

INSTITUTO MACHADENSE DE ENSINO SUPERIOR

CASSIANO CARLOS MILANI

**JUDICIALIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
uma análise jurídico administrativa no contexto social**

**MACHADO – MG
2019**

CASSIANO CARLOS MILANI

**JUDICIALIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
uma análise jurídico administrativa no contexto social**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do INSTITUTO MACHADENSE DE ENSINO SUPERIOR como parte dos requisitos para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. M. Sc. JEFERSON ALVES DOS SANTOS.

**MACHADO – MG
2019**

CASSIANO CARLOS MILANI

**JUDICIALIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
uma análise jurídico administrativa no contexto social**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito do INSTITUTO MACHADENSE DE ENSINO SUPERIOR como parte dos requisitos para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

APROVADO: Machado-MG, ____ de _____ de 201__.

Prof. M. Sc. JEFERSON ALVES DOS SANTOS
(Orientador)

Prof. _____
(Avaliador)

Prof. _____
(Avaliador)

Após o encerramento de um ciclo, chega o momento de agradecer às pessoas, sem as quais nada disso seria possível.

Aos meus familiares, que são à base de tudo em minha vida, por todo o apoio, incentivo e amor incondicional dado a mim ao longo de toda a vida. Agradeço por me ensinarem, diariamente, valores que me acompanharão pelo resto da vida. Cada um é responsável por parcela imprescindível dessa conquista.

À minha mãe, Beatriz Milani de Melo, uma mulher lutadora, que não poupou esforços para que eu concluísse esse curso e que sempre dedicou a sua vida por minha felicidade.

Aos amigos que criei ao longo do curso, em especial, Carlos Roberto Pedrazini Júnior, Jéssica Carvalho Batista, Lara Aparecida da Fonseca, Vanderlane Margarete Freitas e Vanilla Carvalho Tavares, por tornarem essa trajetória muito mais divertida e agradável, compartilhando alegrias, tristezas e acima de tudo, uma amizade inexplicável, baseada na forma mais pura de cumplicidade e amor.

Aos meus chefes de estágio ao longo de todos esses anos, Ana Cláudia Reis Fernandes Carvalho, Dr. Juliano Silva do Lago e Maria Gorete Tavares, por terem me ensinado a focar sempre na solução e não no problema e por me demonstrarem diariamente que vale a pena o esforço e a dedicação.

Ao meu orientador Professor Jeferson Alves dos Santos, pelo auxílio prestado de forma incansável ao longo de todo o processo, bem como, por todos os ensinamentos passados.

“Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça; este, o princípio fundamental de todas as Constituições livres.”
(RUI BARBOSA)

JUDICIALIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: uma análise jurídico administrativa no contexto social

Cassiano Carlos Milani*

Jeferson Alves dos Santos**

INTRODUÇÃO. 1 A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ ANTE A GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS. 1.1 As tutelas individuais em face da tripartição de poderes. 2 O CARÁTER TRANSINDIVIDUAL DOS DIREITOS COLETIVOS E O PLANEJAMENTO ADMINISTRATIVO. 3 O PODER JUDICIÁRIO E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO. 4 DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO FORMA DE JUSTIFICAR A ESCASSEZ DE RECURSOS E A RESPONSABILIDADE ESTATAL. 5 A VEDAÇÃO AO RETROCESSO COMO OBSTÁCULO PARA A PLENA APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. 6 DECISÕES JUDICIAIS PERANTE AS OBRIGAÇÕES ESTATAIS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Visando edificar um novo sistema constitucional, o poder constituinte originário, ao confeccionar a carta magna, se preocupou em constituir direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos. A preocupação em elaborar condições mínimas de subsistência foi, *a posteriori*, consagrada doutrinariamente como o mínimo existencial. Os poderes estatais foram tripartidos no legislativo, executivo e judiciário, tornando, assim, mais eficiente o desenvolvimento das atividades públicas. Com o decurso do tempo, entretanto, o poder judiciário tornou-se o porto seguro daqueles que tinham alguma pretensão administrativamente negada. Assim, hodiernamente, é visível a existência de um colossal embate que compreende os direitos constitucionalmente garantidos e as limitações executivas. Se, por um lado, a Constituição Federal expressamente assegura direitos mínimos básicos, doutra banda, a Administração Pública, sob o argumento da teoria da reserva do possível, se encontra obstada pelas limitações orçamentárias estatais. Posto isso, a grande demanda judicial acaba içando os poderes deste órgão e ocasionando, por consequência, o fenômeno da judicialização.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais. Mínimo existencial. Reserva do possível. Judicialização.

* cassianomilani@yahoo.com.br. Acadêmico do 10º período da Faculdade de Direito do Instituto Machadense de Ensino Superior (IMES) mantido pela da Fundação Machadense de Ensino Superior e Comunicação (FUMESC) – Machado – MG.

** jasalfenas@gmail.com. Professor da Faculdade de Direito do IMES/ FUMESC – Machado – MG.

INTRODUÇÃO

O caos político advindo de um processo de conscientização social tornou palpável o que, anteriormente, se projetava inalcançável. A aproximação da sociedade em assuntos políticos possibilitou a transformação de um sistema teoricamente democrático em uma efetiva aplicação dos direitos constitucionalmente garantidos, o que é perceptível na demasiada quantidade de decisões judiciais concessivas de direitos individuais.

Neste cenário em que a população se hasteia contra a arbitrariedade do panorama social, o poder judiciário atende aos clamores coletivos. Assim, o envolvimento do judiciário em matérias administrativas origina o fenômeno da judicialização. Sabendo que a esfera judiciária é a maior autoridade em resolução de conflitos e aplicação das leis, a sociedade rotineiramente socorre a este poder no intuito de verem satisfeitas suas pretensões.

Desta forma, a administração pública é obrigada a fornecer o objeto da lide ao individual, obstando, por vezes, garantias coletivas. Em decorrência dessa intervenção, ocorrem a judicialização da administração pública e, conseqüentemente, uma constante alteração das políticas e dos procedimentos públicos garantidores dos direitos coletivos.

Sabe-se que o poder constituinte originário criou direitos e garantias, individuais e coletivas, a todos no território nacional. Contudo, muitas normas são de caráter programático, o que impossibilita, ao executivo, satisfazer com proeza todas as derivações das necessidades do povo brasileiro. Neste conflito entre os direitos básicos individuais e a capacidade orçamentária administrativa, nasce um dos maiores embates enfrentado no contexto atual.

Posto isso, em regra, o judiciário atua em conformidade com as normas legisladas, e o deferimento de direitos individuais encontra respaldo legal, mesmo podendo afetar diretamente a coletividade. Em contrapartida, a maior justificativa aplicada é a reserva do possível, que apregoa que a disponibilização de recursos será concedida dentro das possibilidades e das limitações estatais, na qual possui o condão de garantir os direitos constitucionais de forma coletiva, e não individual.

Ademais, quando o judiciário estabelece que determinado direito individual seja concedido, a administração pública tem que providenciar o cumprimento

daquela decisão, muitas vezes, afetando a continuidade da prestação dos serviços essenciais ao corpo coletivo.

Neste panorama, o objetivo deste trabalho é viabilizar um entendimento acerca do fenômeno da judicialização, bem como, correlacionar sua ocorrência com as necessidades individuais e com as decisões judiciais até o desfecho na seara administrativa.

Nesse intuito, o estudo proposto ocorrerá na estrutura de artigo científico, sendo fundamentado pela pesquisa bibliográfica, e fazendo-se uso de doutrinas, jurisprudências e decisões judiciais. O método de abordagem é o hipotético-dedutivo, pois se inicia de um fenômeno social que possui respaldo constitucional e que encontra limitações na esfera executiva.

É de grande relevância conhecer os direitos e garantias individuais expressos na carta magna, bem como reconhecer as limitações orçamentárias do Estado. Posto que, muitas vezes, o executivo, dentro de suas dotações orçamentárias, deixa de atender à coletividade para garantir direito individual, o que infere, mesmo que implicitamente, em direitos coletivos.

1 A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ ANTE A GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS

A elaboração da Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF/88) visava romper definitivamente com o sistema ditatorial vigente anteriormente, e consolidar um estado democrático garantidor de direitos fundamentais individuais e sociais. Posto isso, foram edificados direitos básicos que, posteriormente, seriam denominados como mínimo existencial e inseridos no Título II, Capítulo II da carta magna.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Nessa estrutura organizacional, a Administração Pública torna-se responsável por administrar os recursos públicos e distribuir referida renda nos órgãos mantenedores das funções estatais. Neste trecho, o mínimo existencial é composto por direitos essenciais à manutenção da própria vida e,

consequentemente, à dignidade da pessoa humana, também consolidados como direitos fundamentais.

Diferentemente do que ocorria antes da Constituição de 1988, o direito passou a amparar, de forma progressiva e eficaz, a sociedade brasileira, elevando a responsabilidade do Estado em propiciar condições plausíveis de existência. Os direitos sociais demonstram, com veemência, que houve uma grande preocupação em salvaguardar direitos vitais, ou seja, com a própria manutenção de uma vida digna.¹

Destarte, apesar de o Estado garantir o fornecimento e a manutenção dos serviços essenciais – o que se mostra fenomenal na teoria – na realidade, sua aplicação apresenta-se quase que de forma antagônica. A precariedade de referidos serviços, muitas vezes atrelada à escassez de recursos, acarreta na interferência do judiciário e, isto posto, no fenômeno da Judicialização, na qual majora o poder judiciário a um patamar que interfere na Administração Pública e prejudica a própria coletividade.

Nesse novo paradigma de Estado Social de Direito, o Poder Judiciário brasileiro vem sendo elevado a uma categoria de importância inédita. O controle judicial de políticas públicas, todavia, acaba, muitas vezes, por intervir indevidamente nas competências da Administração Pública, prejudicando todo o Poder Público – e, consequentemente, também a sociedade civil.²

Deste modo, é perceptível que, embora a CF tenha garantido a toda nação direitos essenciais, faz-se notória a inviabilidade estatal em propiciar, com eficácia, referidos recursos. Assim, os pleitos individuais majoram a atuação do judiciário ao deferir determinado pedido constitucionalmente garantido, ao mesmo tempo em que afeta, por consequência, toda uma estrutura administrativa planejada a atender a coletividade.

¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Thomson Reuters. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 54. p. 28. 2006. Disponível em: <http://www.famesc.edu.br/biblioteca/biblioteca/pesquisa-producao-cientifica/DIREITOS%20SOCIAIS%20EM%20TEMPO%20DE%20CRISE%20-%20V.%202.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2018.

² FARIA, Luzardo. O Direito à Saúde entre o Poder Judiciário e a Administração Pública: do ativismo judicial às medidas administrativas. **UFPR**, Paraná, 2014. Disponível em: <http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/12/Artigo-Luzardo-Faria-classificado-em-2%C2%BA-lugar1-1.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2018.

1.1 As tutelas individuais em face da tripartição de poderes

Em um cenário onde o novo paradigma social é fomentar a eficaz aplicação de direitos essenciais, outrora denominados como o mínimo existencial, faz-se necessário que o Estado atue positivamente, tutelando de forma coletiva e individual os interesses sociais básicos.³

A partir da necessidade recíproca proveniente do dever estatal em dispor dos recursos positivados e da urgência na prestação desses serviços, políticas públicas se fazem fundamentais para efetivar a aplicação de saúde, de ensino, de meios de moradia, alimentação e diversos outros direitos básicos.⁴ Assim, a intervenção do Estado ocorre de maneira direta e intervencionista, de forma a tutelar os interesses oriundos da sociedade em geral.

A tripartição de poderes, nessa lógica, aprioristicamente, apresentada, por Montesquieu, na obra *o Espírito das Leis*, a divisão do poder do Estado em três esferas independentes e harmônicas entre si, quais sejam, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. O ideal, nessa perspectiva, seria conferir a cada entidade poderes distintos, para tornar efetiva a aplicação de direitos dentro de determinada sociedade, ao ponto de que cada poder encontre, no outro, limite de atuação.⁵

A partir dessa divisão, o Estado brasileiro confere ao Legislativo a elaboração de leis; ao Executivo, sua execução e fiscalização; e ao Judiciário, a sua aplicação, dentro de casos concretos. Destarte, seja pelas dimensões continentais do país, seja pelas limitações orçamentárias, ou qualquer outra justificativa plausível, é visível que, embora belíssima na teoria, na prática, são precárias as entidades que deveriam propiciar condições dignas de vida à população.

Todavia, frequentemente os poderes políticos, especialmente por parte da Administração, se quedam inertes ou executam as políticas de modo inadequado, destoando dos direitos elencados no art. 6º da Carta Magna ou dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme o art. 3º da Constituição Federal. É neste contexto que surge a necessidade de se buscar a função jurisdicional, provocada sempre através da ação, cujo escopo é

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas bno Brasil**. 2017. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?q=related:22gXnl_0WwYJ:scholar.google.com/&scioq=caminhos+e+descaminhos+do+controle+jurisdicional&hl=pt-BR&as_sdt=0,5. Acesso em: 09 mar. 2019.

⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **As políticas públicas e o direito administrativo**. Revista trimestral de direito público, v. 13, p. 133 – 144, 1996. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496865/RIL133.pdf?sequence=1#page=86>. Acesso em: 09 mar. 2019.

⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

exercer o controle de constitucionalidade da política pública, resultando sobre esta uma intervenção, seja corrigindo-a ou implementando-a.⁶

Em face dessa divisão de atribuições conferidas legalmente a cada esfera, as políticas públicas possuem o condão de inibir as desigualdades sociais, oferecendo mecanismos e estruturas coletivas capazes de atender às necessidades peculiares do individual.⁷ O caráter imperativo das normas constitucionais deveria ordenar o sistema jurídico no sentido de satisfazer a sociedade e, por consequência, fazer cumprir não só o texto da carta magna, mas sim, os interesses individuais da coletividade.

Mais do que isso: os objetivos ou resultados a serem alcançados por essas políticas passaram a se impor, doravante, como normas obrigatórias, ao próprio governo, pois a finalidade do Estado já não é a conservação, mas a transformação da sociedade. O sistema jurídico como um todo tende, assim, a ser organizado em função desses objetivos concretos das políticas públicas.⁸

Ao assumir essa função de transformar a realidade social brasileira, deslocando para si a obrigação de garantir os direitos individuais e coletivos, o Estado brasileiro passa a ser denominado de Estado Democrático de Direito e, deste modo, sujeita a CF/88 a um patamar de hierarquia sobre as demais leis.⁹

Neste ínterim, todas as leis infraconstitucionais devem objetivar solucionar os conflitos nos moldes da Constituição, de modo que a sua inobservância pelo Legislativo pode ocasionar a nulidade da lei, através do controle de constitucionalidade, e o descumprimento pelo Executivo pode acarretar na judicialização do assunto negligenciado.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas bno Brasil**. 2017. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?q=related:22gXnl_0WwYJ:scholar.google.com/&scioq=caminhos+e+descaminhos+do+controle+jurisdicional&hl=pt-BR&as_s dt=0,5. Acesso em: 09 mar. 2019.

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Novas funções judiciais no Estado moderno**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol. 4, mai 2011, p. 722. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?q=related:Q9ME_IUa_xoJ:scholar.google.com/&scioq=Novas+fun%C3%A7%C3%B5es+judiciais+no+Estado+moderno&hl=pt-BR&as_sdt=0,5. Acesso em: 09 mar. 2019.

⁸ Ibidem. p. 718

⁹ Ibidem.

Nesse sentido: “Durante as últimas décadas, a atividade judicial avançou consideravelmente sobre a política e relações. Com efeito, o juiz se tornou mais próximo da sociedade, num trabalho de valorização da cidadania.”¹⁰ Ainda:

Portanto, constata-se que o ativismo judicial, no sentido de promover a constitucionalidade das políticas públicas empregadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, não fere o princípio da separação harmônica dos poderes. Pelo contrário, é a exteriorização da sua aplicação.¹¹

É perceptível que, através da tripartição dos poderes, as cúpulas do Legislativo, Executivo e Judiciário, de forma independente, devem instrumentalizar mecanismos aptos a tornarem eficazes os direitos individuais e coletivos conferidos pela Constituição. Através das atribuições conferidas especificamente a cada ente, é que se torna viável a plena aplicação da tutela jurisdicional em prol da sociedade civil.

2 O CARÁTER TRANSINDIVIDUAL DOS DIREITOS COLETIVOS E O PLANEJAMENTO ADMINISTRATIVO

Sabendo que um grupo de direitos inarredáveis a uma vida digna foi classificado como direitos sociais fundamentais pela Constituição da República do Brasil, mostra-se demasiada preocupação em garantir uma aplicação eficiente da legislação. É neste panorama que a Administração Pública planeja e distribui a renda a todos os entes federativos, qual seja da União, dos estados e dos municípios.

Nesta seara, diferentemente de outras áreas do Direito, a Administração Pública somente pode realizar aquilo que a lei expressamente permite, e com a finalidade de atingir o interesse público. Posto isso, toda estrutura administrativa é voltada para as diretrizes legais, de modo a fornecer a cada ente verbas capazes de garantir à população o mínimo existencial.

¹⁰ SIERRA, Vânia Morales. A judicialização da política no Brasil e a atuação do assistente social na justiça. **Revista Katálysis**, v. 14, n. 2, 2011. Disponível em: file:///C:/Users/Cliente/Downloads/Dialnet-AJudicializacaoDaPoliticaNoBrasilEAAtuacaoDoAssist-4481104.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

¹¹ ALVES, Lucélia de Sena. A Judicialização da Saúde e seu impacto no orçamento: em busca de uma tutela adequada a partir do caso do estado de Minas Gerais. **UIT-MG**. Itáúna, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/10456624/A_judicializa%C3%A7%C3%A3o_da_sa%C3%BAde_e_o_seu_impacto_no_or%C3%A7amento_em_busca_da_tutela_adequada_a_partir_do_caso_de_Minus_Gerais. Acesso em: 09 mar. 2019.

Ressalte-se que o mínimo existencial não se limita a garantir a existência física do indivíduo ou, em outros termos, sua mera sobrevivência. Justamente por sua função instrumental o mínimo existencial apenas é efetivado quando, além da sobrevivência, garantem-se as condições para uma vida digna, livre e participativa.¹²

Ultrapassando as normas nacionais, verifica-se de igual modo, a preocupação internacional com os direitos humanos, uma vez que a pessoa humana deve estar amparada pelo Estado a uma existência digna. Assim, a Organização das Nações Unidas (ONU) é uma instituição mundialmente reconhecida ao se tratar da manutenção da paz e por conferir aos Estados-Membros políticas de direitos humanos.

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.¹³

Mormente, é atribuição executiva distribuir as finanças públicas de modo a garantir os direitos constitucionalmente previstos e, assim, cumprir satisfatoriamente as determinações legais. Entretanto, as políticas públicas são voltadas a atingir direitos coletivos, isto é, a satisfazer, de forma geral, as necessidades básicas da população. Neste cenário, diariamente, são registradas necessidades excepcionais e individuais não abrangidas pelas instituições públicas, posto o exacerbado valor de determinados procedimentos.

Dito isso, e sabendo que a própria Administração Pública possui limitações orçamentárias, surge um grande conflito que remonta à inaplicação dos direitos constitucionais e, conseqüentemente, a um desequilíbrio entre interesses coletivos e individuais. Neste embate de interesses e, inclusive, de orçamentos, o judiciário é provocado pelo particular, que visa ao direito constitucional. Não obstante, as decisões judiciais, mesmo que em consonância com a legislação, afetam a organização administrativa, de modo a ter que replanejar suas políticas distributivas e, em alguns casos, buscar novas formas de preencher a lacuna financeira.

¹² OLIVEIRA, Antônio Ítalo Ribeiro. O mínimo existencial e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4772, 25 jul. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50902>. Acesso em: 2 set. 2018.

¹³ *Ibidem*.

O processo e organização orçamentários como um todo, entre outras coisas, importa na concretização dos interesses sociais, políticos e econômicos, individuais ou coletivos. Nesse aspecto, a elaboração e previsão orçamentárias podem ser consideradas mais do que mera relação de receitas e despesas, pois se determinam as prioridades e as necessidades públicas a serem supridas ou suprimidas.¹⁴

Posto isso, é visível que o orçamento edifica toda movimentação de receitas e despesas públicas, viabilizando a concretização dos direitos constitucionais. Destarte, a existência dos direitos sociais não se segrega entre individual e coletivo, posto que os direitos sociais são garantias individuais de cada pessoa, mas aplicados de forma coletiva pela administração pública. Neste íterim, o planejamento público trabalha sob uma ótica coletiva, em que a supremacia do interesse público é fator preponderante.

A harmonização entre individual e coletivo deve ocorrer com base na disponibilização orçamentária, visto que a distribuição de receitas já é planejada visando ao melhor interesse público. Assim, decisões estritamente literais viabilizam a aplicação dos direitos sociais individuais; contudo, prejudicam demasiadamente a coletividade, que tem aquele recurso retirado em prol do particular.

3 O PODER JUDICIÁRIO E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

Com o advento da Constituição de 1988 e, principalmente, os movimentos sociais tendentes à democratização do país, houve uma colossal transformação das políticas públicas até então vigentes no Brasil. A tripartição de poderes originou uma segregação visível de competências, em que cada poder, apesar de poder atipicamente exercer funções contrárias, não pode ultrapassar as limitações de suas atribuições, qual sejam, legislar, executar e julgar.

As novas diretrizes constitucionais foram projetadas de forma a propiciar ao povo brasileiro condições mínimas de existência e, neste íterim, reintroduzir o país nos modelos de democracia vigentes no ocidente. Contudo, as barreiras existentes nas áreas administrativas fizeram com que a população se socorresse ao Poder Judiciário, visando à satisfação de uma garantia expressa no ápice do ordenamento

¹⁴ MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. **Decisões judiciais e orçamento**: um olhar sobre a saúde pública. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/75519/79077/>. Acesso em: 01 set. 2018.

jurídico. Neste contexto, e com o decorrer dos anos, o judiciário passou a ser um poder amplamente poderoso, capaz de decidir qualquer pretensão e, não obstante, de interferir em questões típicas de outros poderes da federação.

A Judicialização se caracteriza por uma espécie de intromissão do direito, como campo de saber e de práticas, na organização da vida social moderna, se estendendo sobre a regulação da esfera política, da sociabilidade e das políticas sociais.¹⁵

Atualmente, verifica-se ainda uma notória confusão entre o termo judicialização e ativismo judicial. Enquanto este é um ato realizado pelo Poder Judiciário, em que modifica ou amplia o entendimento da lei para aplicá-la na resolução de um caso concreto, aquele é efetivamente o Judiciário, resolvendo temas não satisfeitos nas esferas tipicamente aptas ao pleito. Assim, levando em consideração que a ferramenta do juiz é a legislação elaborada pelo Poder Legislativo, tem-se a judicialização quando, por exemplo, o Poder Executivo indefere uma vaga escolar ou uma cirurgia de alto valor e, de igual modo, se tem o ativismo quando o juiz estende a hermenêutica de determinada norma para aplicar numa lide que não encontra respaldo legal.¹⁶

Verifica-se essa divergência entre as expressões comumente utilizadas como sinônimo, tornando perceptível que a Judicialização é um fenômeno em que o Poder Judiciário, atrelado ao texto legal, defere ao particular seu direito, legalmente conferido, mas administrativamente negado. Independentemente de qual seja a justificativa para indeferir referido pleito, o Judiciário tão somente faz cumprir sua função, qual seja, a guarda e aplicação da lei.

A **Judicialização** é por vezes, associado ao ativismo social este considerado como uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandindo o seu sentido e alcance.¹⁷ Logo, partindo desta distinção é importante considerar que a Judicialização consiste em uma espécie de transferência do poder

¹⁵ VOUMARD, Agathe Pompermayer. Judicialização da política, ativismo judicial e o novo papel do poder judiciário. **Revista Jus Navigandi**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54172/judicializacao-da-politica-ativismo-judicial-e-o-novo-papel-do-poder-judiciario/1>. Acesso em: 07 set. 2018.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Direito do Estado**, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan/mar 2009. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em: 24 mar. 2019.

¹⁷ BARROSO apud MAGALHÃES, Daniella Santos. A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12526. Acesso em: 16 set. 2018.

político (na aplicação de **políticas públicas**, por exemplo) para o **poder judiciário** que tem como uma possível causa: o processo de redemocratização brasileira que ampliou o **acesso a justiça**, em especial com a CF/88, a qual distribui em seu texto um elenco significativo de **garantias sociais**. Enquanto, o ativismo social consiste na ação do poder judiciário que direciona suas forças para suprir a **omissão dos outros poderes**, e nesta circunstância aplica princípios a ocasiões não previstas em lei.¹⁸ **(Grifa-se)**.

Nessa perspectiva, é notória a atribuição do Poder Judiciário em garantir a aplicação das normas legais, principalmente no que concerne aos direitos e garantias fundamentais. Deste modo, é visível, atualmente, um grande conflito entre a aplicação dos direitos sociais de forma individualizada e a escassez orçamentária alegada pelo Estado.

Assim, embora a judicialização seja uma forma eficaz de fazer cumprir a lei, igualmente, prejudica uma coletividade de pessoas dependentes do sistema e, nesta cealeuma, seria plausível uma complementação nas decisões judiciais que fizesse equilibrar o orçamento. Destarte, as decisões judiciais que deferem um pedido, no qual interfere no orçamento público coletivo, deveriam vir acompanhadas de formas a preencher a destinação dada ao recurso objeto da lide.

4 DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO FORMA DE JUSTIFICAR A ESCASSEZ DE RECURSOS E A RESPONSABILIDADE ESTATAL

É evidente que, com a introdução dos direitos fundamentais pelo poder constituinte originário no texto da carta magna, visava-se, através de políticas públicas, fornecer aos cidadãos brasileiros uma garantia inerente ao mínimo existencial. Desta forma, cada um dos três poderes da União é responsável no limite de suas atuações pela efetiva manutenção e aplicação dos direitos fundamentais.

Assim, no intuito de garantir o denominado bem-estar social, a Administração Pública, através das leis e diretrizes orçamentárias, compõe as políticas públicas capazes de equilibrar a distribuição de fundos aos entes da federação e, conseqüentemente, efetivando a aplicação em cada município dos direitos constitucionalmente garantidos.

¹⁸ BARROSO apud MAGALHÃES, Daniella Santos. A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos%20leitura&artigo_id=12526. Acesso em: 16 set. 2018.

Não obstante, hodiernamente, o Estado vem adotando, como fora anteriormente explanado, a teoria da reserva do possível, importada da Alemanha, diga-se de passagem, “país de primeiro mundo”, a fim de se defender dos pleitos judiciais que almejam a concessão de fundos a uma minoria que observa insatisfeita a obtenção de determinado direito fundamental.¹⁹

Embora a Constituição elenque em seu texto alguns direitos essenciais e indisponíveis ao cidadão, os estados possuem um limite orçamentário que impede a concessão demasiada de fundos, sob alegação de escassez dos recursos. Neste ponto, verificam-se dois interesses plenamente antagônicos; por um lado, um civil pleiteia um direito fundamental garantido pela Constituição Federal; conquanto doutra banda, o estado se defende, alegando a teoria da reserva do possível, a fim de evitar o deferimento de um pedido que possa interferir em suas políticas orçamentárias.

Observa-se que a reserva do possível foi adotada pelo Brasil no ano de 2005, pois, até então, todas as ações judiciais que almejavam a concessão de um direito fundamental tinham ao final do processo, o deferimento do pedido, o que leva a acreditar que denominada teoria somente foi importada, e desvirtuada de sua finalidade originária, para afastar a responsabilidade estatal. Igualmente, o poder judiciário vem sendo o grande responsável por dirimir os interesses contrapostos, a fim de chegar a uma harmonização entre as partes e o texto legal.²⁰

EMENTA: recurso extraordinário – criança de até cinco anos de idade – **atendimento em creche** – educação infantil – direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, iv, na redação dada pela EC nº 53/2006) – compreensão global do **direito constitucional à educação** – dever jurídico cuja execução se impõe ao **poder público** (CF, art. 211, § 2º) – o papel do **poder judiciário** na implementação de **políticas públicas** previstas na constituição e não efetivadas pelo poder público – a fórmula da **reserva do possível** na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de **deveres estatais** de prestação constitucionalmente impostos ao poder público – sucumbência recursal – (cpc, art. 85, § 11) – não decretação, no caso, ante a

¹⁹ GOMES, Fábio da Costa Batista et al. A crescente judicialização da saúde para garantia de direitos fundamentais e a teoria da reserva do possível. **Anais do Seminário Científico da FACIG**, n. 3. 2018. Disponível em: <http://pensaracademico.facig.edu.br/index.php/semiariocientifico/article/view/513/434>. Acesso em: 10 mar. 2019.

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

ausência de condenação em verba honorária na origem – agravo interno improvido. **(Grifa-se)**.

Nesta seara, é possível identificar que o poder judiciário, ao analisar uma ação que verse nestes permeios, deverá verificar três elementos para, ao final, poder harmonizar o conflito. Aprioristicamente, deverá ser hasteado o valor correspondente ao mínimo existencial a ser garantido ao cidadão e, *a posteriori*, um levantamento da disponibilidade financeira do Estado e a razoabilidade da pretensão em face do Poder Público.²¹

Posto isso, observa-se que o judiciário, além de levar em consideração aspectos objetivos, no intuito de analisar qual das partes tem a maior possibilidade de direito, seguirá, durante todo o decurso do processo, os princípios da razoabilidade e o da proporcionalidade, uma vez que as prestações dependem de um consenso entre as pretensões e as disposições, tanto do particular quanto das consequências ao ambiente coletivo.

Não obstante, a escassez de recursos, muitas vezes tida como desigualdade, é resultado do setor administrativo, que contempla o investimento em determinada área em face de outra, não antevendo a possibilidade, ou resguardando fundos para uma possível necessidade individual excepcional, que não pode ser atendida pelos órgãos coletivos, seja este pela dificuldade ou valor da necessidade.

Assim, chega-se à conclusão de que, em um país onde já se tem tabelado o que vem a ser o mínimo existencial, não se pode ter restringidos direitos fundamentais inerentes à própria subsistência humana, alegando a reserva do possível, isto é, a aplicação malograda de uma teoria importada de um país, onde o maior interesse estatal é a dignidade da pessoa e, de igual modo, da própria vida humana.

ADMINISTRATIVO. **DIREITO À SAÚDE**. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE **POLÍTICAS PÚBLICAS**. **ESCASSEZ DE RECURSOS**. DECISÃO POLÍTICA. **RESERVA DO POSSÍVEL**. **MÍNIMO EXISTENCIAL**.

1. **A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas** é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social.

2. **O direito à saúde**, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal.

3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local **viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial** de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido.

4. **Em regra geral, descabe ao Judiciário** imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente.

5. A **reserva do possível** não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da **dignidade da pessoa humana**, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a **omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar**. A escusa de "**limitação de recursos orçamentários**" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da **coletividade**. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da **separação dos Poderes**.

6. "A realização dos **Direitos Fundamentais** não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana **não podem ser limitados em razão da escassez** quando esta é fruto das escolhas do administrador" (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010).

7. Recurso Especial provido. **(Grifa-se)**.

O poder judiciário, através das interferências executivas e legislativas, harmoniza o conflito existente entre os direitos fundamentais e a teoria da reserva do possível, levando em consideração aspectos individuais e coletivos existentes entre as partes e, de igual modo, nos reflexos que a decisão acarretará na esfera social.

5 A VEDAÇÃO AO RETROCESSO COMO OBSTÁCULO PARA A PLENA APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A regra geral consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a ampla liberdade do legislador para elaborar ou revogar normas de natureza

infraconstitucional. No entanto, relativamente aos direitos fundamentais, mormente os de natureza social, essa atuação é mitigada para assegurar a estabilidade e a aplicação de preceitos consagrados.

Nessa esteira, exemplificativamente, se está vigente a norma "A", que diz ser assegurado determinado direito fundamental, devem ser encaradas com desconfiança quaisquer alterações legislativas posteriores que objetivem uma interpretação contrária ao postulado. Com Base nesse raciocínio, MASSON²² arremata, afirmando que a marcha legislativa deve ser sempre crescente para melhores condições de vida.

No mesmo sentido, o princípio da vedação ao retrocesso não pode ser justificador para que não haja mudanças tendentes a acabar com mordomias, desperdícios ou prestações estatais consideradas supérfluas, mormente aquelas restritas a um pequeno grupo de indivíduos, mas somente pode vedar que direitos de natureza fundamental (como saúde, educação ou previdência) sejam extirpados dos ordenamentos jurídicos de um país. Não há que se falar em estagnação, outrossim, mas em uma obrigação de rumar ao progresso.²³

A reserva do possível, em sua concepção original, definia que somente há direito enquanto durar a disponibilidade financeira, pois não poderia o estado dar um "passo maior que suas próprias pernas" simplesmente para cumprir a prolixidade da Constituição. Com base nessa premissa, resta clara a inviabilidade da plena obediência ao postulado de ponderação financeira estatal, ante o aludido princípio. Ora, se não há como renunciar a evolução garantística sem violação ao alhures mencionado princípio, como o ente público poderia se defender, impondo limitações orçamentárias a eles?

Quando a Carta Magna diz cristalinamente ser assegurado o direito social à saúde, parece não haver quaisquer outras interpretações viáveis à regra, pois qualquer contra-argumento destoa à essência da regra. Dito de outro modo, qualquer decisão denegatória ao mencionado direito, angariado na reserva do possível, é uma violação à proibição ao regresso, haja vista que não importa em violação à norma positiva.²⁴

²² MASSON, Nathália. **Manual de direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

Em resumo, não existe meio termo quando se coloca em cheque o princípio e a teoria em questão; ou se aplica a norma fundamental e assegura o direito, ou a coloca sob condição (a de haver fundos para tal). Se se optar por esta última possibilidade, inevitavelmente o país estará voltando para uma época pretérita ao preceito assegurado, e violando a norma maior.

Acontece que, lastimavelmente, no Brasil, princípios são criados e amoldados de acordo com as necessidades fáticas. Assim, a proibição de regredir não possui (embora devesse ter) a força necessária para impedir funestas transgressões ao texto romântico do constituinte de 1988. Retorno ao retrocesso de direitos sociais tornou mera expressão (lançada ao vento), pois a administração pública ainda alega a reserva do possível em sua defesa.

6 DECISÕES JUDICIAIS PERANTE AS OBRIGAÇÕES ESTATAIS

Pelo exposto, verifica-se que, embora os entes federativos estejam limitados a um orçamento desenvolvido e planejado anteriormente à sua efetiva distribuição, a Constituição Federal da República, com clareza, garante a toda população do país direitos e garantias, sociais e fundamentais, aptos a satisfazerem, no mínimo, as necessidades básicas.

Ao se buscar, na esfera do Poder Judiciário, a confirmação de referidos direitos, e, conseqüentemente, a ordem mandamental, para que o setor administrativo efetivamente cumpra o texto da carta magna, torna-se evidente a fragilidade da relação existente entre o Estado e seus residentes. Neste panorama, é visível a precariedade das instituições públicas de serviços coletivos, bem como, da ineficiência de políticas em prol de necessidades individuais. Neste sentido:

3. No julgamento do RE 592.581/RS, com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a supremacia dos postulados da **dignidade da pessoa humana** e do **mínimo existencial** legitima a imposição, ao Poder Executivo, de medidas em **estabelecimentos prisionais** destinadas a assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, não sendo oponível à decisão o argumento da **reserva do possível**. **(Grifa-se)**.

Embora os direitos sociais sejam mais visíveis ao se tratar de saúde e educação, não se finda nestes direitos, posto a diversidade de garantias apregoadas no corpo da carta cidadã. O mínimo existencial, vislumbrado pelos direitos sociais e

em paralelo aos direitos fundamentais, incorpora um vasto acervo de direitos que globalizam uma infinidade de elementos básicos, como se pode verificar em recentes decisões de órgãos superiores.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IRREGULARIDADES APURADAS EM **INSTITUTO MÉDICO LEGAL** (IML). OBRIGAÇÃO DE FAZER IMPOSTA A ENTE FEDERADO. DISPOSITIVOS LEGAIS INVOCADOS EM RECURSO ESPECIAL NÃO PREQUESTIONADOS. SÚMULA 282/STF. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. OMISSÃO ESTATAL. DIREITOS ESSENCIAIS INCLUSOS NO CONCEITO DE **MÍNIMO EXISTENCIAL**.

3. Além disso, ainda que se afastasse tal óbice, melhor sorte não assistiria ao insurgente. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme e consolidado de que, na hipótese de demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de **políticas públicas de interesse social**, sem que haja invasão da discricionariedade ou afronta à **reserva do possível**. Nesse sentido: AREsp 1.069.543/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 2/8/2017; REsp 1.586.142/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18.4.2016. **(Grifa-se)**.

Estão, ainda, sobre a égide de proteção, não só os direitos sociais e fundamentais, mas também os direitos transindividuais, quais sejam, aqueles que ultrapassam a esfera do particular e atingem instantaneamente toda a coletividade. Neste ponto, é mister a atuação administrativa, no que concerne a salvaguardar o patrimônio histórico, assim como o meio ambiente, que se depreende do interesse cultural de toda a nação.

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REQUISITOS AUTORIZADORES DE MEDIDA LIMINAR. DEGRADAÇÃO DE SÍTIO HISTÓRICO. NECESSIDADE DE REEXAME DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. SÚMULA 735/STF. TEORIA DA **RESERVA DO POSSÍVEL**. AFASTAMENTO.

5. Finalmente, ressalto que o STF tem decidido que, ante a **demora ou inércia do Poder competente**, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas para o cumprimento de deveres previstos no ordenamento constitucional, sem que isso configure invasão da discricionariedade ou afronta à **reserva do possível**. **(Grifa-se)**.

Cotidianamente, é perceptível a escassez de investimentos em mecanismos aptos a satisfazerem, com eficiência, todos os elementos constitutivos do mínimo

existencial. Embora a saúde e a educação sejam fatores preponderantes, direitos como a alimentação, o transporte, o trabalho, dentre outros, igualmente incorporam o rol de direitos sociais elencados pela carta magna.

Assim, por mais que o planejamento estatal seja voltado para a coletividade, deve-se atentar a políticas públicas individuais no bojo do orçamento público, buscando evitar que necessidades isoladas fiquem desamparadas e, conseqüentemente, acarretem em danos ao particular. “Os direitos sociais constituem as liberdades positivas, de observância obrigatória em um estado Social de Direito, tendo por objetivo a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização das igualdades sociais”.²⁵

Nesta seara, quando o Poder Judiciário defere pleitos individuais relacionados ao que está disposto na Constituição Federal, está apenas exercendo a sua função típica de garantir e fazer obedecer ao texto maior do ordenamento jurídico. Embora seja da administração pública a função de distribuir os recursos públicos entre os inúmeros programas e instituições sociais, na prática, é aviltante a desproporcionalidade entre os recursos estatais e as necessidades sociais.

Contudo, por mais justificável que seja, não é plausível afastar direitos essenciais em face de recursos monetários. A reserva do possível, neste sentido, por si só, não é tese capaz de afastar a responsabilidade do Estado, pois se mostra imponderáveis aspectos puramente econômicos com elementos inerentes ao mínimo existencial, qual seja, é o mínimo de subsistência e a própria condição de ser humano. Neste cenário, dia após dia, pedidos são protocolados e decisões são deferidas no intuito de manter o atual sistema constitucional, e por conseqüência, o objetivo maior da nação, que é o bem estar de sua população.

A educação;

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. **ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. DIREITO SUBJETIVO. RESERVA DO POSSÍVEL.** TEORIZAÇÃO E CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA. ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA. PRIORIDADE DOS **DIREITOS FUNDAMENTAIS.** CONTEÚDO DO **MÍNIMO EXISTENCIAL.** ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ. **(Grifa-se).**

²⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros Editores LTDA. 1993. p 708.

A saúde;

ADMINISTRATIVO. ARTIGOS NÃO PREQUESTIONADOS. SÚMULA 211/STJ. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ORÇAMENTO E RESERVA DO POSSÍVEL.** DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO. LIMITAÇÃO TEMPORAL DE FORNECIMENTO. SÚMULA 7/STJ. **(Grifa-se).**

A dignidade da pessoa humana;

CONSTITUCIONAL E EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **SUPERLOTAÇÃO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL.** RISCO À SEGURANÇA DOS PRESOS E SERVIDORES. INTERDIÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL. DEVIDO PROCESSO LEGAL. OBSERVÂNCIA. **RESERVA DO POSSÍVEL.** NÃO OPOINIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PREVALÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO MÍNIMO EXISTENCIAL. RECURSO NÃO PROVIDO. **(Grifa-se).**

A previdência social;

ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGÊNCIA DA **PREVIDÊNCIA SOCIAL.** PRAZO PARA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA MÉDICA DOS SEGURADOS. FIXAÇÃO DE PRAZO DE ATÉ 15 DIAS. RAZOABILIDADE. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO COM O SUS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. AMPLA DIVULGAÇÃO DO PRAZO NAS DEPENDÊNCIAS POR INFORMES LEGÍVEIS E VISÍVEIS E POR DISPOSITIVOS DE INFORMAÇÃO FACILITADORES DA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. DIREITO À INFORMAÇÃO.

2. O STF tem decidido que, ante a demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse **social** - principalmente nos casos que visem a resguardar a supremacia da dignidade humana -, sem que isso configure invasão da discricionariedade ou afronta à **reserva do possível.** Precedentes. **(Grifa-se).**

Neste cenário, é evidente que a tendência é de que, cada vez mais, haja a interferência judiciária para decidir acerca da concessão ou não de direitos expressos no corpo da Constituição do país. A esfera executiva capaz de, em um primeiro momento, tornar efetivos os direitos fundamentais, se encontra reprimida

por limitações advindas no próprio aparato estatal e, portanto, em dissonância com o sistema constitucional vigente.²⁶

Embora no atual sistema brasileiro haja a tripartição de poderes, mostra-se visível um grande conflito entre as referidas instituições. *A priori*, o poder legislativo não busca legalizar meios aptos e eficientes para que a esfera executiva possa exercer com presteza suas atividades, que, aliás, são regidas pelo princípio da legalidade. Nesse entrevero, o poder judiciário torna-se o porto seguro de toda sociedade, pois é um poder, em essência, vinculado ao corpo constitucional, isto é, às diretrizes que estão no ápice do ordenamento jurídico.

O grande problema dessa interferência judiciária – embora necessária – é o ganho de atribuições e de poderes que tornam o Poder Judiciário uma entidade colossalmente poderosa, na qual desequilibra a tripartição de poderes, cerne do sistema democrático, pondo-o inclusive a termo; a propósito, se uma instituição tiver fonte inesgotável de poderes, o próprio sistema democrático estará em risco, pois as incertezas e inseguranças serão ampliadas em face da falta de limitação do judiciário.

CONCLUSÃO

Através do exposto, verifica-se, no atual contexto social, que as demandas no poder judiciário têm-se alavancado, ao passo que a sociedade em geral tem se atentado aos direitos e garantias mínimas que o Estado confere no corpo da carga magna. Ressalta-se que, embora um dos princípios norteadores do estado brasileiro seja o amplo acesso à justiça, o embate político ocorrido nos últimos anos despertou na população vultosa atenção para os direitos e garantias fundamentais e sociais.

É claramente visível que a Constituição Federal vigente trouxe o que podemos chamar de condições mínimas de subsistência, em que o próprio Estado deve garanti-las àqueles que necessitam. Neste panorama, o mínimo existencial é um conjunto de situações, tais como, saúde, educação, lazer, etc, que devem ser fornecidos com presteza a todos sob o manto da nação brasileira. Nada pode ser alegado pela esfera executiva, no intuito de negar um direito básico e essencial

²⁶ ZAGANELLI, Margareth Vegas. Judicialização da saúde e a obtenção de medicamentos de alto custo: à procura de uma contenção saudável. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Belo Horizonte. 2017. P. 156-172. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/03/DIR33-10.pdf>. Acesso em: 09 maio 2019.

constitucionalmente garantido. Assim, quando ocorre, na prática, referido indeferimento, o judiciário é procurado para tornar eficaz algo que deveria ser harmoniosamente conferido ao solicitante.

Contudo, embora o texto constitucional seja admirável e garanta a todos condições plausíveis de existência, é sabido que o Estado brasileiro, por diversas situações, não consegue atender com eficiência os anseios da população. A Administração Pública, restrita aos textos legais, encontra limites em orçamentos públicos advindos do poder legislativo. Destarte, administrativamente, seja por falta de amparo legal ou seja por falta de recursos financeiros, as garantias básicas constitucionais são fornecidas de forma genérica, sem atenção às peculiaridades individuais.

Nessas circunstâncias, a teoria da reserva do possível, importada da Alemanha, país de primeiro mundo, é utilizada cotidianamente como forma de justificar e de afastar a responsabilidade estatal pela falta de recursos. Por consequência do indeferimento administrativo, o Poder Judiciário é procurado com o objetivo de deferir e de determinar que se cumpram as previsões constitucionais.

O embate existente entre o que é garantido pela Constituição da República e o que a Administração Pública pode definitivamente prover pode e deve ser resolvido pela seara legislativa. Enquanto inexisterem normais legais que possam equilibrar os poderes estatais, a sociedade buscará amparo no órgão judicial, uma vez que este é o único poder capaz de conceder a satisfação de direitos violados.

Entretanto, é patente que a interferência do judiciário nos demais poderes, embora justificável, possa acarretar, em longo prazo, risco aos demais poderes e, até mesmo, para o próprio sistema democrático de direito, uma vez que a Judicialização pode elevar o Poder Judiciário a um patamar tão forte, que, futuramente, possa ser irreversível à sua “des atuação” em assuntos concernentes às demais instituições.

THE JUDICIALIZATION PHENOMENON AND THE PUBLIC ADMINISTRATION: a legal administrative analysis in the current social context

Abstract: Meaning to build a new constitutional system, the original constituent power, when making the magnum letter, constituted fundamental rights and guarantees both individual and public. This preoccupation of establishing minimum existence conditions was, *a posteriori*, doctrinally stipulated as the existence's minimum. The State powers were divided in legislative, executive and judiciary,

becoming, because of that, more efficient in the development of public activity. Through time, though, the judiciary power has become the safe space for those whose pretensions were administratively denied. So, nowadays, it is possible to see a huge shock between the Constitutional guarantees and the executive limitations. If, in one hand, the Federal Constitution widely assures minimum and basic rights, in the other hand, the Public Administration, guided by the “Reservation of the Possible” theory, is limited by the State’s spending limits. That said, the great judicial demand ends up cutting off the powers of the Public Administration and giving birth to the judicialization phenomenon.

Key words: Fundamental rights; Existence’s minimum; Reservation of the Possible; Judicialization.

REFERÊNCIAS

ALVES, Lucélia de Sena. A Judicialização da Saúde e seu impacto no orçamento: em busca de uma tutela adequada a partir do caso do estado de Minas Gerais. **UIT-MG**. Itaúna, 2014. Disponível em:

https://www.academia.edu/10456624/A_judicializa%C3%A7%C3%A3o_da_sa%C3%BAde_e_o_seu_impacto_no_or%C3%A7amento_em_busca_da_tutela_adequada_a_partir_do_caso_de_Minas_Gerais. Acesso em: 09 mar. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Direito do Estado**, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan/mar 2009. Disponível em:

http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em: 24 mar. 2019.

_____. apud MAGALHÃES, Daniella Santos. A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12526. Acesso em: 16 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.101.106. Relator Ministro Celso de Mello, Brasília Federal, 21 de junho de 2018. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747888772>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 790767/MG – Minas Gerais. Relator: Ministro Humberto

Martins. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 14 dez. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque>

ncial=1473142&num_registro=201502487840&data=20151214&formato=PDF.
Acesso em: 21 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança nº 45212/MG – Minas Gerais. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 30 maio 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1714942&num_registro=201400599339&data=20180530&formato=PDF. Acesso em: 21 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1068731/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 08 mar. 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1038100&num_registro=200801379303&data=20120308&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1586142/SP – São Paulo. Relator: Ministro Humberto Martins. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 18 abr. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1500880&num_registro=201600415340&data=20160418&formato=PDF. Acesso em: 27 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1676185/SC – Santa Catarina. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 09 out. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1637817&num_registro=201701142211&data=20171009&formato=PDF. Acesso em: 27 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1677832/AL – Alagoas. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 22 nov. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1645750&num_registro=201701383045&data=20181122&formato=PDF. Acesso em: 21 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1734315/GO – Goiás. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 23 nov. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1702966&num_registro=201800723603&data=20181123&formato=PDF. Acesso em: 21 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 42051/GO – Goiás. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 15 abr. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1702966&num_registro=201800723603&data=20181123&formato=PDF

ncial=1501233&num_registro=201301088410&data=20160415&formato=PDF.
Acesso em: 28 abr. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **As políticas públicas e o direito administrativo**. Revista trimestral de direito público, v. 13, p. 133 – 144, 1996. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496865/RIL133.pdf?sequence=1#page=86>. Acesso em: 09 mar. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Thomson Reuters. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 54. p. 28. 2006. Disponível em: <http://www.famesc.edu.br/biblioteca/biblioteca/pesquisa-producao-cientifica/DIREITOS%20SOCIAIS%20EM%20TEMPO%20DE%20CRISE%20-%20V.%202.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **Novas funções judiciais no Estado moderno**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol. 4, mai 2011, p. 722. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?q=related:Q9ME_IUa_xoJ:scholar.google.com/&scioq=Novas+fun%C3%A7%C3%B5es+judiciais+no+Estado+moderno&hl=pt-BR&as_sdt=0,5. Acesso em: 09 mar. 2019.

FARIA, Luzardo. O Direito à Saúde entre o Poder Judiciário e a Administração Pública: do ativismo judicial às medidas administrativas. **UFPR**, Paraná, 2014. Disponível em: <http://www.direito.ufpr.br/portal/wpcontent/uploads/2014/12/Artigo-Luzardo-Faria-classificado-em-2%C2%BA-lugar1.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2018.

GOMES, Fábio da Costa Batista et al. A crescente judicialização da saúde para garantia de direitos fundamentais e a teoria da reserva do possível. **Anais do Seminário Científico da FACIG**, n. 3. 2018. Disponível em: <http://pensaracademico.facig.edu.br/index.php/semiariocientifico/article/view/513/434>. Acesso em: 10 mar. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas bno Brasil**. 2017. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?q=related:22gXnl_0WwYJ:scholar.google.com/&scioq=caminhos+e+descaminhos+do+controle+jurisdicional&hl=pt-BR&as_sdt=0,5. Acesso em: 09 mar. 2019.

MAGALHÃES, Daniella Santos. A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos%20leitura&artigo_id=12526. Acesso em: 16 set. 2018.

MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. **Revista de Direito Sanitário**. São

Paulo, p.42-65, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/75519/79077/>. Acesso em: 01 set. 2018.

MASSON, Nathália. **Manual de direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

OLIVEIRA, Antônio Ítalo Ribeiro. O mínimo existencial e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4772, 25 jul. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50902>. Acesso em: 2 set. 2018.

SIERRA, Vânia Morales. A judicialização da política no Brasil e a atuação do assistente social na justiça. **Revista Katálysis**, v. 14, n. 2, 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/Cliente/Downloads/Dialnet-AJudicializacaoDaPoliticaNoBrasilEAAtuacaoDoAssist-4481104.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2019.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA.1993. p 708.

VOUMARD, Agathe Pompermayer. Judicialização da política, ativismo judicial e o novo papel do poder judiciário. **Revista Jus Navigandi**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54172/judicializacao-da-politica-ativismo-judicial-e-o-novo-papel-do-poder-judiciario/1>. Acesso em: 07 set. 2018.

ZAGANELLI, Margareth Vegas. Judicialização da saúde e a obtenção de medicamentos de alto custo: à procura de uma contenção saudável. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Belo Horizonte. 2017. P. 156-172. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/03/DIR33-10.pdf>. Acesso em: 09 maio 2019.