
TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: O ATIVISMO JUDICIAL NA GARANTIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS, ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Henry Sandres de Oliveira¹

RESUMO: O Poder Judiciário tem tido destaque perante a sociedade. Nesse passo, a proatividade do mesmo causou o que se chama de Ativismo Judicial, que vem dividindo a opinião da comunidade jurídica. Nessa linha, surgem os institutos da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, os quais servem como mitigadores do Ativismo Judicial. Diante desse quadro, destaca-se a Teoria dos Custos dos Direitos, a qual defende a existência da relação entre a eficácia dos Direitos e os Recursos Públicos. Assim, a presente obra visa discutir, com base na Teoria dos Custos dos Direitos, o Ativismo Judicial, valorando a aplicação da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial, fazendo o uso de dados bibliográficos, com metodologia dedutiva e qualitativa.

Palavras chaves: Direito Constitucional. Poder Judiciário. Direitos Fundamentais. Ativismo Judicial. Teoria dos Custos dos Direitos.

¹Graduado em Direito pelo Centro Universitário São Lucas, Porto Velho – RO.

Pós-Graduado em Lato Sensu em Direito Processual Penal, pela Faculdade Educacional da Lapa – Porto Velho – RO.

Pós-Graduando em Direito para a Carreira da Magistratura, pela Escola da Magistratura, com previsão de conclusão em dezembro de 2021.

E-mail: henrysandres@gmail.com

Telefone: 69 981236558

ABSTRACT: The judiciary was highlighted in a society. In this step, a proactivity of it, caused what he calls Judicial Activism, which has been dividing the opinion of the legal community. In this line, the institutes of the Reserve of the Possible and the Minimum Existential arise, which are as mitigators of Judicial Activism. Doctor of frame, stands out the Theory of Costs of Rights, which defends the existence of a means of communication between Rights and Public Resources. Thus, this law aims, based on the Theory of Costs of Rights, Judicial Activism, the application of the Reserve of Possible and the Minimum Existential, making use of bibliographic data, with deductive and qualitative methodology.

Keywords: Constitutional Law. Judiciary. Fundamental Rights. Judicial Activism. Theory of The Costs of Rights.

INTRODUÇÃO

Um dos pilares do constitucionalismo, principalmente por parte da influência americana na matéria, é a separação dos poderes e o sistema *cheks and balances*, traduzido como sistema de freios e contrapesos.

Em síntese, os primeiros constitucionalistas construíram um sistema em que o Estado seria dividido em Poderes, os quais atuariam de forma harmônica, porém fiscalizariam uns aos outros. Tal sistema tem tanta influência que se encontra positivado no ordenamento pátrio até os dias atuais.

Ocorre que o supramencionado sistema passou a não solucionar parte das demandas, especialmente em relação a garantias individuais. Muito pelo contrário, passou a dificultar o acesso dos indivíduos a elas.

Nesse íterim, o Poder Judiciário, historicamente, sempre foi a porta de entrada da população em geral, entretanto, este se via de mãos atadas devido à impossibilidade de interferir nos outros Poderes.

Nesse passo, a fim de melhor responder às súplicas da população, o Judiciário se propôs a ultrapassar a barreira, envolvendo-se com matérias inerentes a outros Poderes, no que se chama de Ativismo Judicial.

Com efeito, os demais Poderes passaram a acusar o Judiciário de se opor ao Estado Democrático de Direito, devido ao desrespeito ao sistema já exposto. Assim, surgiram diversas teorias sobre a citada forma de atuação do Judiciário, dentre as quais se destacam a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial.

Nesse sentido, também surge a Teoria dos Custos dos Direitos visando, assim como Reserva do Possível e o Mínimo Existencial, relacionar a defesa de direitos e garantias com o orçamento público.

Destarte, a fim de entender como se relacionam os supraditos institutos jurídicos, faz-se necessário expor seus desdobramentos históricos, a sua aplicação no Brasil e conceituá-los, com o *animus* de apontar a possibilidade, através da Teoria dos Custos dos Direitos, da aplicação do Ativismo Judicial, valorando a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial.

1. O ATIVISMO JUDICIAL

Prima facie, é necessário expor que a ideia do Ativismo Judicial surge na Suprema Corte americana. Dessa forma, principalmente devido aplicação da *commom law*, o Judiciário Américo, além de grande prestígio nacional, possui uma enorme liberdade para decidir, conforme explica BARROSO (2009):

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

No mesmo sentido, TEIXEIRA (2012):

[...] encontraremos, certamente, nos Estados Unidos a origem do ativismo judicial. Mais precisamente, na decisão *Lochner v. New York* a Suprema Corte daquele país entendeu que o princípio de liberdade contratual estava implícito na noção de devido processo legal (*due process of law*) consagrada pela seção 1 da 14ª Emenda à Constituição dos EUA. No caso em tela, a Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado de Nova York que estabelecia 60 horas como limite para a jornada de trabalho semanal dos padeiros, alegando ser “irrazoável”, desnecessária e arbitrária” tal limitação à liberdade individual de contratar.

Nesse ponto, percebe-se que o Ativismo Judicial, desde sua origem, sempre esteve ligado a garantias individuais.

Assim, Arthur Schlesinger Jr, famoso historiador e crítico social, deu origem ao termo *judicial activists* ao comparar alguns membros da Suprema Corte americana, que possuíam um papel mais voltado para o Estado Social, com outros magistrados, denominando este segundo grupo de *self-restraint*, ou autocomedidos.

Em solo pátrio, o Ativismo Judicial é novo, quase um recém-nascido se comparado com os Estados Unidos, ganhando força após a Magna Carta de 1988. Porém, há grandes exemplos de sua realização em âmbito nacional, conforme expõe TEIXEIRA (2012, p. 04):

No Brasil, a temática relativa ao ativismo judicial só ganhou expressão com a entrada em vigor da Constituição de 1988, pois esta atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente na sociedade e, em consequência, com maior repercussão midiática; veja-se, por exemplo, todos os milhares de casos em que se faz necessário assegurar direitos fundamentais que não encontram previsão legal em condições de lhes dar regulamentação. Uma característica própria do nosso período constitucional pós-1988 é a ampla possibilidade de utilização do controle abstrato de constitucionalidade. Desde o surgimento em solo brasileiro dessa modalidade de controle de legitimidade constitucional das leis ou atos normativos com força de lei, por meio da Emenda Constitucional n. 16, de 1965,¹³ à Constituição de 1946, deu-se um substantivo acréscimo no rol de legitimados ativos que hoje se encontram previstos no art. 103 do texto constitucional. Tal ampliação aumenta também a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal em relação à legitimidade de políticas públicas e medidas sociais que encontram na legislação o seu meio natural de implementação. Um debate (sobre a constitucionalidade das leis), que antes de 1965 ficava primordialmente concentrado no meio político, hoje concentra-se cada vez mais nas instâncias judiciais ordinárias, que estão em condições de exercer o controle difuso, mas também concentra-se, derradeiramente, naquilo que é decidido no juízo abstrato do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, realizado o breve histórico do Ativismo Judicial, faz-se necessário conceituar o mencionado instituto jurídico, a fim de melhor compreender o mesmo. Assim, MASSON (2017, p. 209) o explica:

O ativismo judicial significa uma postura mais ativa do Poder Judiciário na implementação de direitos, diante do descumprimento de direitos e garantias previstas pelo poder público. Em outras palavras, o ativismo judicial é uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. O ativismo judicial é necessário quando os poderes públicos se omitem e está ligado à separação dos poderes.

Em síntese, trata-se de um movimento do Poder Judiciário que, ao se deparar com o descaso do Estado, atua fora de seu limite constitucional, interferindo nas demais esferas e prática atos fora de sua natureza típica.

Neste passo, há quem entenda ser totalmente inconstitucional e antidemocrático tal atuação; ser um mal necessário; ser totalmente compressível e legítimo a atuação do Poder Judiciário da mencionada forma. Porém, o fato é que, gostando ou não, o ativismo judicial é uma realidade, a qual, no atual momento político-econômico, tende a crescer.

2. A RESERVA DO POSSÍVEL

Nessa linha, com o intuito de combater, ou pelo menos justificar, a atuação insuficiente do Estado, surge a Teoria da Reserva do Possível, na Suprema Corte Alemã, em 1973, no caso *numerus clausus I*. Ademais, há quem entenda que a mencionada teoria teve seu início na França, em 576 d.C, com o princípio “*ut unaquaeque civitas pauperes et egenos incolas alimentis congruentibus pascat secundum vires*”.

Sobre a decisão da Corte Alemã no caso *numerus clausus I*, MATSUDA (2011, p. 05) e SARLET (2001, p. 265) ensinam:

No precedente alcunhado de *numerus clausus I*, a Corte Constitucional Alemã decidiu que aquelas leis que adotavam esse critério eram compatíveis com o texto constitucional, pois não seria possível garantir acesso universal ao ensino superior, diante da escassez dos recursos orçamentários. Recusou, dessa forma, a tese de que o Estado seria

obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas, para atender a todos os candidatos. Decidiu, outrossim, que o direito à liberdade de escolha da profissão, assegurado pelo texto constitucional alemão, não abrangia o direito irrestrito do cidadão de exigir vaga para o curso que escolhesse. Não seria razoável assegurar esse direito caso isso demandasse do Estado esforços tão intensos que implicassem em prejuízo para outros programas sociais ou políticas públicas.

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Por sua vez, no Brasil também é possível verificar a influência da Reserva do Possível, principalmente nas decisões sobre políticas públicas proferidas pela nossa Suprema Corte e pelo Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

[...] É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. [...] 8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância, revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. 9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder

Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

Mister dizer que a Reserva do Possível, se trata de um tema tão rico que é entendida e conceituada de formas distintas pela doutrina, possuindo uma classificação interna e outra externa, como bem explica MATSUDA (2011, p 07):

Pode-se analisar a reserva do possível como uma restrição aos direitos fundamentais, sob o ponto de vista da teoria interna ou da teoria externa.

De acordo com a teoria interna, a reserva do possível seria um limite imanente à norma jusfundamental. Assim, para a delimitação normativa de cada direito fundamental social, seria sempre levada em consideração a escassez de recursos estatais, que é o fator determinante da invocação da reserva do possível.

Nesse contexto, se existirem recursos financeiros suficientes para dar efetividade à pretensão demandada por um jurisdicionado, pode-se concluir que este é titular do direito pleiteado. Se, por outro lado, inexistirem esses recursos, não será viável a realização prática da pretensão demandada, razão por que se poderia concluir que esta não estaria dentro do âmbito normativo do direito social, não merecendo proteção jurídica, de acordo com o entendimento preconizado pela teoria interna. [...] usando os mesmos argumentos com os quais critica a teoria interna, apresentados no Capítulo 1. Para ela, de acordo com esse ponto de vista, as situações que se consideram incluídas na esfera de proteção do direito social seriam fruto de uma escolha, que estaria fora do controle de legitimidade e constitucionalidade. Por consequência, os poderes públicos encarregados de definir a destinação dos recursos orçamentários poderiam agir com grande discricionariedade, ao fazer a delimitação normativa do direito social, definindo o que está incluído dentro desses limites. Isso enfraqueceria o sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Conclui a autora que a limitação da reserva do possível não nasce com o direito fundamental, mas sim, é consequência das opções políticas realizadas pelos poderes públicos.

Dessa forma, em resumo, a Reserva do Possível é entendida, tanto para a teoria interna quanto para a teoria externa, com uma forma do Poder Estatal limitar Direitos.

Entretanto, a diferença entre os posicionamentos está na existência da discricionariedade do Estado. Assim, para a corrente interna, tal discricionariedade não existe, enquanto que para a corrente externa, a discricionariedade justifica e fundamenta a reserva do possível.

4. O MÍNIMO EXISTENCIAL

Doutro lado, diametralmente oposto a essência do Reserva do Possível, há o Mínimo Existencial. Todavia, mesmo possuindo ideologias distintas, ambos nascem em solo alemão.

O Mínimo Existencial tem sua criação intrinsecamente ligada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo este utilizado como uma medida de “mínimo”.

Em apanhado, o citado instrumento argui que há uma espécie de núcleo “mínimo” ou “essencial”, não podendo o Estado mitigar tal medida, sob pena de violar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; muito pelo contrário, deve o Poder Estatal garantir e defender a existência desse núcleo, conforme bem ensina MATSUDA (2011, p. 08) e TOLEDO (2017, p. 03):

Entende-se como “núcleo essencial” a parcela do conteúdo da norma jusfundamental que não pode ser restringida pelo Estado. A garantia do núcleo essencial, ou do conteúdo essencial, refere-se, por decorrência, à proteção desse conteúdo mínimo.

Isto é, os elementos centrais que compõem o conceito de mínimo existencial são (i) direitos fundamentais sociais mínimos e (ii) dignidade humana. Direitos fundamentais sociais são direitos a prestação estatal positiva. Essa prestação pode ser normativa ou fática. As prestações estatais fáticas podem-se dar na forma de bens, serviço ou dinheiro. Desse modo, direitos fundamentais sociais como saúde, educação, trabalho, moradia, trabalho, segurança social podem ser prestados segundo aquelas formas, sendo do legislador a competência originária de sua escolha¹. Dentre os direitos fundamentais sociais, poucos são os que compõem o mínimo existencial. Daí serem eles chamados de direitos fundamentais sociais mínimos. E, finalmente, apenas o núcleo essencial desses direitos forma o conteúdo do mínimo existencial.

Tal núcleo possui classificações: (i) quanto ao seu valor, podendo ser absoluto ou relativo e (ii) quanto a proteção, podendo ser objetiva ou subjetiva, conforme expõe MATSUDA (2011, p. 08-15):

Versando sobre o objeto da proteção, a teoria objetiva preconiza que o objeto de proteção da garantia do núcleo essencial é a norma jurídica, e não o direito subjetivo, admitindo que este seja suprimido no caso concreto, desde que permaneça válido como regra objetiva, perante os demais indivíduos. [...] Diversamente, para a teoria subjetiva, o bem tutelado pela mencionada garantia é o direito subjetivo do indivíduo. Dessa forma, a limitação a um determinado direito fundamental deve ser analisada em relação ao seu titular, e não em relação a toda a coletividade. [...] De acordo

com essa concepção, o núcleo essencial refere-se a um conteúdo delimitado de forma abstrata, o qual, se restringido, afetaria o próprio direito como um todo. Trata-se, portanto, de um valor absoluto, intangível. Nem mesmo a proteção de outro bem constitucional justificaria a restrição dessa porção mínima. [...] A teoria relativa preconiza que o conteúdo essencial de cada direito fundamental é determinado por meio de uma ponderação entre os outros direitos e princípios que estejam em conflito, no caso concreto. Não é possível, portanto, delimitar, a priori, o conteúdo essencial de determinado direito fundamental.

No Brasil, o Mínimo Existencial foi expandido e teve maior aplicabilidade, uma vez que na Alemanha este, via de regra, era utilizado nas esferas dos Direitos Sociais, causando, para alguns estudiosos, certa banalização do instituto.

5. A TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS E O ATIVISMO JUDICIAL: ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Inobstante as duas teorias expostas supra, há a Teoria dos Custos dos Direitos, criada por Stephen Holmes e Cass Sunstein, a qual parte da premissa de que todos os direitos, mesmo aqueles que se relacionem com uma liberdade negativa ou envolvam somente particulares, direta ou indiretamente, necessitam de dinheiro público para sua efetividade.

Então, fundamentada tal premissa, a teoria se desenrola para as consequências e conclusões, conforme expõe GALDINO (2005, p. 200-201):

Na segunda parte, a partir da observação de que todos os direitos são positivos, verifica-se que também a liberdade (ou os direitos da liberdade) é afetada pela ausência de recursos, e que a proteção deste direitos representa igualmente a redistribuição da riqueza social, com todas as suas consequências.

Na terceira parte, contrapondo-se a um grupo de autores que sustenta que os direitos “foram muito longe” nos Estados Unidos, suscitando a irresponsabilidade do indivíduo para com a comunidade, os autores argumentam, também a partir da verificação de que todos os direitos são positivos, que o exercício dos direitos é, ao contrário, um exercício de responsabilidade.

Na quarta parte, ainda como consectário de sua visão acerca da positividade, os autos sustentam que os direitos – todos eles – são sempre fruto de uma opção social, e, portanto, da negociação (especialmente política), em que nem todas as partes encontram-se em pé de igualdade, gerando distorções, por vezes de monta.

Em sendo assim, é possível, mesmo de forma rasa, extrair que a primeira conclusão pode ser utilizada com fundamento na Reserva do Possível, em sentido interno. Por sua vez, a segunda conclusão se relaciona bem com a ideia de Mínimo Existencial. Por último, a terceira conclusão é harmônica tanto com o Mínimo Existencial quanto com a Reserva do Possível em sentido externo.

Porém, outro ensinamento feito pelos autores, o qual não se pode perder de vista na presente obra, é que administrar, gerir e governar se resume a realizar escolhas e caminhar entre elas, de modo que não se pode, via de regra, entender pela falta de recursos, uma vez que, na verdade, as prioridades e as necessidades que são mal escolhidas.

Trazendo tais apontamentos para dados brasileiros, chama atenção que o erário nacional perde cerca de R\$ 200 bilhões por ano, somente com a corrupção.

Ademais, cada deputado federal custa mais R\$ 18 mil por dia trabalhado, totalizando mais de R\$ 2 milhões de reais por ano, assim, somente à Câmara Federal custa quase R\$ 1 bilhão de reais por ano aos cofres públicos.

Outrossim, segunda a FOLHA DE SÃO PAULO (2010), os Estados brasileiros gastaram quase R\$ 1.7 bilhões, somente com propaganda, o Estado de São Paulo, por exemplo, utilizou cerca de R\$ 311 milhões, valor superior ao aplicado em ações sociais com a “Renda Família”.

No mesmo sentido, o horário eleitoral gratuito causou a isenção de cerca 1 bilhão de reais e as eleições de 2016 custaram cerca de R\$ 600 milhões.

Com efeito, tem-se que mito da ausência de recursos públicos, no Brasil, é cristalino.

Nesse passo, incontroverso que as garantias individuais, e os direitos de forma geral, são custosos e necessitam de tutela estatal para sua efetivação, bem como que a discricionariedade dos governantes influencia esta matéria, de maneira que não há como arguir a ausência de recursos públicos.

Dessa forma, diante de tais conclusões, resta somente o questionamento da legitimidade do Ativismo Judicial.

Pois bem, de fato, após o advento do neoconstitucionalismo, o ideal de Estado se modificou, de modo que os Direitos Fundamentais passaram de meios de

defesa do cidadão para com o Estado e se tornaram obrigações que devem ser suportadas e garantidas pelo ente estatal.

Assim, deve o Estado, efetivamente, garantir ao indivíduo o seu núcleo mínimo de garantias individuais, devendo tal núcleo ser a prioridade na ação estatal e em seu orçamento.

Dessa maneira, apesar da difícil limitação, em caso de violação ou desrespeito ao núcleo mínimo, é dever do Poder Judiciário, ao ser instado, intervir nos demais Poderes. Todavia, tal intervenção não pode ser absoluta, se atentando aos limites e atos de resolução do caso concreto, sob pena de violar o princípio democrático da separação dos poderes, podendo ainda ser reforçada pela *democracy-reinforcement* ou *teoria do reforço da democracia*. Conforme explica MASSON (2017, p. 213-215):

Passou-se a assumir, pois, nas hipóteses de direitos fundamentais – sejam eles direitos de defesa ou direitos a prestações –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Em verdade, não se trata de definição de políticas públicas, mas de simples respeito à Constituição para alguns, não deixando de ser, ao mesmo tempo, a efetivação de políticas públicas.

Nesse embate jurídico, a doutrina moderna não leva em conta a dimensão econômica dos custos necessários à implementação dos ditos direitos negativos. [...] Na atualidade, especialmente em virtude de posicionamento preponderante da jurisprudência, a teoria da reserva do financeiramente possível tem sido afastada como panaceia apta a afastar a obrigatoriedade de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado. As decisões têm exigido não a mera alegação de inexistência de recursos, mas a comprovação de ausência de recursos, também denominada exaustão orçamentária.

Por certo, em casos em que nem mesmo o mínimo é garantido, não se pode entender pela falácia da ausência de recursos, como indicam a Reserva do Possível em sentido interno e o fenômeno das *escolhas trágicas*.

Entretanto, há autores que deslegitimam qualquer atuação do Poder Judiciário, visto a ausência de expertise dos magistrados, como é o caso de GOMES FLORES (2015):

Os direitos que são financiados pelo esforço de terceiros não combinam com as imagens projetadas pelo Judiciário. O problema é sério. Assim os autores indagam: os juízes consideram as consequências incorporadas nas contas? E como um juiz, considerando a escassez de informações à sua disposição (informações também têm custos) e a sua imunidade política,

razoavelmente e de forma responsável decide sobre a melhor alocação dos recursos públicos escassos? Um juiz pode determinar que uma rua seja mantida aberta para manter uma atividade ou uma prisão para melhorar as condições de vida dos apenados, mas pode um juiz ter certeza de que o dinheiro que ele ou ela ordena para estes fins não seria usado de forma mais eficiente para vacinar um bairro contra difteria?

Data venia, aos demais entendimentos, o Direito e, conseqüentemente, o Poder Judiciário vêm cada vez mais caminhando para a interdisciplinaridade, motivo pelo qual há maior participação de outras áreas auxiliando os magistrados, reforçando e tornando suas decisões mais próximas da realidade.

Porém, podem ocorrer violações a direitos individuais que possuem a sua parcela mínima garantida, mas, não de forma integral.

Em casos assim, a complexidade e os obstáculos na atuação do Poder Judiciário são maiores, uma vez que devido ao mínimo prestado pelo Estado, a legitimidade e a possibilidade da intervenção devem ser mitigadas, porém, nunca vedada.

Dessa forma, quando não houver a garantia integral de um direito individual, a atuação do Poder Judiciário é diminuída. De outro lado, o indivíduo que busca a tutela jurisdicional necessita de uma resposta, a qual deve ser proferida pelos demais Poderes, a fim de justificar sua atuação ineficiente. Entretanto, não se admitir, com base na Teoria do Custos dos Direitos, que os demais Poderes fundamentem e argumentem que sua ineficiência ocorre somente pela ausência de recursos.

Desta monta, havendo a violação das garantias individuais, de forma parcial, com fundamento único e exclusivamente na ausência de recursos, o Poder Judiciário, a fim de suprir a resposta ineficiente dos demais Poderes, também deve agir de forma ativa.

CONCLUSÃO

Destarte, tem-se que o Ativismo Judicial, apesar de sofrer duras críticas, é uma realidade no mundo jurídico. Nessa linha, malgrado a retórica da Reserva do

Possível em sentido interno busque deslegitimar o Poder Judiciário em sua atuação ativa, esta vem perdendo força na jurisprudência nacional.

Quanto ao Mínimo Existencial, mesmo com a dificuldade em fixar o entendimento do que se trata o núcleo mínimo, este é amplamente defendido pela doutrina e pela jurisprudência.

Sobre a Teoria do Custos dos Direitos, destaca-se duas de suas diretrizes, as quais devem ser ponderados no momento da atuação do Poder Judiciário. A primeira diz que todos os direitos necessitam de dinheiro público para sua efetivação, por sua vez, a segunda afirma que há um mito na insuficiência do orçamento público, de modo que não existe fundamento para entender pela ausência de recursos públicos.

Portanto, diante de tais constatações, tem-se que é dever do Estado garantir o núcleo essencial, podendo e devendo o Judiciário, de forma ativa, intervir nos demais Poderes a fim de garantir direitos individuais, quando estes forem diminuídos além da sua parcela mínima, com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

De outro lado, em momentos em que o Estado garantir parcialmente os direitos individuais, o Judiciário também pode intervir, desde que o ente estatal fundamente sua incapacidade somente na ausência de recursos públicos, uma vez que, como se viu, o problema está nas escolhas mal avaliadas pelos gestores e na corrupção, e não na falta de verbas.

Por fim, a intervenção do Poder Judiciário apenas se legitima nos casos supra, devendo ser realizada com máxima cautela, limitando-se ao caso concreto e sua resolução, com intuito de não violar o princípio da separação dos poderes.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.

CONGRESSO EM FOCO. **Cada deputado custa mais de R\$ 2 milhões por ano.** 2018. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/cada-deputado-custa-r-2-milhoes-por-ano/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

CONGRESSO EM FOCO. **Deputados custam R\$ 1 bilhão por ano ao contribuinte.** 2016. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/lista-todos-os-salarios-e-beneficios-de-um-deputado/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes.** New York: W.W. Norton & Company, Inc., 2000.

FERRARI, Regina Maria Macedo Neri. **Normas constitucionais programáticas. Normatividade, operatividade e efetividade.** São Paulo: RT, 2001.

FLORES, Gisele Maria Dal Zot. **Mínimo existencial – uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais.** 2007. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/viewFile/2167/1399>>. Acesso em: 29 jul. 2018

FOLHA DE SÃO PAULO. **Estados desembolsam R\$ 1,69 bi em propaganda.** 2010.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARGARELLA, Roberto. **Democracia Deliberativa e o Papel do Juízes Diante dos Direitos Sociais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ISTOÉ. **Brasil perde cerca de R\$ 200 bilhões por ano com corrupção, diz MPF.** 2017. Disponível em: <<https://istoe.com.br/brasil-perde-cerca-de-r-200-bilhoes-por-ano-com-corrupcao-diz-mpf/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

MASSON, Cleber. **Terminologias e teorias inusitadas.** São Paulo: Método, 2017.

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama. **O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais.** 2011. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/172065>. Acesso em: 29 jul. 2018.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais.** Curitiba: Revista de investigações constitucionais, 2016.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos.** Porto Alegre: S.A. Fabris, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº. 577.836/SC**, 1.^a Turma, Relator: Ministro Luiz Fux.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº. 45 MC/DF**, Relator: Ministro Celso de Mello.

TEIXEIRA, Anderson Vichinskeki. **Ativismo judicial Nos limites entre a racionalidade jurídica e a decisão política.** São Paulo, 2012.

TOLEDO, Cláudia. **Mínimo Existencial – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã.** Disponível em: <<http://pidcc.com.br/artigos/012017/062017.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

TONIN, Marta Marília. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais.** Curitiba, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo, **O Mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal.** Curitiba: Juruá, 2009.

VIERA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF.** São Paulo: Malheiros, 2006.