro Celso de Mello¹⁸ transcreve em sua decisão conclusão a que chega Ana Paula de Barcellos em seu livro “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, que diz que apenas depois de provado que as prioridades constitucionais foram alcançadas poderá discutir quanto aos recursos remanescente onde deverão ser investidos. Conclui ainda que por essa interpretação, o mínimo existencial associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver com a reserva do possível.

Do contrário, se apenas comprovar a inexistência de recursos públicos, mas não comprovar a aplicação prioritária dos recursos que efetivamente existiam para a concretização do mínimo existencial, o ministro Celso de Mello¹⁹ conclui que a aplicação da Reserva do Possível seria mero instrumento de burla das promessas constitucionais.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45%20POL%20CDTICAS%20P%DABLICAS&processo=45>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45%20POL%20CDTICAS%20P%DABLICAS&processo=45>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

Após a análise dessa limitação probatória da aplicação da Reserva do Possível Fática na ADPF nº 45-9/DF, em uma lógica inversa, o ministro Celso de Mello²⁰ conclui que tal tese impõe 2 requisitos para que, pela cláusula da Reserva do Possível, seja possível o ativismo judicial no controle de políticas públicas. Seriam essas, cumulativamente, “(1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”.

Portanto, além da já analisada questão da existência de recursos, a razoabilidade do pedido, da exigência prestacional, é critério na análise da reserva do possível ou concessão do direito social. Deve analisar se é necessário ao Poder Judiciário burlar a lei orçamentaria ou não. Se deve haver ou não prevalência da micro justiça em detrimento da macro justiça e dos efeitos sistêmicos que isso pode causar (comprometimento da lei orçamentário). Isso não significa que o Poder Judiciário não pode atuar e conceder, mas apenas que analisar e ponderar se o pleito se mostrar razoável e haja um risco a um bem jurídico maior (ex: vida), caso em que o ativismo judicial deve ser vislumbrado em detrimento da reserva do possível.

Nesse contexto a razoabilidade deve ser analisada não apenas quanto ao pedido, mas também quanto a à inércia do Poder Público. Ou seja, em se tratando a formulação e execução das políticas públicas de atribuições do Poder Executivo, não cabe a interferência por parte do Poder Judiciário nessas políticas sem que o pedido seja razoável e ao mesmo tempo, que a inércia do Poder Executivo seja desarrazoada e abusiva, de forma a violar o núcleo intangível do mínimo existencial.

Portanto, é possível concluir que a Reserva do Possível representa um obstáculo para o ativismo judicial, mas em alguma medida, impõe também os parâmetros, requisitos e limites nos quais se vislumbra o ativismo judicial na concretização de direitos sociais como foi visto

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45%20POL%20CDTICAS%20P%DABLICAS&processo=45>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

acima. Dessa maneira, não se mostra correto afirmar que a Reserva do Possível é antagônica ao Mínimo Existencial.

O mais completo seria dizer que a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial devem ser ponderados entre si e harmonicamente considerados no escopo do direito constitucional, pois tanto os direitos sociais compreendidos no mínimo existencial quanto o equilíbrio orçamentário devem ser respeitados para uma plena concretização dos comandos constitucionais. Ademais, ambos representam critérios para a válida manifestação do fenômeno do ativismo judicial.

Assim, para que haja uma convivência harmônica entre tais institutos norteadores da Constituição Federal, revela-se necessária a ponderação de direitos. No caso do ativismo judicial, seriam os direitos inerentes ao mínimo existencial e à reserva do possível.

Deve se observar que essa ponderação parte do pressuposto que ambos os direitos e princípios ponderados são de igual relevância, mas que no caso concreto haverá a prevalência de um sobre o outro, prevalência essa que representará a maior concretização possível da Constituição.

Dessa forma, pode se concluir que o ativismo judicial na ponderação do mínimo existencial com a reserva do possível se sustenta quando o primeiro se mostra mais urgente para a concretização da Constituição, e o seu não cumprimento gera violação maior dos ditames constitucionais.

CONCLUSÃO

Na análise do ativismo judicial discorrido no presente trabalho, observou-se primeiro seu surgimento como uma forma dos cidadãos buscarem a materialização de direitos sociais

constitucionalmente assegurados a partir do Estado do Bem-Estar Social, que não estavam sendo cumpridos pelos demais poderes.

Que o fenômeno da constitucionalização de direitos sociais possibilitaram juridicamente a judicialização de políticas públicas através do controle de constitucionalidade dos atos administrativos e legislativos, e com ela, o ativismo judicial. Portanto, fenômenos interdependentes, mas que não se confundem.

Por fim, após estudo mais aprofundado a respeito do que consistem os direitos sociais, o mínimo existencial, a aplicação e requisitos da reserva do possível, conclui-se que na realidade, a aparente antinomia existente entre o mínimo existencial e a reserva do possível não compreende exatamente uma antinomia.

Tanto o mínimo existencial quanto a reserva do possível representam limitações ao fenômeno do ativismo, só cabendo este quando o direito subjetivo pleiteado configurar o mínimo existencial, quando este se mostrar em risco pela inércia do Poder Público, bem como essa inércia for desproporcional.

Assim, apesar da visão clássica contrapor tais figuras, sendo uma favorável ao ativismo e a outra contrária a ele, ambos podem fornecer obstáculos a sua configuração ou representar fundamentos para seu reconhecimento.

Isto é, observada a existência de direito contido no mínimo existencial violado pela inércia do poder público, bem como não observados os requisitos para o estrito reconhecimento da reserva do possível²¹, justificar-se-ia a atuação ativa do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais relativos ao mínimo existencial pleiteado pelo sujeito de direito.

REFERÊNCIAS

²¹ Requisitos esses da Tese da Reserva do Possível que seriam a prova da escassez de recursos e a utilização dos recursos existentes na concretização de outros direitos contidos no mínimo existencial, como já explicado em capítulo anterior.

BARROSO, Luis Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4>. Acesso em: 05 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45 MC/DF. Relator Ministro Celso de Mello. 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45%20POL%20CDTICAS%20P%DABLICAS&processo=45>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

GOMES, Luis Flávio. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>>. Acesso em: 14 jun. 2012. apud SANTAROSA, Humberto. *Jurisdição Criativa e a motivação das decisões judiciais*. In: FUX, LUIZ (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

MORAES, Daniela Pinto Holtz. *Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701>. Acesso em: 17 set 2014.

SANTAROSA, Humberto. *Jurisdição Criativa e a motivação das decisões judiciais*. In: FUX, LUIZ (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 86-87 apud MORAES, Daniela Pinto Holtz. *Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701>. Acesso em: 17 set 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 286 apud MORAES.