

A CONCEITUAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL: REFLEXÕES PARA A CONCRETIZAÇÃO DA DESJUDICIALIZAÇÃO

Ísis de Almeida Silva*
Marcelo Benacchio**

RECEBIDO EM:	27.8.2018
APROVADO EM:	30.10.2018

- * Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho (Uninove), especialista em Direito Público Global pela Universidad de Castilla La Mancha (Espanha) e bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Advogada. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) - Código de Financiamento 001. E-mail: isisalmeida1@gmail.com
- ** Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor permanente do mestrado em Direito e da graduação da Universidade Nove de Julho (Uninove), professor convidado da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão (Cogeae) da PUC-SP e da Escola Paulista da Magistratura, e professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. E-mail: benamarcelo@gmail.com

• ÍSIS DE ALMEIDA SILVA
• MARCELO BENACCHIO

- **RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo criar uma conexão entre o desenvolvimento do conceito da teoria da reserva do possível e a necessária parametrização do mínimo existencial a fim de que se possa estabelecer um nexo entre esses institutos com a chamada desjudicialização. Pretende-se apontar uma breve análise para que se examine pelo proveito da desjudicialização no tocante à aplicabilidade da teoria e sua limitação, isto é, a definição do mínimo existencial. A defesa do artigo desenvolve-se pelo clamor às cortes superiores por decisões capazes de suprir as lacunas sobre a conceituação de ambos, pois sem isso o Judiciário se queda sucateado de ações repetitivas, pleiteando as mesmas coisas e condenando aquele que necessita exercer um direito a uma espera indigna.
- **PALAVRAS-CHAVE:** reserva do possível; desjudicialização; mínimo existencial.
- **ABSTRACT:** The present article aims to create a connection between the development of the concept of the possible reserve theory and the necessary parameterization of the existential minimum so that a link can be established between these institutes with the so - called misjudgment. It is intended to indicate a brief analysis to examine for the benefit of the de-judicialization regarding the applicability of the theory and its limitation, that is, the definition of the existential minimum. The defense of the article is developed by the clamor to the superior courts for decisions capable of filling the gaps in the conceptualization of both, because without this the Judiciary is scrapped of repetitive actions, pleading the same things and condemning the one that needs to exercise a right to an unworthy wait.
- **KEYWORDS:** possible reservation; de-judicialization; minimum existential.

1. Introdução

Embora advinda da Alemanha, a teoria da reserva do possível incorporou-se às decisões judiciais brasileiras há tempos e vem causando polêmicas sobre o efetivo poder do Estado de se eximir ou se afastar das obrigações constitucionalmente a ele impostas.

Ao decorrer do tempo e com as decisões utilizando-se da teoria, o Supremo Tribunal definiu alguns parâmetros para poder aplicá-la, todavia não foram suficientes, fazendo com que diversas ações fossem propostas questionando o que seria, como poderia ser aplicada etc., sucateando ainda mais o Judiciário.

Não obstante, o mínimo existencial passou a ser considerado um limite para aplicação, porém não foram definidos nem conceito, tampouco limites, restando à doutrina a análise, mas também não se quedou resolvida.

Para estabelecer um nexo entre o instituto da desjudicialização e a reserva do possível e o mínimo existencial, é preciso que o Judiciário se pronuncie de forma enfática e decisiva. O instituto da desjudicialização surge como instrumento capaz de auxiliar o Judiciário a resolver demandas que não necessariamente possuem conflito e podem ser resolvidas por intermédio da conciliação, mediação e arbitragem ou por órgãos como os cartórios.

Portanto, visando estabelecer a relação entre a teoria da reserva do possível e o mínimo existencial a fim de que se possa utilizar a desjudicialização de forma efetiva, o presente artigo buscará analisar indutivamente por meio da doutrina e jurisprudência como esse elo se firma, concluindo pela defesa da desjudicialização como ferramenta inovadora capaz de dar efetividade a diversos direitos perdidos no atolamento dos infundáveis processos parados no Judiciário.

2. Reserva do possível e o mínimo existencial: conceitos jurídicos preliminares

A construção do que veio a se chamar “teoria da reserva do possível” teve origem na Alemanha a partir dos anos 1970 quando a Corte Constitucional passou a julgar uma ação em que se discutia o ingresso de alunos em determinada faculdade pública tendo em vista a limitação do número de vagas. Foi nesse momento que a Corte instituiu o argumento que, futuramente, veio a ser conhecido como reserva do possível.

A demanda se pautava no conflito entre estudantes que não foram admitidos no curso de Medicina *versus* as universidades de Hamburgo e Munique, tendo em vista que, à época, a Alemanha restringia o acesso dos estudantes por intermédio de uma política de limitação de vagas.

A pretensão dos estudantes foi apresentada com embasamento legal pautado no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã, segundo a qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, seu local de trabalho e seu centro de formação”.

Ao fundamentar a decisão, a Corte Constitucional apontou que o direito às vagas dependeria da reserva do possível, isto é, o pretendente só teria direito de exigir do Estado aquilo que fosse razoável. Portanto, a razoabilidade foi o viés e o ponto de partida para garantir a própria fundamentação da teoria.

• ÍSIS DE ALMEIDA SILVA
• MARCELO BENACCHIO

Nas palavras de Ingo Sarlet (2003, p. 265), o Tribunal alemão entendeu que

[...] 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.

Assim, para se definir a teoria da reserva do possível, é preciso entender que a razoabilidade incorpora o conceito e também corresponde a certa limitação do poder de agir do Estado.

A *priori*, portanto, a teoria da reserva do possível não seria, necessariamente, a capacidade material do Estado em garantir determinada prestação jurisdicional, porém, à razoabilidade do pedido, foi o principal elemento a ser analisado à época. Logo, se o Estado possuísse recursos, mas o pedido em si não fosse razoável, não haveria êxito.

No Brasil, entretanto, a aplicação da teoria sofreu significativa transformação e passou a ser uma teoria de aplicabilidade com teor financeiro, isto é, passou a ser a teoria do financeiramente possível, sendo esse o limite para prestação de direitos fundamentais.

Ao Estado seria garantida a defesa da não prestação de direitos, uma vez que não haveria recursos para tal. Tais recursos seriam exclusivamente financeiros, ou seja, uma vez demonstrada a incapacidade do Estado para arcar com o ônus financeiro de determinada demanda, o argumento da teoria da reserva do possível seria elencado para justificativa.

Os apontamentos de Krell (2002, p. 22-23) consubstanciam verdadeiro panorama geral da estrutura do conceito da teoria da reserva do possível, e o trecho indicado a seguir reproduz o cenário mediante o qual o Judiciário brasileiro tem se sustentado quando da aplicação da teoria:

A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes [...].

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. [...] Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

Há pontos relevantes nessa decisão que precisam ser destacados, como a questão da razoabilidade quanto ao pedido, o pertinente questionamento no tocante ao suposto atentado contra o princípio da separação dos poderes e ainda a questão do reconhecimento da renúncia do Estado para a efetivação do exercício de direitos sociais.

Em que pese o fato de todos esses pontos serem de extrema importância para uma análise completa e aguçada da desenvoltura conceitual da teoria da reserva do possível, faz-se mister salientar que o foco do presente estudo se dá na relação entre a teoria e a desjudicialização, motivo pelo qual a separação dos poderes e a renúncia de direitos não serão examinadas; aqui o foco será refletir sobre a pertinência da razoabilidade do pedido para a estruturação da teoria.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45, foi estabelecido que a responsabilidade do Estado precisa conter parâmetros para que a atendam a pressupostos principiológicos visando à plena aplicabilidade da teoria, sendo eles: 1. razoabilidade da pretensão, isto é, analisar se o pedido pleiteado seria lícito, possível e determinado, e 2. disponibilidade de recursos.

Como isso não foi suficiente para consagrar uma definição plena, ajuizaram-se novas ações que exigiam do Poder Judiciário uma posição definitiva de como, quando e por que a teoria seria aplicada. A inexistência de uma posição concreta fazia com que cada vez mais o Judiciário se pressionasse, pois era preciso dar a necessária segurança

• ÍSIS DE ALMEIDA SILVA
• MARCELO BENACCHIO

jurídica àqueles que pretendiam obter uma garantia e obtinham como resposta que o Estado não poderia fazê-lo.

Olsen defende que a efetividade dos direitos sociais “[...]decorrem da busca do atendimento das necessidades humanas, [...] correspondem a imperativos da dignidade, e deveriam ser satisfeitos independentemente da provisão do mercado”. No entanto, observa que “a positivação desses direitos em cartas constitucionais não foi suficiente para garantir sua exigibilidade” (OLSEN, 2011, p. 311).

Essa visão econômica do direito pôs em xeque a consagração, a realização e os exercícios de direitos fundamentais previstos na mais forte lei do país, tendo sido sustentada por parte da doutrina sob o argumento de que essas normas são de cunho programático e que, para obterem o *status* de exigíveis, denotam a necessária programação de políticas públicas.

A tese que afirmava que o texto constitucional que continha normas programáticas com deveres do Estado regulando direitos fundamentais foi afastada, prevalecendo a teoria da autoaplicabilidade das normas. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 271.286-RS, com relatoria do ministro Celso de Mello, refutou o argumento se ele fosse utilizado como impeditivo à eficácia dos direitos. Assim, firmou a posição no sentido de que

[...] não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (BRASIL, 2006).

Outro forte ponto suscitado na jurisprudência brasileira vem a ser a questão do mínimo existencial, resumidamente definido como o mínimo que um indivíduo precisa ter para poder garantir a própria dignidade.

No Recurso Extraordinário n. 642.536 de 2011, o ministro Luiz Fux assim introduz o tema:

Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos Direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos - exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana - não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial (BRASIL, 2011a).

No Recurso Extraordinário n. 592.581, o ministro Fux também pontuou sobre a teoria da reserva do possível:

Por outro lado, com relação ao mínimo existencial, o Ministro Luís Roberto Barroso aqui já timbrou, com sua doutrina clássica de Direito Constitucional, que essa alegação da existência da reserva do possível não pode infirmar um direito fundamental, tanto mais quando se está diante de um confronto com o mínimo existencial. Essa é uma velha batalha doutrinária entre Otto Bachof e Cass Sunstein; um, preconizando o mínimo existencial, e o outro, a reserva do possível, porque o Direito não nasce em árvores, mas há determinadas prestações que, mesmo que o Direito não nasça em árvore, devem ser efetivadas (BRASIL, 2011b).

A doutrina, a exemplo de Torres (1995, p. 141), tem insistido no argumento de que “Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”. Assim, a expressão mínimo existencial corresponderia a uma conceituação necessária para o exercício pleno de direitos fundamentais e também seria um correspondente limítrofe ao Estado, uma vez que não poderia deixar de prestá-lo, porém, como esclarece Torres (1995, p. 128), “Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originalmente não fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável”.

É importante destacar que, mesmo estando previsto de forma implícita na Constituição por intermédio da leitura e interpretação dos princípios contidos, a Magna Carta não esclareceu de forma definitiva o conceito do que viria a ser “mínimo existencial”.

O mínimo tem algumas características que delineiam aspectos para compreendermos as linhas que o permeiam. A doutrina traz algumas delas, por exemplo: ser pré-constitucional, uma vez que é inerente à pessoa humana; trata-se de direito público subjetivo, *erga omnes*; e, apesar de estar explícito em determinados princípios do artigo 5º, não se esgota nele, como aponta Torres (1989, p. 29):

O direito às condições mínimas de existência digna inclui-se entre os direitos da liberdade, ou direitos humanos, ou direitos individuais, ou direitos naturais, formas diferentes de expressar a mesma realidade. Aparece explicitamente em alguns itens do art. 5º da CF de 1988, sede constitucional dos direitos humanos. O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente; é dotado

• ÍSIS DE ALMEIDA SILVA
• MARCELO BENACCHIO

de historicidade, variando de acordo com o contexto social, mas é indefinível, aparecendo sob a forma de cláusulas gerais e de tipos indeterminados.

A união entre a teoria da reserva do possível e a definição do mínimo existencial é indispensável para que o Estado possa atuar quando defronte a demandas que intervêm em políticas públicas e/ou direitos fundamentais. Sendo assim, Vidal Arellano (2017, p. 393-417) defende que a reserva do possível corresponderia a uma limitação do mínimo existencial e que o Judiciário precisa definir do que se trata o “mínimo existencial” a fim de que a “reserva do possível” não seja instigada desnecessariamente. De acordo com Marco Sabino (2014), o Judiciário precisa demonstrar cabalmente a aplicação da reserva, bem como assegurar o mínimo existencial que estiver sendo negado, cumprindo ao Estado o indelegável ônus processual para demonstrar a inviabilidade do pedido sob a alegação da reserva.

3. Desjudicialização e a eficácia da decisão

Para compreender o termo “desjudicialização”, faz-se necessário explicar o fenômeno denominado “judicialização”. Esse termo surgiu como resultado da observação de pesquisadores e doutrinadores que, ao examinarem um significativo aumento nas demandas judiciais, passaram a estudar possíveis causas para justificar tal evento.

O Judiciário concentra o poder decisório quando provocado por demandas diversas, não obstante ser necessária a provocação, uma vez tendo sido feita, o Judiciário não pode se esquivar da decisão. Nas palavras de Ribeiro (2013, p. 26): “Não fosse suficiente isso, o Judiciário está proibido de não decidir, ou seja, está obrigado a decidir.”

Parte do resultado das análises realizadas sugere que o aumento das demandas judiciais decorreria do aumento da complexidade da sociedade, a qual passou a exigir do Judiciário uma posição definitiva para solucionar problemas concretos e até mesmo abstratos por intermédio das Cortes Superiores.

Outra parte dos exames, consubstanciada em Jürgen Habermas (2001, p. 451-468) quando tratou da colonização sistêmica do mundo da vida, expôs que o mundo da vida, a sociedade em sua essência, tem sido colonizado sistemicamente, ou seja, no âmbito do sistema. As relações oriundas dessa essência sistemática geraram a expectativa de que o Judiciário possa resolver problemas não solucionados pelos outros poderes (no caso do Brasil, o Legislativo e o Executivo). Esse enfoque também criou outra problemática que veio a se chamar de “ativismo judicial”, um fenômeno, que, no entendimento de Ribeiro (2013, p. 27),

[...] deriva da anomia, mas também pode ter alargado o seu conceito, caracterizando, então, uma atuação defeituosa do Poder Judiciário, que se desprende das suas funções, passando de aplicador a criador de legislação. O ativismo que se percebe possível e necessário é o decorrente da ausência de lei.

Assim, podemos resumir a judicialização como o fenômeno responsável por trazer ao Poder Judiciário todo e qualquer assunto que não possua resposta definitiva, lei reguladora clara, lei genérica ou qualquer meio legal para que o indivíduo possa exercer seus direitos constitucionalmente previstos. Esse fenômeno não se deu instantaneamente, pelo contrário, é possível notar que as demandas pleiteando respostas do Judiciário tiveram essa crescente pós-Constituição de 1988. Segundo Ribeiro (2013, p. 27), esse comportamento se deu, além de todos os motivos expostos, também pelo fato de termos uma Constituição analítica e dependente de normas reguladoras no mesmo momento em que o mundo se organiza para dar efetividade aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana.

Após o notório índice em relação às demandas, o Judiciário viu-se abarrotado de novas ações, sem contar com as já existentes de pendentes de julgamento. No final de 2016, por exemplo, foi noticiado que, no decorrer do ano, mais de três milhões de ações trabalhistas foram ajuizadas, isso somente na seara trabalhista (SILVA, C., 2016).

Foi preciso repensar a estrutura e forma de resposta do Judiciário ao demandante; dos diversos princípios, explícitos ou não, contidos na Constituição, os que inferem a celeridade processual, eficácia e dignidade estariam sendo objeto de discussões sobre possíveis marginalizações caso nenhuma medida fosse tomada para repensar a estrutura processual e, conseqüentemente, a forma de se responder a garantir o exercício de determinado direito.

Nesse contexto, resumidamente caótico, de um Judiciário em crise, permeando a necessidade de se repensar, surge a resposta para o fenômeno da “judicialização”, quer seja a “desjudicialização”. Se fosse possível esgotar o termo, dizer-se-ia que a “desjudicialização” parte do princípio da descentralização, do desafogamento, da delegação, mediação, conciliação, da prévia, logo seria um caminho ramificado que tentaria proteger o demandante de um ingresso, possivelmente desnecessário, junto ao Judiciário.

Os relatórios anuais, nomeados Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça (2018) demonstram jurimetricamente por seara de competência as lides que mais demandam tempo, ora em razão da burocracia processual, ora por questões de mera complexidade do teor do pleito. Por meio desses gráficos, foi possível analisar e ponderar possibilidades que visem auxiliar o Judiciário – conseqüentemente o demandante também, uma vez que o processo pode ser mais célere.

• ÍSIS DE ALMEIDA SILVA
• MARCELO BENACCHIO

Ocorre que tanto uma hipótese quanto a outra podem possuir atos que não dependam exclusivamente do Judiciário e poderiam ser extinguidas da análise numérica - crescente - a qual aponta o Judiciário (aparentemente) como único detentor da competência da resolução. A desjudicialização surge como uma possibilidade, um caminho, uma alternativa objetivando a efetividade dos direitos. Araújo Filho e Oliveira Sobrinho (2016, p. 10) esclarecem:

Nesse diapasão, retomamos a relevância do debate sobre a necessidade da desjudicialização dos conflitos como sinal do amadurecimento democrático, sem cair na tentação neoliberal de retirar do Estado seu papel fomentador de políticas públicas inclusivas, e destacamos a necessidade de desjudicializar o que é viável socialmente como direito disponível. Mediante a autonomia privada e de forma consensual, as partes podem negociar visando ao acesso célere e eficaz à justiça, no âmbito extrajudicial ou, caso necessário, judicialmente mediante a negociação processual e cooperação. A desjudicialização inclui o papel pró-ativo do conciliador, mediador com qualificação técnica.

Parte da doutrina suscitou críticas se seria a desjudicialização um entrave para o acesso à justiça ou se estaria retirando do Estado o papel de garantidor das políticas públicas e dos direitos fundamentais. Ao que nos parece as críticas ou preocupações nesse sentido não merecem prosperar, uma vez que o Judiciário em nenhum momento deixa de se pronunciar ou nega o acesso, tão somente dando opções mais céleres para aqueles que buscam efetividade dos direitos. Ribeiro (2013, p. 6) explica:

Por desjudicialização compreendeu-se, inicialmente, a edição de legislação que possibilita a solução de um problema social sem a necessidade de jurisdição. Todavia, é mais do que isso, conforme será visto na sequência. Ordinariamente, então, o fenômeno da desjudicialização significa a possibilidade de solução de conflitos de interesse sem a prestação jurisdicional, entendido que jurisdição é somente aquela resposta estatal. Todavia, há situações caracterizadas como exemplos de desjudicialização em que não havia, propriamente, conflito de interesses, mas em que o Estado - e aqui nos restringimos ao Brasil - previa a necessidade de atividade jurisdicional em razão da natureza da decisão. Pode ser citada como exemplo deste último caso - da ausência de conflito de interesses - a Lei nº 11.441/2007, que estabeleceu a desjudicialização dos divórcios e inventários. Como se vê nesse estatuto legal, pode ser realizado o divórcio, tal como ocorre com o casamento, independentemente de jurisdição, quando não houver interesses indisponíveis de incapazes, e houver consenso entre os divorciandos. Nos mesmos termos, pode ocorrer a partilha dos bens herdados, desde que não haja herdeiros incapazes. E, ainda, o procedimento

não jurisdicional é da livre opção das partes, não sendo obrigatório. Também há a desjudicialização com a possibilidade de arbitragem, conforme a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, em que é possível a solução extrajudicial de algum conflito de interesses.

É o diálogo a principal ferramenta da desjudicialização, logicamente que não apenas ele. A via administrativa também compreende poderoso instrumento para tal, porém, mais que isso, é preciso conscientizar a sociedade sob uma nova perspectiva, não é necessário judicializar tudo, nem tudo será resolvido por intermédio do Judiciário sentença, tampouco por uma sentença, para demonstrar o caráter da expressão sem prejuízo do argumento técnico. Há lides de todas as searas, e aqui pedimos *venia* para as de maior complexidade, pois nitidamente este estudo não se aplica a elas. São para as demandas especificadas em lei (a exemplo das trazidas ao longo do Código de Processo Civil em vigor), são situações que não trazem conflito latente e podem ser resolvidas muito mais agilmente por outros meios.

Assim, a eficácia da decisão pode ser obtida por meios que não exclusivamente emanados pelo Poder Judiciário. Com a desjudicialização foi possível pensar em soluções diversas que auxiliem casos específicos em que a mera propositura da ação traria maior demora e ao final, possivelmente, obteria o mesmo resultado se pela via administrativa ou auxiliar. Cartórios, arbitragem, mediação, conciliação, todos compreendem institutos que precisam ser explorados, pois é notório que a lei, *de per si*, não acompanha a dinâmica social – a qual urge por soluções rápidas e decisivas.

Com base no que foi defendido no primeiro ponto deste trabalho, a teoria da reserva do possível e a definição expressa do mínimo existencial clamam pela decisão de uma Corte Suprema (nível Brasil) para estabelecer de forma definitiva a parametrização das diretrizes, afinal esse é o papel que se espera de uma Corte Suprema. Ao decidir os parâmetros necessários, é possível que o Judiciário tenha uma luz sob qual perspectiva julgar, evitando o sucateamento de demandas repetitivas pleiteando as mesmas coisas.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tem competência para extrair e definir uma tese capaz de orientar juizes de instâncias inferiores sobre como decidir ações que infiram a aplicabilidade ou não da teoria da reserva do possível, e mais, apesar de já terem sido apontados elementos norteadores do mínimo existencial, demonstrou-se ao longo deste trabalho que isso não foi suficiente para atingir o real objetivo, ou seja, clarear e resolver as demandas pendentes.

Por fim, é preciso compreender que o dinamismo social influenciado por diversos fatores, como a velocidade de dispersão de informações, novidades e necessidades,

• ÍSIS DE ALMEIDA SILVA
• MARCELO BENACCHIO

fluiu em velocidade muito maior do que a lei pode acompanhar, cumprindo aos operadores do direito, detentores da capacidade de decidir, apontar conceitos definitivos que orientem todos que necessitam de respostas. Não apenas isso, é preciso utilizar as ferramentas que, aos poucos, vêm surgindo, como as citadas (mediação, conciliação, arbitragem, cartórios etc.). Assim, ocorre com a teoria da reserva do possível e definitiva sobre o que vem a ser o mínimo existencial, é preciso pôr um ponto esclarecendo o que são, como usar, informando tudo o quanto for preciso para que se evitem novas e mesmas ações.

4. Considerações finais

A teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha com uma ação impetrada por alunos que tiveram acesso à universidade negado, tendo em vista a limitação de vagas que existia na época. A Corte decidiu que o pedido não merecia prosperar, já que só se poderia exigir do Estado o que era razoável, e a partir de então a teoria passou a ser difundida.

No Brasil, sua aplicação se viu estruturada em julgados apresentados no decorrer deste trabalho que vincularam genericamente alguns parâmetros para autorizar sua defesa, mas basicamente se converteu numa abstenção do Estado por argumentos de escassez financeira, desvirtuando-se daquela teoria originária.

Com as lacunas deixadas pelas nossas Cortes, as ações exigindo padrões foram acumulando-se sem, contudo, se chegar a uma solução passível de resolver a problemática inicial.

A desjudicialização surge como resposta ao dinamismo social e, portanto, tem mais potência para resolver problemas imediatos e que ainda não possuem alcance legal pleno. Isso é notório, pois muitas vezes a lei não consegue resolver as demandas ajuizadas, pois não se reestrutura na mesma rapidez da sociedade.

Com o advento da desjudicialização, novas possibilidades surgiram, sendo possível resolver demandas sem a intervenção do Judiciário. Esse advento representa verdadeira evolução na estrutura, ainda em andamento, do Judiciário, pois pode contribuir significativamente para conscientizar os cidadãos que nem tudo precisa passar pelo Judiciário para ter validade.

Para que esse instituto possa valer na seara da reserva do possível, será necessário, antes de mais nada, que as nossas Supremas Cortes definam os conceitos e as aplicações que possam servir de base às instâncias inferiores.

Por fim, concluímos que a desjudicialização compreende poderosa aliada da sociedade, pois é capaz de resolver muitos dos problemas, de forma efetiva, célere e que

outrora obrigatoriamente exigiam do Estado uma sentença para que pudessem ser exercidos; afinal, o objetivo não é - apenas - “desjudicializar”, mas também dar a quem de direito o efetivo exercício em sua plenitude de forma célere e eficiente.

THE CONCEPTUALIZATION OF THE THEORY OF THE POSSIBLE RESERVE AND THE EXISTENTIAL MINIMUM: REFLECTIONS FOR THE REALIZATION OF THE DE-JUDICIALIZATION

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO FILHO, C. F.; OLIVEIRA SOBRINHO, A. S. de. A crise do Estado e a desjudicialização: entre o imobilismo e a busca por uma ordem jurídica justa. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25, 2016, Florianópolis. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/3z3f9fv8/PBVbx76BjS0doNz7.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- ARELLANO, L. F. V. Para além da reserva do possível: cognição conglobante e dialética pública no controle jurisdicional de políticas públicas. *Revista de Processo*, v. 266, p. 393-417, abr. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 271.286. Julgado em: 12 dez. 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 642.536. Julgado em: 13 set. 2011a.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 592.581. Julgado em: 24 set. 2011b.
- COMPARATO, F. K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- DALLARI BUCCI, M. P. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GRINOVER, A. P. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- GRINOVER, A. P. A coletivização de ações individuais após o veto. In: CIANCI, M. et al. (coord.) *Novo Código de Processo Civil - impactos na legislação extravagante e interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1, p. 15-23.
- HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*. 2. ed. Madrid: Taurus, 2001.
- KRELL, A. J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

• ÍSIS DE ALMEIDA SILVA
• MARCELO BENACCHIO

OLSEN, A. C. L. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2011.

RIBEIRO, D. V. H. Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do Legislativo e a insuficiência do Judiciário. *Revista do Senado Federal*, ano 50, n. 199, p. 25-33, 2013.

SABINO, M. A. da C. *Políticas públicas, Judiciário e saúde: limites, excessos e remédios*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, A. F. da. *Reserva do possível no Supremo Tribunal Federal: uma expressão enigmática*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2016.

SILVA, C. Em 2016, Brasil ganha 3 milhões de ações trabalhistas. *Estado de S. Paulo*, 26 dez. 2016. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,em-2016-brasil-ganha-3-milhoes-de-acoes-trabalhistas,10000096536>. Acesso em: 12 jan. 2018.

SILVA, V. A. da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORRES, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, 1989.

TORRES, R. L. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.