

ROQUE CALIXTO CHOAIRY PINTO

A POSTURA DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS
GARANTIDORAS DE DIREITOS SOCIAIS

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

FACULDADE DE DIREITO

2014

ROQUE CALIXTO CHOAIRY PINTO

A POSTURA DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS
GARANTIDORAS DE DIREITOS SOCIAIS

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional, sob a orientação do Ilustríssimo Professor Marcelo Figueiredo.

SÃO PAULO

2014

*À minha família, pela criação que proporcionaram em
minha educação, e aos meus amigos que me apoiaram
na elaboração do presente trabalho.*

“Todos os seres racionais estão, pois, submetidos a essa lei que ordena que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si”

Immanuel Kant

Resumo:

O presente trabalho visa demonstrar a possível interferência do poder judiciário na efetiva execução das políticas públicas, visto que na atual conjuntura em que vivemos, nos deparamos com um poder executivo omissivo frente suas obrigações constitucionais, havendo a necessidade do particular recorrer ao judiciário para que o Estado cumpra com seus deveres de prestações de políticas públicas eficientes, como saúde, educação, moradia entre outras obrigações impostas pela Constituição Federal ao Estado. Demonstrando a responsabilidade da Administração Pública na omissão de suas obrigações de efetivação dos direitos sociais, e os meios pelos quais o poder judiciário poderá intervir diante da inércia do Estado em cumprir as normas dispostas na Carta Magna. O surgimento de Políticas Públicas que garantam os direitos sociais pretendidos pelo poder constituinte. Informando as formas de atuação do judiciário no que concerne a exigência de cumprimento dos direitos sociais, bem como a capacidade que o Estado possui para efetivar tais políticas públicas. Nesse contexto faremos referência à discricionariedade estatal, bem como ao princípio da reserva do possível e mínimo-existencial. Assim, passa-se a demonstrar as jurisprudências atuais no sentido do judiciário exigir a atuação do Poder Público em executar as políticas públicas nas quais se omitiu.

Palavras Chaves: Direitos Sociais. Políticas Públicas. Estado Social. Interferência do Judiciário. Administração Pública.

Abstract

This paper demonstrates the possible interference of the judiciary in the effective implementation of public policies, since we live in a historical context the executive remains silent on certain efetivations of its constitutional obligations, there is no need of particular appeal to the judiciary for the state comply with its obligations for the provision of efficient public policies, such as health, education, housing and other obligations present in the State Constitution. Demonstrating the responsibility of Public Administration in default of its obligations fulfillment of social rights, and the shape of the judiciary to intervene before the inertia of the state to comply with the standards laid out in the Constitution. The emergence of public policies that guarantee the social rights that was intended to reach the constituency. Informing the performance forms of the judiciary regarding the requirement of social rights, as well as the capacity that the State uses to such effective public policies. In this context we refer to State discretion, and the principle of reserve for minimum-and existential. So goes to show the current case law in the sense of justice requires the action of the Government in implementing the policies on which it failed.

Keywords: Social Rights. Public Policy. Welfare State. Interference in the judiciary. Public Administration.

Sumário

1. Introdução:	1
2. Introdução Histórica:	4
2.1 O Surgimento do Estado Social no Brasil:	8
3. Da Separação dos Poderes	10
4. Dos Direitos Sociais na Pós Modernidade:	14
5. Da Efetivação dos Direitos Sociais:	20
5.1 Eficácia das normas que estabelecem direitos sociais:	20
5.2 Instrumentos garantidores da eficácia constitucional:	25
6. A aplicação dos direitos sociais por meio das Políticas Publicas:	30
6.1 Conceito de Políticas Públicas:	30
6.2 Da Reserva do Possível e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:	35
6.3. Mínimo Existencial e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal::	41
7. Considerações Finais:	48
8. Referências Bibliográficas:	51

1. Introdução:

O presente trabalho visa demonstrar as possibilidades e instrumentos constitucionais pertinentes para que o Poder Judiciário possa exigir uma prestação positiva do Estado em aplicar e efetivar políticas públicas de caráter social, nas quais foram omissos, cabendo ao aplicador do direito sustentar e defender as garantias dispostas no texto constitucional, dando à Constituição Federal uma credibilidade significativa.

Inicialmente, abordaremos a parte histórica do desenvolvimento dos direitos fundamentais e seu desdobramento em suas dimensões, bem como o surgimento do Estado Social juntamente com a inserção dos direitos sociais nos textos constitucionais. E, assim, nesse diapasão apresentam-se as políticas públicas como forma de efetivação dos direitos sociais.

Para isso necessitaremos elaborar considerações sobre Teoria Geral do Estado, na qual informaremos as características de um Estado não intervencionista, bem como os ideais advindos da Revolução Francesa.

Ademais, com a ocorrência da Revolução Industrial, marcada pelos altos índices de desemprego existentes nesse período, ficou evidente que o modelo de Estado não intervencionista, caracterizava-se por um sistema utópico, motivo pelo qual neste período houve diversas manifestações de trabalhadores que reivindicavam uma postura positiva do estado para que se criassem condições dignas de trabalho e vida a todos, havendo neste período histórico um retrocesso social, motivo pelo qual diante diversos estados democratas introduziram em seus diplomas legais um conjunto de direitos sociais, para não deixar desabrigadas as reivindicações elaboradas pela classe operária.

No Brasil o sistema intervencionista iniciou-se no ano de 1930 com Getúlio Vargas, período pelo qual surge o denominado Estado Novo, surgindo neste período o Ministério do Trabalho, bem como a elaboração e edição de vários decretos de caráter trabalhista, iniciando-se assim o processo de constitucionalismo social, em virtude dos governos nacionais começaram a introduzir normas de cunho social em vários diplomas legais. Sendo que hoje a Carta Magna vigente possui um extenso rol de prestações positivas que o Estado deve cumprir em detrimento da sociedade.

Ocorre que, embora tais normas de cunho social tenham sido aderidas ao ordenamento jurídico pátrio, até os dias de hoje não houve uma efetivação digna de garantir a existência de um Estado Igualitário, devido à disparidade entre a vontade do constituinte *versus* a realidade socioeconômica presente em nosso cotidiano.

Destarte, cabe aos aplicadores do direito darem credibilidade ao texto constitucional, através de intervenções elaboradas por remédios constitucionais como Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção, Ação Civil Pública, bem como medidas processuais que é o caso das Ações Cominatórias, procedimento que obedece o rito ordinário e é regido pelo Código de Processo Civil.

Para que o Poder Judiciário possa de uma certa forma intervir na esfera do Poder Executivo exigindo a criação e a implementação de políticas públicas que garantam os direitos sociais pretendidos pelo constituinte, na atual conjuntura pós moderna.

Desse modo, o presente trabalho, possui como meta primordial, examinar a atuação do Judiciário quando chamado para solucionar questões que se referem à ausência de políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais. Serão abordados os pontos positivos e negativos que possam acarretar a interferência do Poder Judiciário na esfera do Executivo, diante de suas omissões e desrezos às regras estabelecidas em nossa Constituição Federal, garantindo aos cidadãos o respeito ao primado da dignidade da pessoa humana. Cabe informar, nesse contexto, as limitações pertinentes ao princípio da separação dos poderes, bem como considerações no que tange ao princípio da reserva do possível *versus* o primado do mínimo existencial na ótica do Supremo Tribunal Federal.

Possibilitando o surgimento de uma maior crença ao texto constitucional brasileiro por parte dos cidadãos, criando uma concepção ao povo nacional de idoneidade, eficiência e compromisso que possui o papel do Poder Judiciário na atual conjuntura em que se encontra o Estado Pós Moderno.

Portanto o presente trabalho busca analisar meios para garantir que a Administração Pública não se omita de suas responsabilidades constitucionais, bem como demonstrar as possibilidades de reivindicação, por meio da via judicial, em casos de ausência de políticas públicas de cunho social, apresentando formas de interferência que possui o Poder Judiciário

na exigência de cumprimento de normas constitucionais pertinentes a saúde pública, educação pública, cultura, saneamento básico entre outros direitos que garantam o mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana e possibilitando o surgimento de um Estado realmente justo, igualitário e social.

2. Introdução Histórica:

Para compreendermos a importância da função histórica dos direitos fundamentais precisamos analisar a perspectiva histórica de como ocorreu o desdobramento de tais direitos, para que assim possamos nos situar no tempo passado para entender a utilização e instrumentalização dos direitos fundamentais nos dias atuais.

Pois, o estudo da evolução dos direitos fundamentais está intimamente ligado com o surgimento do Estado Moderno Constitucional, “cujo a essência e a razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Nesse contexto, há que se dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais , de certa forma (e, em parte,poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder”¹

Os direitos fundamentais são oriundos da própria condição humana, advindo da filosofia clássica, especialmente da greco-romana, e da religião com o pensamento cristão. Onde se discutiam os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e igualdade dos homens, influenciando, desta forma, diretamente o pensamento jusnaturalista, com o ideal de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de certos direitos naturais.

Ao dizer que a filosofia e a religião estão totalmente atreladas com o processo histórico dos direitos fundamentais, toma-se de empréstimo as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) A democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade. Do Antigo Testamento, herdamos a idéia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito a imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estóica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus) ”.

¹ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Ed. 2005 p.42.

No mesmo sentido Jean - Jacques Rousseau afirma em sua obra célebre “Do contrato Social” que *“Toda a justiça vem de Deus, que é a sua única fonte; se soubéssemos, porém, recebê-la de tão alto, não teríamos necessidade nem de governo, nem de leis”*.²

Fica evidente que para o pensamento jusnaturalista os direitos fundamentais são direitos inerentes ao homem, não estando relacionados diretamente ao legislador ou magistrados e juristas, mas sim decorrentes de uma ordem divina.

Posteriormente, na Inglaterra, no século XVII, com a concepção contratualista da sociedade vinculada com a ideia dos direitos naturais do homem, possuiu grande relevância para mais tarde surgir os direitos sociais.

Já no século XVIII com os processos revolucionários ocorridos neste período, juntamente com os ideais iluministas *versus* o pensamento individualista burguês, começou ocorrer à necessidade de positivação dos direitos fundamentais. Com relevante destaque as declarações de direitos na França e nos Estados Unidos.

De suma importância para evolução dos direitos fundamentais devem também ser atribuídas as guerras religiosas que vieram abarcar a consolidação dos modernos Estados e do absolutismo monárquico, pré-condição para as revoluções burguesas ocorridas no século mencionado.

José Afonso da Silva, afirma que os direitos fundamentais surgem em função de reivindicações e lutas pela conquista de direitos, mas apresenta como pressupostos duas categorias de condições, a saber: condições reais (ou históricas), onde às declarações do século XVIII manifestaram-se na contradição entre o regime da monarquia absoluta e degenerada e o surgimento de uma sociedade tendente à expansão comercial e cultural; e condições ideais (ou lógicas), consistindo nas diversas fontes de inspiração filosófica anotadas pela doutrina francesa, tais como o pensamento cristão, o direito natural e o iluminismo.³

² ROSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*, Col. Os Pensadores. V. 24. São Paulo: Abril, 1973. p. 59.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 176-177

Foi, no entanto, com a Revolução Francesa de 1798 com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade (princípios atrelados com as gerações dos direitos) que os direitos fundamentais ganharam universalidade, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com bases filosóficas e teóricas destacando-se o Contrato Social de Rousseau e as concepções iluministas.

Iniciava-se um processo de positivação, em um nível muito mais abrangente, no que se refere aos direitos fundamentais do cidadão, conforme bem ensina Norberto Bobbio em sua obra “A Era dos Direitos” ao afirmar que:

No momento em que essas teorias são acolhidas pela primeira vez por um legislador, o que ocorre com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa (um pouco depois), e postas na base de uma nova concepção do Estado - que não é mais absoluto e sim limitado, que não é mais fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência -, a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos. O segundo momento da história da Declaração dos Direitos do Homem consiste, portanto, na passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado. Nessa passagem, a afirmação dos direitos do homem ganha em concreticidade, mas perde em universalidade. Os direitos são doravante protegidos (ou seja, são autênticos direitos positivos), mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece. Embora se mantenha, nas fórmulas solenes, a distinção entre direitos do homem e direitos do cidadão, não são mais direitos do homem e sim apenas do cidadão, ou, pelo menos, são direitos do homem somente enquanto são direitos do cidadão deste ou daquele Estado particular.⁴

⁴ BOBBIO, Norberto, “A Era dos Direitos”, Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 49.

Portanto, com a Revolução Francesa e as declarações norte-americanas, acreditava-se que a forma ideal de Estado seria o não intervencionista, ou seja, que garantisse os direitos individuais da sociedade de modo a frear o abuso de poder, surgindo a necessidade de regulamentação desses direitos fundamentais, para que os cidadãos pudessem desfrutar amplamente de sua liberdade, vez que elas estariam garantidas no texto constitucional, surgindo o denominado Estado Constitucional Moderno.

Ocorre que na concepção burguesa, carregava-se uma clara separação entre proprietários e não-proprietários, só os proprietários é que tinham direito à plena liberdade e à plena cidadania. Por isso, havia a proposta de uma educação para os proprietários e outra para os não-proprietários. Por esse fato a educação naquele período histórico surgiu como uma forma de controle social, pois a qualidade de ensino era distinta entre as classes, sendo a educação disponível aos trabalhadores pobres direcionada à discipliná-los para a produção.

Contudo, com a evolução política, social e econômica da sociedade passou-se a questionar tal modelo de Estado, acarretando a denominada Revolução Industrial.

Desembarcamos na Revolução Industrial, período no qual ocorreu um alto índice de desemprego, pelo fato das máquinas passarem a realizar o papel dos trabalhadores, gerando uma drástica redução na oferta de emprego, estampando-se um período de desigualdade social.

Nota-se, no entanto, que houve um período de retrocesso e, assim, ocorreu a necessidade dos trabalhadores iniciaram um movimento, lutando por melhoras nas condições trabalhistas e dignidades de vida. Passou-se a exigir do Estado prestações positivas nesse sentido, com intuito de evitar as exacerbadas diferenças sociais geradas, surgindo com os ideais iluministas a concepção de dignidade de pessoa humana e bem-comum a todos.

Desse modo, constituições de vários Estados implementaram em seu texto constitucional os direitos sociais, surgindo-se assim Estados Sociais, com a introdução normativa dos denominados direitos de segunda gerações.⁵

⁵ Os direitos previstos na Constituição Federal possuem uma divisão criada pela doutrina em que se dividem em gerações ou dimensões, sendo que a primeira geração idealizou a liberdade, a segunda geração buscou que a lei trouxesse igualdade para todos, surgindo os direitos sociais, e a terceira tinha como ideal a fraternidade e, por

2.1 O Surgimento do Estado Social no Brasil:

No Brasil, o processo de criação do Estado Social, se deu em momento tardio, porém em 1891, após a libertação dos escravos e a propagação do trabalho livre, registrou-se o primeiro dispositivo constitucional de direito social, o qual visava a proteção do trabalho, consubstanciado na liberdade de associação, sem armas.

No ano de 1930, Getúlio Vargas iniciou no Brasil a fase intervencionista do Estado Novo, sendo o referido presidente brasileiro responsável pela criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, bem como a elaboração e edição de vários decretos de caráter trabalhista, iniciando-se assim o processo de constitucionalismo social, influenciado pelas constituições do México , de 1917, e de Weimar, de 1919.

Com a Revolução de 1930, o Estado Social já tinha se esboçado no país. Tal fato ocorreu pelo momento histórico que vinha se desenvolvendo no Brasil, em virtude da introdução de “mecanismos até certo ponto adversos ao sistema representativo tradicional vigente no País”⁶, bem como a Elaboração da Constituição de 1934, “que reduziu o Senado a mero colaborador da Câmara dos Deputados no exercício do poder legislativo, dando-lhe a incumbência maior de promover a coordenação dos poderes federais entre si”⁷.

Portanto, nota-se que já se desdobrava uma separação dos poderes bem salientada pela Constituição Brasileira de 1934, bem como a introdução de dispositivos que garantiam uma igualdade social no âmbito trabalhista, como, por exemplo, o salário mínimo, a isonomia salarial, a jornada de oito horas, a proteção do trabalho das mulheres e dos menores, as férias remuneradas, a liberdade sindical, dentre outros direitos.

Após o período de autoritarismo ocorrido com Ditadura Militar, foram também inseridos os direitos fundamentais no texto constitucional brasileiro de 1988, com o intuito de

isso, a evolução dos direitos está totalmente atrelada com o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade e fraternidade*. O presente trabalho desdobrará o assunto das dimensões dos direitos de forma mais clara nos contornos dos capítulos.

⁶ BONAVIDES, Paulo , *Curso de Direito Constitucional*, p. 546

⁷ Idem, p. 546

consolidar uma igualdade social, criando condições dignas de vida aos cidadãos, surgindo em nosso ordenamento nacional uma justiça social. Isto porque a Constituição de 5 de outubro de 1988 foi considerada “*de todas as Constituições brasileiras aquela que mais procurou inovar tecnicamente em matéria de direitos fundamentais*”⁸.

Outra garantia clássica encravada na Constituição de 1988, e que durante a primeira metade do século XX parecia constituir um obstáculo ao advento do Estado Social, foi a separação dos poderes.

Dessa forma, a Constituição Federal Brasileira de 1988 levanta “uma Muralha protetora ao redor da máxima de Montesquieu, o art. 60, § 4º da Constituição derrubou por outro lado um muro que todas as constituições brasileiras haviam mantido de pé até hoje: o da inalterabilidade da forma republicana.”⁹

⁸ Idem, p. 547

⁹ Idem, p. 548

3. Da Separação dos Poderes

O princípio da divisão ou separação dos poderes se consagra com a célebre teorização de Montesquieu, em seu livro “O Espírito das Leis” (1748), em que se entendia a necessidade de separar o poder em três órgãos de soberania nacional, independentes, com o intuito de limitar o poder estatal, dividindo-o em funções, e dando competências a órgãos diferentes do Estado.

Tal princípio visa coibir o surgimento de Estados absolutistas, no qual há uma concentração do poder “na mão de apenas um só soberano”, evitando-se assim o surgimento de regimes autoritaristas.

Nesta seara, são as lições de Kildare Gonçalves Carvalho:

“O princípio serviu historicamente para limitar o poder absoluto dos monarcas (século XVII) e de fundamento para o liberalismo emergente. Por isso mesmo é que distingue Montesquieu três Poderes do Estado: o Poder Legislativo, o Poder Executivo (poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes) e o Poder Judiciário (poder executivo das coisas que dependem do direito civil), correspondendo a cada um desses poderes uma função do Estado.”¹⁰

O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 já havia positivado o princípio da separação dos poderes ao dispor que “*Toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não estiver assegurada e a separação dos poderes determinada, não tem Constituição*”, juntamente com a edição da Constituição dos Estados Unidos de 1787 e da França de 1791 que consagravam expressamente a necessidade da tripartição dos poderes, e a implementação de um sistema de freios e contra pesos.

No Brasil a tripartição dos poderes é estipulada pelo artigo 2º da Constituição Federal constituindo os seguintes poderes, como consagra sua redação:

¹⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves, “Direito Constitucional” p. 543

*Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*¹¹

Vale dizer que embora os órgãos constitucionais sejam distintos e independentes, já está consolidado o entendimento de que a “especialização funcional e a independência orgânica, que tipificam o princípio da separação dos poderes, não interferem com a indispensável harmonia que deve presidir as relações entre eles, como parte de um mesmo sistema. Assim é que existem áreas de intersecção nas atividades do Legislativo, Executivo e Judiciário, estabelecendo-se um mecanismo de controle recíproco, o denominado sistema de *freios e contrapesos*.”¹²

Embora o princípio da separação dos poderes vem sendo invocado em prol do controle da omissão administrativa. Pois parte da jurisprudência, a título de preservação de tal princípio vem entendendo “inviável o controle judicial dos atos administrativos, inclusive da omissão administrativa.”¹³.

O Supremo Tribunal Federal/ STF, já consolidou seu entendimento no sentido de que o fato do poder judiciário determinar o poder executivo em cumprir políticas públicas, não viola o princípio constitucional da separação dos poderes, conforme atual jurisprudência consagrada pela Suprema Corte:

“AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. POLÍTICAS PÚBLICAS. DETERMINAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. LIMITES ORÇAMENTÁRIOS. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. AGRAVOS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A jurisprudência desta Corte entende ser possível ao Poder Judiciário determinar ao Estado a implementação, ainda que em situações excepcionais, de políticas públicas previstas na Constituição, sem que isso acarrete contrariedade ao princípio da separação dos poderes. II – Importa, ainda, acentuar, quanto aos alegados limites orçamentários aos quais

¹¹ Redação do artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988

¹² BARROSO, Luis Roberto, O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas”, p.120

¹³ GOMES, Luis Roberto, “ O ministério público e o controle da omissão administrativa”, Ed. Forense Universitária, p.97

estão vinculados os recorrentes, que o Estado, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. III – Agravos regimentais a que se nega provimento.” (STF - RE: 595129 SC , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 03/06/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 27-06-2014 PUBLIC 01-07-2014)

O presente trabalho visa exatamente estudar a atuação do Poder Judiciário quando acionado para solucionar questões que lhe são levantadas no tocante à ausência ou mora de criação das políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais. A missão atual dos juristas é a de adaptar a idéia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo, aparelhando-se o Executivo para que possa responder às crescentes e exigentes demandas sociais. Cabendo ao judiciário a função de coibir e reduzir a omissão Estatal diante das política públicas garantidas pelo texto constitucional.

Nesse diapasão, Álvaro Luiz Valery Mirra¹⁴ assevera que:

(...) a omissão da Administração Pública no cumprimento dessas obrigações autoriza a sociedade representada, notadamente, pelo Ministério Público - a buscar junto ao Poder Judiciário, pela via de instrumentos processuais como a ação civil pública, a imposição coativa de medidas que conduzam os agentes públicos à realização dos programas de ação previstos. Essa atuação da sociedade encontra-se legitimada, em termos políticos, por força do princípio da participação popular no exercício do poder (art. 1º, p.u., da CF), decorrente, na esfera ambiental, da norma do art. 225, caput, da CF, que reconheceu o direito de todos ao meio ambiente, este qualificado juridicamente como bem de uso comum do povo, sendo, precisamente, um dos elementos modernos da efetividade do processo judicial dar ao cidadão a possibilidade de, por intermédio do Judiciário, influir diretamente nos

¹⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Artigo “ O Problema do Controle Judicial das Omissões Estatais Lesivas ao Meio Ambiente”, p. 26 . Disponível no site: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/26632/26195>, Consulta Realizada em: 10/07/2014.

destinos do seu país. Não há que se falar, portanto, em ingerência indevida do Poder Judiciário na esfera de competência do Poder Executivo, comprometedora do princípio da separação dos Poderes, quando condena a Administração Pública ao cumprimento de obrigações de fazer consistentes no tratamento de esgotos e do lixo urbano, na implantação de área natural protegida já criada e na adoção de medidas para a conservação e a restauração do patrimônio cultural, pois, em verdade, quem age em iniciativas dessa natureza é a sociedade organizada e o juiz, ao ser provocado, exerce sua atribuição precípua e específica de aplicar a lei aos casos concretos.

Diante disso, cabe analisarmos os pontos positivos e negativos dessa interferência do Poder Judiciário na competência do Poder Executivo, quais sejam, a efetivação dos direitos sociais no atual Estado Pós Moderno, bem como por um lado a garantia do princípio do mínimo existencial em contrapartida a teoria da reserva do possível no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

4. Dos Direitos Sociais na Pós Modernidade:

O presente capítulo irá discorrer sobre a prestação dos direitos sociais na pós modernidade, e a intervenção do Poder Judiciário na efetivação dos direitos de segunda geração na atual conjuntura histórica.

Notório que a segunda geração dos direitos fundamentais é oriunda do segundo princípio do aclamado lema da Revolução Francesa: *Égalité*, em virtude da necessidade de uma postura positiva do Estado em decorrência das consequências ocasionadas a dignidade da pessoa humana pela instauração dos Estados não intervencionistas, os denominados Liberais.

Sendo por óbvio que os direitos sociais decorrem de uma atuação positiva do Estado Moderno na efetivação dos direitos a saúde, educação, moradia, cultura, entre outros, motivo pelo qual sempre dependerá da postura dos três poderes divididos pela teoria de Montesquieu que brilhantemente aniquilou com as arbitrariedades dos Estados absolutistas.

Ademais, em virtude da função do Poder Judiciário consistir tanto em proteger as normas criadas pelo Poder Legislativo, quanto impulsionar o Poder Executivo em executar a norma posta, cabe a ele fazer valer as normas constitucionais de direitos sociais previstas no “caput” do artigo 6º da Constituição Federal:

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

Porém, como os direitos sociais dependem de uma prestação positiva do Estado, consequentemente estão atrelados a condição orçamentária e econômica que encontra-se o Estado prestador, visto que necessitam do emprego de recursos públicos para que sejam efetivados através da implantação das políticas públicas.

Por este fato, em inúmeras vezes, o Poder Público é omissos na efetivação dos direitos sociais, sob a amarga justificativa de limitação orçamentária, se abdicando de cumprir os deveres impostos pela Constituição Federal no que concerne na concretização dos direitos sociais, cabendo ao Poder Judiciário a efetivação destes direitos através da via jurisdicional.

Ocorre que, embora por um lado a criação de políticas públicas que garantam as normas de direitos sociais estejam atreladas às escolhas de onde será aplicado o dinheiro público, por outro lado a Constituição Federal impõe certas obrigações aos Entes Públicos, as quais vinculam as escolhas onde deverá ser despendido os recursos financeiros existentes, motivo pelo qual não podem manter-se inertes em matérias que se encontram em patamar hierárquico superior às demais normas do ordenamento jurídico.

Diante desta conjuntura cabe analisarmos a função do Poder Judiciário no atual momento histórico em que vivemos, qual seja a pós modernidade, atrelado à necessidade de implementação de ferramentas garantidoras de direitos sociais estabelecidos pela Constituição Federal.

Enquanto todos profetizavam um futuro em que houvesse um Órgão Público que controlaria todas as esferas da vida privada¹⁵, o que presenciamos hoje, retrata situação completamente inversa, visto que nos deparamos com um Estado cada vez mais omissos em suas obrigações sociais, enquanto em contrapartida a iniciativa privada começa invadir essencialmente a esfera do Poder Público, ao passo que escolas públicas são substituídas por instituições privadas, hospitais públicos completamente sem recursos, são substituídos por planos de saúde.

Segundo um dos mais influentes pensadores da sociologia contemporânea, o polonês Zygmunt Bauman é firme em considerar que no presente momento histórico nos deparamos com uma invasão do poder privado no âmbito do poder público¹⁶:

“Esperava-se que o perigo viesse e os golpes desferidos do lado ‘público’, sempre pronto a invadir e colonizar o ‘privado’, o

¹⁵ Como apresentado na ficção de Aldous Huxley, *Admirável Mundo Novo*, publicada no ano 1932

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. P. 62

‘subjetivo’, o ‘individual’. Muito menos atenção – quase nenhuma – foi dada aos perigos que se ocultavam no estreitamento e esvaziamento do espaço público e à possibilidade da invasão inversa: a colonização da esfera pública pela esfera privada. E, no entanto essa eventualidade subestimada e subdiscutida se tornou hoje o principal obstáculo à emancipação, que em seu estágio presente só pode ser descrita como a tarefa de transformar a autonomia individual de jure numa autonomia de facto’’).

Desse modo, o Direito, como ramo da ciência social, deve ser frequentemente reeleito, visto a necessidade de sempre acompanhar a realidade social das conjunturas históricas, na qual as civilizações estão exercendo suas relações, e em decorrência desta invasão da esfera privada no espaço público, surge no direito uma necessidade de encontrar instrumentos e ferramentas que garantam a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, frente as omissões Estatais.

Diante disso, é por óbvio que atualmente não podemos atribuir o mesmo sentido as normas, os quais eram dados ao fim da segunda guerra mundial, visto que em virtudes das atrocidades cometidas naquele período, houve a necessidade dos Estados positivarem direitos e garantias fundamentais meramente por um caráter de natureza política, que visava apenas trazer intenções que coibissem os abusos dos estados autoritaristas.

Desse modo, naquele período o Poder Público não tinha como principal intenção efetivar as normas de cunho social impostas pelas Constituições, mas sim coibir os estados autoritaristas de cometerem abusos desmesurados a dignidade da pessoa humana, evitando-se assim o cenário catastrófico deixado pela segunda guerra.

Em suma, os Poderes Públicos não visavam cumprir as normas postas nas Constituições, mas sim limitar atuações estatais totalitárias que atentassem contra o primado da dignidade da pessoa humana.

Diferentemente do ocorrido naquela época, em que as constituições possuíam um caráter político-ideológico sem muita instrumentalização para que realmente pudessem efetivar os direitos e garantias fundamentais ali previstos, passamos por um período no direito

que buscamos ferramentas e meios possíveis de garantir a aplicação das normas constitucionais, período este, denominado por alguns doutrinadores como “neo constitucionalismo”, ou o constitucionalismo contemporâneo.

O novo cenário visa dar eficácia jurídica aos textos constitucionais, em virtude de sua superioridade hierárquica e centralidade em relação as demais normas do ordenamento jurídico.

Neste diapasão, são as lições de Ana Paula Barcellos:

“Com efeito, a partir do momento em que valores e opções políticas transformaram-se em normas jurídicas, tornou-se indispensável desenvolver uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos. Esse é sem dúvida um dos desafios do neoconstitucionalismo”

Destarte, a sociedade pós-moderna conferiu aos aplicadores do direito uma essencial tarefa, na qual consiste em desenvolver meios para que através do Poder Judiciário o cidadão possa efetivamente alcançar direitos sociais como saúde, educação, moradia, cultura, lazer e etc., frente a indevida justificativa de ausência de recursos financeiro proclamada pelos Entes Públicos, na tentativa de se eximirem de suas obrigações constitucionais, e continuarem inertes e omissos.

Em apertada síntese, os direitos sociais estão geograficamente posicionados em um patamar normativo de suma importância, cabendo aos aplicadores do direito criarem mecanismos que visem garantir sua aplicabilidade, tendo em vista o atual cenário histórico, onde nos deparamos com normas que s princípio foram criadas por um caráter político ideológico, e hoje se vem clamando por eficácia prática, visto a abstenção daqueles que tinham por obrigação cumpri-las.

Neste sentido, é o atual entendimento jurisprudencial:

“APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. TRATAMENTO DE DOENÇA EM OUTRO MUNICÍPIO. INEXISTÊNCIA DE

TRATAMENTO NO MUNICÍPIO DO ENFERMO. TRANSPORTE DE CIDADÃO ACOMETIDO DE DOENÇA INCAPACITANTE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DEVER QUE PERTENCE AOS ENTES ESTATAIS. MÁXIMA EFETIVIDADE QUE DEVE SER ATRIBUÍDA ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À SAÚDE QUE SE DEVE INTERPRETAR EM SUA MÁXIMA EFETIVIDADE. O direito fundamental à saúde é consectário lógico do direito à vida, que foi tutelada de maneira prioritária pelo legislador constituinte, nos termos do caput do artigo 5º. A expressão "direito à vida" deve ser interpretada como o direito a uma vida digna, com os elementos mínimos (segundo a tão pregada teoria do mínimo existencial) que assegurem a vivência em sociedade com a dignidade que é inerente a todo ser humano, nele se incluindo, sem dúvida, o direito ao transporte ou deslocamento para a consecução de um tratamento adequado. Política de saúde da Edilidade que não pode obstaculizar o direito do indivíduo, conhecimento do recurso e sua negativa de seguimento, nos termos do art. 557, caput do C.P.C. “ (TJ-RJ - APL: 00008993620118190057 RJ 0000899-36.2011.8.19.0057, Relator: DES. LUCIA MARIA MIGUEL DA SILVA LIMA, Data de Julgamento: 29/07/2013, DÉCIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 04/02/2014 18:03)

“**EMBARGOS. MANDADO SEGURANÇA. OMISSÃO INEXISTENTE. TUTELA JURISDICIONAL QUE DEVE RESPONDER ÀS RAZÕES DAS PRETENSÕES E NÃO À ARGUMENTAÇÃO DAS PARTES. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS RECONHECIDA.** RECURSO DESPROVIDO. 1. Inexistência de omissão ou lacuna a permear o julgado. A tutela jurisdicional deve responder às razões das pretensões, sem necessariamente prender-se à argumentação das partes, sem que isso implique em omissão do julgador. 2. **O direito à vida e à saúde são direitos fundamentais de primeira e segunda geração. Efetividade das normas constitucionais reconhecida.** Tese do mínimo existência

que vem sendo acolhida à unanimidade pelo Eg. Tribunal. 3.O desejo explícito de rediscutir a matéria constante dos autos, não se coaduna com os efeitos” (TJ-ES - ED: 100040020867 ES 100040020867, Relator: MAURÍLIO ALMEIDA DE ABREU, Data de Julgamento: 16/02/2006, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: 07/03/2006)

“APELAÇÃO CÍVEL MANDADO DE SEGURANÇA. 1. Pedido de dispensação gratuita de tratamento médico Direito à saúde assegurado pela regra do artigo 196 da Constituição Federal, que constitui norma de eficácia imediata Dever do Estado (sentido amplo) Poder Judiciário que não se transforma em co-gestor dos recursos destinados à saúde pública, mas apenas confere efetividade ao mandamento constitucional, que intenta preservar o direito de integral assistência à saúde Concessão da segurança Manutenção da sentença. 2. Recursos não providos.” (TJ-SP - APL: 00033932520138260309 SP 0003393-25.2013.8.26.0309, Relator: Osvaldo de Oliveira, Data de Julgamento: 11/06/2014, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 18/06/2014)

Observa-se que na atualidade o papel primordial do Poder Judiciário visa fornecer elementos capazes de auxiliar a eficácia da norma constitucional que viabilizem e garantam os direitos sociais, nos casos em que haja necessidade de intervenção jurisdicional.

Diante do exposto, passamos a discorrer sobre a efetivação dos direitos sociais, bem como a aplicação do princípio do mínimo existencial, para posteriormente, em contrapartida, ponderarmos adentrar sobre a teoria da reserva do possível no entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal/STF.

5. Da Efetivação dos Direitos Sociais:

5.1 Eficácia das normas que estabelecem direitos sociais:

A efetivação das normas previstas na Constituição Federal, ligada diretamente com a força normativa de seus dispositivos, é o grande problema que enfrentam os constitucionalistas. Os doutrinadores constitucionais contemporâneos mencionam sobre a necessidade de dar preferências aos problemas constitucionais, que levem as normas contidas na Carta Magna a obter a máxima eficácia, por meio dos princípios que norteiam o texto legal maior como o da efetividade e da eficácia jurídica.

Para entendermos a efetivação dos direitos sociais precisamos esclarecer como se dá a eficácia das normas que estabelecem direitos sociais. Para isso é necessário esboçarmos sobre as distinções conceituais de vigência, aplicabilidade, eficácia, legitimidade e validade.

A aplicabilidade, segundo José Afonso da Silva, é a que “exprime uma possibilidade de aplicação. Esta consiste na atuação concreta da norma (...)”¹⁷. Assim, uma norma somente será totalmente aplicável se tiver condições para incidir, ou seja, se ela for vigente, válida ou legítima e se possuir eficácia.

A vigência consiste na norma vigente que foi “regularmente promulgada e aplicada, com a condição de entrar em vigor em data determinada”¹⁸. A norma passa a existir juridicamente e a torna de cumprimento obrigatório a partir da data em que entra em vigor.

Já a validade decorre do preenchimento de determinados requisitos, de atributos ditados pela lei. A ausência de alguns dos requisitos conduz a invalidade do ato, no qual o ordenamento jurídico considera de maior ou menor gravidade, cominando as sanções de nulidade ou anulabilidade.

¹⁷ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 51

¹⁸ *Idem*, p. 52

De maior interesse para o trabalho aqui apresentado é a *eficácia* dos atos jurídicos, sendo eficaz todo ato idôneo para atingir a finalidade para qual foi gerado. Por esse fato a eficácia da norma está totalmente atrelada com a aplicabilidade, exigibilidade e executoriedade da norma.

Ocorre que há uma distinção doutrinária da eficácia das normas constitucionais. Tal divisão é classificada por tricotômica, dividindo-se nas seguintes categorias:

1. *normas constitucionais de eficácia plena;*
2. *normas constitucionais de eficácia contida;*
3. *normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.*

As normas de eficácia plena são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independem de providência normativa ulterior para a sua aplicação. Já as normas de eficácia contida “*são as que receberam, igualmente, normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas prevêem meios normativos (leis integradoras, conceitos genéricos etc.) que lhes podem reduzir eficácia e aplicabilidade*”¹⁹.

Por fim, normas de eficácia limitada “*são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou o legislador ordinário a tarefa de complementar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema*”²⁰

Para o presente trabalho é de suma importância esboçarmos também sobre as Normas Programáticas, que são aquelas normas constitucionais que fixam princípios, programas e metas a serem alcançadas pelos órgãos do Estado, como por exemplo, o direito a saúde disposto no artigo 196 da Carta Maior, à educação prevista no artigo 205 da CF, à cultura elencada no artigo 215 do mesmo diploma.

Ocorre que as normas constitucionais programáticas também possuem eficácia jurídica imediata, mesmo antes de qualquer edição de legislação complementar, pois: a) revogam a legislação ordinária que seja contrária aos princípios por elas instituídos; b) impedem a edição

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 250.

²⁰ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p.254.

de leis contendo dispositivos contrários ao mandamento constitucional; e c) estabelecem um dever legislativo para os poderes constituído, que podem constituir em inconstitucionalidade por omissão caso não elaborem a regulamentação infra constitucional que possibilite o cumprimento do preceito constitucional.

Visto isso, é necessário entendermos a problemática da eficácia das normas constitucionais em âmbito social.

Sabe-se que o artigo 5º, *parágrafo primeiro*, da Constituição Federal consagra o princípio da aplicabilidade imediata (direta) e da plena eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais.

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

O grande debate entre os constitucionalistas brasileiros norteia-se em relação à abrangência do referido dispositivo, ou seja, o alcance que possui o § 1º do artigo 5º da Carta Maior para as diversas categorias de direitos fundamentais: o dispositivo é aplicável a todos os direitos fundamentais (inclusive os situados fora do catálogo), ou restrito aos direitos individuais e coletivos presentes no rol do artigo 5º da nossa Constituição?

Parte da doutrina se posiciona no sentido de que o Constituinte não pretendeu excluir do âmbito do artigo 5º, § 1º da Constituição, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, independentemente da posição topográfica do mencionado dispositivo, pois parece inquestionável a fundamentalidade de tais direitos não elencados no artigo 5º de nossa Carta Maior.

Nesse sentido, é o que ensina Sarlet²¹:

(...) no capítulo reservado aos direitos fundamentais sociais em nossa constituição foram contempladas algumas posições jurídicas fundamentais similares (pela sua função preponderantemente defensiva e

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais, p 261-262

por sua estrutura jurídica) aos tradicionais direitos de liberdade, como plasticamente dão conta os exemplos do direito de livre associação (art. 8º) e do direito de greve (art. 9º), normas cujo aplicabilidade imediata parece incontestável, o que, por outro lado, também se aplica a diversos dos direitos dos trabalhadores elencados no art. 7º e seus respectivos incisos. Por estas razões, há como sustentar, a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental) de todos os direitos fundamentais constantes do Catálogo (art.5º a 17), bem como os localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.

Para salientar seu posicionamento Sarlet²² ensina:

[...] o art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um plus agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora. Poderá afirmar-se, portanto, que – no âmbito de uma força jurídica reforçada ao nível da Constituição – os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que, por outro lado (consoante já assinalado), não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha. Negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade. Não por outro motivo – isto é, pela sua especial relevância na Constituição – já se afirmou que, em certo sentido, os direitos fundamentais (a estes poderíamos acrescentar os princípios fundamentais) governam a ordem constitucional.

²² SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 289-290.

Nessa seara, José Afonso da Silva ensina que, em relação ao parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal dizer que as *‘normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’* e isso abranger as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11, não resolveria toda problemática, pois a própria Constituição Federal *“faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.”*²³

Destarte, as normas constitucionais de eficácia plena possuem aplicabilidade imediata, geralmente, gerando direitos subjetivos para os indivíduos, conforme bem ensina Eros Roberto Grau:

*“As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo. Significa ainda que o Estado também deve prontamente aplica-las, decidindo pela imposição do seu cumprimento, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo, e as tornando jurídica ou formalmente efetivas.”*²⁴

Portanto se ocorrer de um indivíduo pertencente ao nosso Estado se sentir prejudicado por um *déficit* nas políticas públicas (como ausência ou falta de hospital e escolas na região a qual reside), tal problema poderá ser levado ao Judiciário, pois a insuficiência de políticas públicas prejudica a efetividade de um direito social, o qual possui eficácia plena.

Visto isso, cabe analisarmos os instrumentos garantidores da eficácia constitucional.

²³ SILVA, José Afonso da, Artigo: *Garantias Econômicas, Políticas e Jurídicas da Eficácia dos Direitos Sociais*.

²⁴ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo. Malheiros. 2007. P. 316.

5.2 Instrumentos garantidores da eficácia constitucional:

A Constituição Federal de 1988 criou instrumentos para evitar a omissão do poder executivo frente à efetivação das políticas públicas como meio de garantir os direitos sociais, assegurando assim a aplicabilidade da norma constitucional.

Como é de conhecimento notório que a violação da constituição não só ocorre pela ação contrária à Carta Magna, mas também pela omissão de obrigações impostas por ela.

Por isso foi criada uma gama protetora as omissões das obrigações impostas pela Constituição Federal, tendo como remédios constitucionais a ação de inconstitucionalidade por omissão (ADIN por omissão) e o mandado de injunção, sendo que, ambos têm por objeto combater a falta de regulamentação de normas que por esta razão acabam inviabilizando o exercício dos direitos nelas estabelecidos. Há também que se mencionar nesse contexto, a existência da Ação Cominatória regida pelo Código de Processo Civil em seu artigo 461, que visa assegurar obrigações de fazer ou não fazer, podendo ser utilizada por qualquer legitimado que se sinta ferido pelas omissões do Poder Público, sendo está uma ação ordinária muito utilizada no aspecto prático para coibir a ausência de políticas públicas.

A Constituição Federal da República dispõe dos 2 (dois) remédios constitucionais mencionados acima para coibir a omissão estatal diante da ineficiência de direitos fundamentais, ocorre que essas ferramentas se diferenciam em certos aspectos, como na legitimidade para propositura e nos efeitos das decisão. Pois na Ação de Inconstitucionalidade por Omissão a Constituição Federal criou um rol taxativo de legitimados para propor tal ação, disposto em seu artigo 103. E as decisões da referida ação geralmente gera efeitos “erga omnes”, ou seja, de efeito vinculante para todos, e “ex tunc” com efeito retroativo.

Já o mandado de injunção está previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal. Possui por finalidade corrigir a omissão das autoridades competentes em relação à falta de normas que regulamentem os direitos previstos na constituição, de forma que se possa exercê-los em sua plenitude. Em relação aos efeitos de sua decisão, a doutrina e a jurisprudência não possuem um entendimento pacificado. O Supremo Tribunal Federal a decisão reconhece a omissão e decreta a mora do poder competente omisso. Todavia, há quem entenda mais razoável a fixação de um prazo para que o poder competente elabore a norma.

Tais instrumentos foram criados pelo poder constituinte originário para não deixar os cidadãos à mercê das omissões estatais, para que as pessoas que se sentissem prejudicada pudessem exigir, através do Judiciário, que o Estado cumpra com suas obrigações. Como se observa na jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – DEFENSORIA PÚBLICA – IMPLANTAÇÃO – OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS – SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL – O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO “DIREITO A TER DIREITOS” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS – INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134)– LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA 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 ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA

NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES – A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – “THEMA DECIDENDUM” QUE SE RESTRINGE AO PLEITO DEDUZIDO NA INICIAL, CUJO OBJETO CONSISTE, UNICAMENTE, na “criação, implantação e estruturação da Defensoria Pública da Comarca de Apucarana” – RECURSO DE AGRAVO PROVIDO, EM PARTE . - Assiste a toda e qualquer pessoa – especialmente àquelas que nada têm e que de tudo necessitam – uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fundamentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que põe em evidência a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública . - O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs . - É que de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito

consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República . - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um “facere” (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação . - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse “non facere” ou “non praestare” resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. Precedentes (ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Doutrina . - **É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.** Precedentes. Doutrina . - A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa Instituição da República: a transgressão da ordem constitucional – porque consumada mediante inércia (violação negativa) derivada da inexecução de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, LXXIV, e art. 134)– autoriza o

controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Estado e permite aos juízes e Tribunais que determinem a implementação, pelo Estado, de políticas públicas previstas na própria Constituição da República, sem que isso configure ofensa ao postulado da divisão funcional do Poder. Precedentes: RTJ 162/877-879 – RTJ 164/158-161 – RTJ 174/687 – RTJ 183/818-819 – RTJ 185/794-796, v.g.. Doutrina. (STF - AI: 598212 PR , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 25/03/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 23-04-2014 PUBLIC 24-04-2014)

Apresentados os instrumentais que garantem ao cidadão maneiras de coibir a ausência de normas regulamentadoras de concretização de direitos sociais, cabe agora analisarmos as políticas públicas como meio de efetivação de direitos sociais.

6. A aplicação dos direitos sociais por meio das Políticas Públicas:

6.1 Conceito de Políticas Públicas:

As normas de cunho social previstas na Constituição Federal se exteriorizam através de ações promovidas pelo Estado.

Destarte, as políticas públicas consistem em formas de implementar os direitos sociais prestacionais, cabendo ao poder público a elaboração e criação de programas e ações que garantam as efetivações e melhorias dos serviços públicos.

Ademais, caracterizam-se por um conjunto de atividades com o intuito de implementar serviços, garantir sua prestação, efetivando os comandos gerais contidos na ordem jurídica, em uma concepção hermenêutica e sistemática poderíamos afirmar que: um ente aciona os comandos dispostos na norma jurídica, enquanto o outro ente executa tal norma.

Portanto, as políticas públicas caracterizam-se por um conjunto de objetivos, diretrizes e instrumentos de ação de que o Poder Público dispõe para produzir efeitos concretos sobre as normas constitucionais de direitos sociais. Tendo por finalidade essencial realizar as normas previstas no texto constitucional efetivando os direitos fundamentais que carecem de prestações positivas do Estado.

Nessa seara, Ana Paula de Barcellos²⁵ ensina que :

(...) compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc. . Esse conjunto de atividades pode ser identificado como ‘políticas públicas’. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição

²⁵ BARCELLOS, Ana Paula. Artigo: “Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas”. p. 11.

(e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção.

Para termos uma visão mais generalizada do assunto, toma-se de empréstimo o conceito amplo de políticas públicas, em que Maria Paula Dallari Bucci define como “os programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados, num espaço de tempo certo”²⁶.

No mesmo sentido é o que ensina Marcelo Figueiredo²⁷:

“As políticas públicas são um conjunto heterogêneo de medidas e decisões tomadas por todos aqueles obrigados pelo Direito a atender ou realizar um fim ou uma meta consoante o interesse público. Ou, ainda, um programa de ação que tem por objetivo realizar um fim constitucionalmente determinado. As políticas públicas são mecanismos imprescindíveis à fruição dos direitos fundamentais, inclusive os sociais e culturais.”

Desse modo, observa-se que as Políticas Públicas caracterizam-se como ferramentas e instrumentos essenciais para concretização dos direitos sociais. Ocorre que a Administração Pública no momento da implementação destas acaba esbarrando-se em limitações financeiras e estruturais, não alcançados os objetivos desejáveis. É o que busca essencialmente o tema do presente trabalho, que nos casos de omissões da Administração Pública há a possibilidade do cidadão acionar o poder judiciário possibilitando-se assim a execução de determinada política pública para garantir as normas sociais do texto constitucional.

Destarte, a jurisprudência pátria, especialmente em matérias que envolva direito à saúde, vem se posicionando majoritariamente em não deixar o cidadão hipossuficiente desacolhido de medicamentos para preservar a saúde digna, independentemente da teoria da reserva do possível, que veremos adiante.

²⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *As políticas públicas e o direito administrativo*. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 13, 1996. p. 140.

²⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. *O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral*. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n.48, out./dez., p. 115.

Assim a jurisprudência vem entendendo justo, nos casos relacionados à saúde pública, de exigir que os entes políticos promovam cirurgias e tratamentos médicos para garantir a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, conforme recentes julgados proferidos pelos Tribunais do País:

“REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO À SAÚDE - MEDICAMENTO - DIREITO FUNDAMENTAL - PRIORIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - O direito à saúde deve ser preservado prioritariamente pelos entes públicos, vez que não se trata apenas de fornecer medicamentos e atendimento aos pacientes, mas, também, de preservar a integridade física e moral do cidadão, a sua dignidade enquanto pessoa humana e, sobretudo, o bem maior protegido pelo ordenamento jurídico Pátrio: a vida.”

(TJ-MG - REEX: 10592130018167001 MG , Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 03/07/2014, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/07/2014)

“Apelação. Tratamento médico. Agendamento de cirurgia vascular, sem prejuízo dos exames pré-cirúrgicos obrigatórios. Obrigação de fornecimento pelo Estado. Prevalência da tutela ao direito subjetivo à saúde sobre o interesse público. Norma constitucional de aplicação imediata. Sentença Procedente. Recurso improvido.

(TJ-SP - APL: 00092647120138260071 SP 0009264-71.2013.8.26.0071, Relator: Marcelo L Theodósio, Data de Julgamento: 25/06/2014, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/06/2014)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO HUMANO À DIGNIDADE E À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A CIDADÃO HIPOSSUFICIENTE. DEVER DO PODER PÚBLICO. I - O direito subjetivo à saúde está, no

ordenamento jurídico pátrio, garantido por meio de norma programática insculpida no art. 196 da Constituição Federal. II - Constitui dever do Poder Público, em qualquer de suas esferas, assegurar a todas as pessoas o direito à manutenção da saúde, consequência indissociável do direito à vida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. III - Comprovada a necessidade do tratamento associada à falta de condições de adquirir o medicamento necessário, o cidadão poderá, sim, buscar proteção junto ao Poder Judiciário para que sejam disponibilizados pelo Estado os meios necessários ao adequado tratamento da enfermidade. IV - Mostra-se irrelevante o fato do medicamento postulado não está presente nas listas de medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde - SUS, posto que tem o Estado o dever de garantir o direito subjetivo à saúde do cidadão. Súmula do TJPE, enunciado nº 18. V - Segurança concedida.

(TJ-PE - MS: 198622620118170000 PE 0019862-26.2011.8.17.0000, Relator: Jorge Américo Pereira de Lira, Data de Julgamento: 23/10/2012, Grupo de Câmaras Dir. Público, Data de Publicação: 202)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. Medicamentos: Artoglico 1,5 e Foraseq 12/400mcg. Enfermidade: Osteoartrose (CID M 15.4) e asma brônquica (CID J 45.0). Custo mensal aproximado: R\$ 294,27. DIREITO À SAÚDE. O direito à vida e à saúde é garantia expressa na Constituição Federal. A assistência à saúde é direito público subjetivo, independentemente de contribuição. Todos têm direito subjetivo à saúde, podendo exigi-lo do Estado (gênero), visto que a saúde é direito do cidadão e dever dos Poderes Públicos e da sociedade. URGÊNCIA.

(TJ-RS - AI: 70046527578 RS , Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Data de Julgamento: 05/09/2012, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/09/2012)

Nesse diapasão, é importante informar que o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que os entes federativos possuem responsabilidade solidária diante de situações em que o Poder Público fica responsável em fornecer medicamento, como se observa na ementa do Agravo Regimental em Recurso Especial número 2014/0114456-9, julgado em 21/08/2014 pela 1ª Turma da referida Corte, tendo como seu Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DE TODOS OS ENTES FEDERADOS. A ALEGAÇÃO DE FALTA DE RECURSOS FINANCEIROS NÃO CONSTITUI ÓBICE À CONCESSÃO DE PROVIMENTO JUDICIAL QUE DÊ EFETIVIDADE A DIREITOS FUNDAMENTAIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção firmaram o entendimento de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, do Estados e dos Municípios. Dessa forma, qualquer um destes Entes tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo da demanda. 2. A falta de recursos financeiros não constitui óbice à concessão de provimento judicial que dê efetividade a direitos fundamentais, não podendo servir de escudo para recusas de cumprimento de obrigações prioritárias. 3. Agravo Regimental do Município de Vitória de Santo Antão/PE desprovido.”

(STJ - AgRg no AREsp: 516753 PE 2014/0114456-9, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 21/08/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/09/2014)

Diante disto, cabe verificarmos a dialética entre a garantia do mínimo existencial de um lado, e do outro, a reserva do possível, de acordo com o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal.

6.2 Da Reserva do Possível e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Conforme exposto, é de obrigação do Estado promover os direitos sociais através das políticas públicas. Ocorre que a Administração Pública carece de recursos financeiros para realizar todas as demandas prestacionais de cunho social.

E pelo fato dos direitos sociais prestacionais terem por objeto prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição e redistribuição, bem como à criação de bens materiais, aponta-se com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante.

Portanto, a relevância econômica estatal está intimamente ligada com a prestação dos direitos sociais. Desse modo, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar em certos custos.

É cediço que os “custos” das prestações de direito social possuem uma especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, devendo o judiciário analisar a conjuntura econômico-financeira para impor ao poder público a satisfação das prestações reclamadas, devendo o órgão jurisdicional sempre se pautar pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para decidir sobre casos de efetivação de direitos sociais.

Segundo Ana Paula de Barcellos “a expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por ele supridas.”²⁸

Ocorre que na prática existe um grande conflito na aplicação do instituto da reserva do possível, pois há doutrinadores que entendem não ser aplicado aos direitos sociais, e outros que afirmam a possibilidade de sua aplicação. É o que entende José Reinaldo de Lima Lopes:

²⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 236.

*Por tudo isto concluo que a reserva do possível é uma defesa perfeitamente legítima para os casos de litígios de direito público especialmente quando o pedido e a decisão visarem beneficiar alguém em particular e de forma imediata e isolada. Ela já não será uma defesa tão facilmente acatável quando o que estiver em litígio seja o orçamento ou o programa. Nesses casos também não quero dizer que o julgamento seja fácil, mas afirmo que é possível julgar, e então sim a questão se converte em avaliação concreta e empírica de certas circunstâncias, cujo resultado final será a procedência ou não da defesa pela reserva do possível.*²⁹

Por outro lado há doutrinadores que não admitem a invocação da Teoria da Reserva do Possível, para exonerar o Estado do cumprimento de suas obrigações constitucionais, pois a referida teoria é fruto de construção jurisprudencial e sua origem é oriunda da Alemanha, “cujas realidade socioeconômica é manifestamente distinta da realidade brasileira. Assim, é de discutível validade e difícil aceitação a teoria sobre conceitos de mínimo existencial e razoabilidade do que esperar da sociedade em face do confronto entre a gama de direitos já reconhecidos naquele país e um sistema perverso de profundas desigualdades que afligem milhares de brasileiros”.³⁰

E segundo, “porque o direito à vida e à saúde qualifica-se como direito de primeira geração, prerrogativa essencial para assegurar condições materiais mínimas de existência, o chamado mínimo existencial, compatível com a dignidade da pessoa humana, de forma que não comporta sacrifício em razão de abusiva conduta governamental negativa. A prevalecer entendimento contrário estariam comprometidos direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”³¹

Para Carolina Zancaner Zockun “ *a cláusula da reserva do possível é muitas vezes invocada pelo Estado para se desonerar do cumprimento de suas obrigações constitucionais*

²⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.); TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 193.

³⁰ Em acórdão proferido pelo Desembargador Décio Notarangeli, na apelação nº 994.09.315633-3 na qual a Fazenda do Estado de São Paulo visava não efetuar o pagamento de cirurgia pretendida pelo apelado, alegando em sua defesa a teoria da reserva do possível. Acórdão que manteve a sentença de 1º grau determinado ser competência do Poder Público em efetuar o pagamento da cirurgia pretendida.

³¹ *Idem*

sob a alegação de que não há disponibilidade financeira para sua realização, ou, ainda, de que inexistia dotação orçamentária”³²

Nesse diapasão é o que ensina Ana Paula de Barcellos³³:

"a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível"

O Supremo Tribunal Federal, vem consolidando seu entendimento no sentido de que a teoria da reserva do possível não pode ser evocada para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais relativos a prestação de políticas públicas relativas a cumprimento de direitos fundamentais impostos pela Constituição Federal:

³² ZOCKUN, Carolina Zancaner. “*Da Intervenção do Estado no Domínio Social*”. Ed. Malheiros, 2009, p. 51

³³ BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais, Renovar, 2002, págs. 245-246

AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCACÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCACÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227)– A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E

TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III)– A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II)– DOUTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(STF - RE: 581352 AM , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/10/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2013 PUBLIC 22-11-2013)

“DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Condenação da administração pública estadual a aparelhar com recursos humanos e materiais a Delegacia de Polícia de Charqueadas. Impossibilidade. Imposição de obrigação de fazer que implica ofensa ao princípio da repartição dos poderes. Apelo provido.”. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas.

Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Reserva do possível. Invocação. Impossibilidade. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. **O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.** 3. **A Administração não pode invocar a cláusula da ‘reserva do possível’ a fim de justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária.** 4. **Agravo regimental não provido.**” (AI 674.764-AgR/PI, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei) “DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.” (AI 734.487-AgR/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE) O exame da presente causa evidencia, como já enfatizado, que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária diverge da diretriz jurisprudencial que

esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em questão. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, conheço do presente agravo, para dar provimento ao recurso extraordinário a que ele se refere (CPC, art. 544, § 4º, II, “c”, na redação dada pela Lei nº 12.322/2010). Publique-se. Brasília, 1º de agosto de 2014. Ministro CELSO DE MELLO Relator

(STF - ARE: 729186 RS , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/08/2014, Data de Publicação: DJe-161 DIVULG 20/08/2014 PUBLIC 21/08/2014)

Portanto a reserva do possível consiste em uma barreira que limita a eficácia dos direitos sociais. No entanto o Supremo Tribunal Federal, com o devido acerto, vem se posicionando no sentido de que a invocação de tal teoria pode acarretar lesões em direitos basilares previstos na Carta Magna, não podendo ser tais direitos mitigados por mera interpretação doutrinária, quando sua invocação possui intuito de beneficiar o Poder Público inadimplente com suas obrigações.

Em contrapartida a reserva do possível passamos a discutir sobre o instituto do mínimo existencial, conforme entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal.

6.3. Mínimo Existencial e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal::

Cabe nesse contexto definirmos a terminologia do mínimo existencial que segundo Carolina Zancaner Zockun “o mínimo existencial corresponde àquele núcleo essencial que dever ser assegurado para que o cidadão viva com um padrão mínimo de dignidade”³⁴.

No mesmo sentido José Carlos Vasconcellos dos Reis, ensina que³⁵, *o mínimo existencial consiste em verdadeiro direito fundamental, vez que o homem é capaz de sobreviver se tiver pelo menos o mínimo de condições iniciais de liberdade.* “O mínimo

³⁴ ZOCKUN, Carolina Zancaner. “*Da Intervenção do Estado no Domínio Social*”. Ed. Malheiros, 2009, p. 51

³⁵ REIS, José Carlos Vasconcellos dos, *As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003., p. 171.

existencial consiste no ‘direito às condições mínimas de existência digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.’”

O conceito do mínimo existencial não está previsto expressamente pela Constituição Federal, pois este é oriundo do princípio da dignidade humana, bem como a interpretação que se extrai do artigo 1º, inciso III da Carta Maior

Destarte, se conclui que o mínimo existencial caracteriza-se pelas necessidades básicas que um cidadão deve possuir ao seu dispor, como saúde, educação e moradia condizentes com a dignidade da pessoa humana.

Devendo o Poder Público manter aos seus cidadãos uma base estrutural digna a todos, preservando assim o princípio da isonomia constitucional, tornando-se assim um país justo e igualitário.

Há nesse contexto a necessidade de diferenciarmos o conceito do mínimo existencial e os direitos sociais, tomando-se de empréstimo os ensinamentos de José Carlos Vasconcellos dos Reis informando que o primeiro situa-se no campo dos direitos da liberdade e exige do Estado prestações positivas para a sua realização. Todavia, os segundos nem sempre são exigíveis perante o Estado e dependem da situação econômica do país, estando submetidos à reserva do possível ou à autorização orçamentária.³⁶

Portanto, os direitos sociais estão vinculados com a aplicabilidade da reserva do possível, devendo ser observada para sua implementação as características sócio econômicas do momento, bem como o orçamento que possui administração pública. Por outro lado, o direito ao mínimo existencial não depende da discricionariedade da Administração ou do poder legislativo, pois enquadram-se nas garantias institucionais da liberdade e podem gerar a pretensão do cidadão à entrega legal individual dos bens públicos.

Nesse diapasão, é o que ensina o professor Ricardo Lobo Torres:

Uma diferença importante entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais: enquanto aquele pode prescindir da lei

³⁶ REIS, José Carlos Vasconcellos dos, *op. cit.*, p. 175

*ordinária, os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da concessão do legislador, que pode ser a orçamentária. As normas constitucionais sobre os direitos econômicos e sociais são meramente programáticas: restringem-se a fornecer as diretivas ou a orientação para o legislador e não tem eficácia vinculante. As prestações positivas para a proteção desses direitos implicam sempre despesa para o ente público, insuscetível de ser imputada à arrecadação dos impostos ou, sem lei específica, aos ingressos não-contraprestacionais. Por isso mesmo carecem de status constitucional, eis que a Constituição não se envolve com autorizações de gastos públicos nem se imiscui com problemas econômicos conjunturais, assuntos reservados com exclusividade à lei ordinária de cada qual das três esferas de governo.*³⁷

O Supremo Tribunal Federal é firme em prevalecer o princípio do mínimo existencial sobre a teoria da reserva do possível, em casos em que ocorrem mitigação de direitos fundamentais, sob pena de violar o princípio da proibição do retrocesso social:

“A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em

³⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: *Direitos Fundamentais: Orçamento e reserva do possível*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.); TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p. 80-81.

decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, *emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.* Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). **A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS.** - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez

atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. (...)” (ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma) “Agravos regimentais no recurso extraordinário com agravo. Constitucional. Poder Judiciário. Determinação para implementação de políticas públicas. Melhoria da qualidade do ensino público. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 2. Agravo regimental não provido.” (ARE 635.679-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma) Diante do exposto, com base no art. 544, § 4º, II, b, do CPC, e no art. 21, § 1º, do RI/STF, conheço do agravo e nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 23 de abril de 2014. Ministro Luís Roberto Barroso (STF - ARE: 761127 AP , Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 23/04/2014, Data de Publicação: DJe-086 DIVULG 07/05/2014 PUBLIC 08/05/2014)

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. REJEIÇÃO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. NÃO Oponibilidade da Reserva do Possível ao Mínimo Existencial. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. 1. A promoção, proteção e recuperação da saúde, prerrogativa jurídica indisponível, são deveres do Estado, compreendidos no termo todos os entes políticos que compõem a organização federativa (art. 196 da CF/88). Por conseguinte, a ‘Teoria da Reserva do Possível’ não é

oponível ao mínimo existencial no qual estão inclusos os direitos à vida e à saúde. 3. O autor é portador de ‘doença crônica “PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA – NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, ‘CAPUT’, E 196)– PRECEDENTES (STF) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO”. Isso porque, no referido apelo extremo, com repercussão geral reconhecida, será julgada questão referente à obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo, ao passo que nestes autos, nos termos em que a controvérsia foi dirimida pela instância a quo, não se decidiu sobre fornecimento de medicamento de alto custo. -

(STF - ARE: 812631 PE , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 28/05/2014, Data de Publicação: DJe-108 DIVULG 04/06/2014 PUBLIC 05/06/2014)

Conforme exposto o mínimo existencial consiste em um núcleo essencial que deve ser resguardado para que todo ser humano viva com o mínimo de dignidade, para o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Lei Maior, o princípio do mínimo existencial sempre deve prevalecer sobre a teoria da reserva do possível, em casos em que hajam violação de direitos fundamentais, como saúde, educação, moradia, entre outros previstos em nossa Constituição Federal.

7. Considerações Finais:

Embora a nossa Constituição Federal garanta em seu texto o direito a diversas garantias de cunho social, como saúde, educação, saneamento básico entre outras, preservando e garantindo o epicentro primado da dignidade da pessoa humana, disponibilizando aos indivíduos pertencentes ao Estado maiores qualidade de vida e bem-estar a todos. Ocorre que, encontramos nesse contexto certa dificuldade na implementação de Políticas Públicas que gerem a efetividade de tais direitos.

Destarte, começa a surgir na concepção dos cidadãos uma descrença nos dispositivos instituídos na Constituição Federal, diante de inúmeras disparidades entre o texto constitucional e a realidade social que apresenta nosso Estado.

Ocorre que os aplicadores e os intérpretes do direito buscam corrigir as deficiências estatais no que se refere à implementação dos direitos sociais, possuindo à sua disposição ferramentas constitucionais que possibilitam a interferência na discricionariedade do Poder Público no que tange a suas omissões em relação à implementação e execução de políticas públicas de cunho social por meio da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, bem como o Mandado de Injunção, e pela via ordinária como propositura de Ações Cominatórias, visando coibir a omissão ou ineficiência de políticas públicas para a consolidação dos direitos sociais.

O grande problema que atinge o Poder Judiciário é a criação de mecanismos que possibilitem a interferência na esfera do Executivo, permitindo-se assim a busca pela efetividade dos direitos sociais elencados pelo constituinte. Surgi nesse contexto uma batalha entre o poder judiciário em garantir a efetividade das políticas públicas, bem como de conceder credibilidade ao texto constitucional *versus* a realidade orçamentária do Poder Público, utilizando-se dessa justificativa, na maioria dos casos, se pautando sob o argumento da escassez de recursos públicos, invocando em seu benefício a intitulada teoria da reserva do possível para eximir-se de sua responsabilidade diante da insuficiência de programas sociais de que carece a população.

Nesse diapasão, o Judiciário utiliza-se de alguns instrumentos processuais e constitucionais para interferir na execução de políticas públicas, invocando em seu favor a garantia do mínimo existencial, para que o Poder Público institua tais programas de cunho social que garantam o princípio de dignidade a pessoa humana.

Ademais, no que tange a interferência do judiciário na exigência de efetivação de políticas públicas sociais na esfera do Poder Executivo não poderia ser considerada uma afronta ao princípio da separação dos poderes, criado por Montesquieu, mas sim uma afirmação de que o sistema de freios e contra pesos possui pertinência funcional. Pois os poderes possuem autonomia, mas em alguns momentos devem se submeter ao cumprimento de exigências emanadas do outro Poder, como estabelece o artigo 2º da Constituição Federal que os Poderes são independentes e harmônicos entre si.

Dessa forma, estaríamos caminhando para o surgimento de uma sociedade mais justa e igualitária, garantindo aos cidadãos direitos basilares que preservem a dignidade da pessoa humana. Ultrapassando a faixa de transição em que nos encontramos na atual era pós moderna, na qual o disposto no texto constitucional não condiz com a realidade social a qual nos deparamos em nosso cotidiano. E quanto mais próximo chegarmos da possibilidade de atingir uma semelhança considerável entre a vontade do constituinte com nossa realidade socioeconômica, mais próximos estaríamos de um Estado Democrático de Direito.

Diante disto, condicionaremos a construção de um País que definitivamente atingirá os objetivos fundamentais da República Federativa. Possibilitando a efetiva erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, como prevê o artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal.

Destarte, a busca do judiciário em interferir nas execuções de política públicas de cunho social evidencia uma necessidade em que os intérpretes e aplicadores do direito ostentam em dar credibilidade ao Texto Constitucional. Para que os cidadãos não se desiludam com a idoneidade e eficiência do Poder Judiciário, bem como as metas pretendidas pelo constituinte na elaboração dos dispositivos garantidores de direitos sociais.

Com o intuito de surgir um Estado Social que disponibilize ao seu povo a mínima consideração de uma vida digna independentemente de sua capacidade financeira. Pois é

cedição que para haver igualdade e justiça em um Estado Capitalista, que preserva o enriquecimento financeiro de seus entes, não se considera justo deixar a margem aquele indivíduo que ainda não encontrou seu espaço econômico.

Sendo direito de todos os cidadãos, tanto os bem abastados economicamente quanto os miseráveis, de possuir a sua disposição uma estrutura de ensino considerável para que se possa criar indivíduos com o mínimo de consciência intelectual para disputarem em igualdade um emprego digno em um mercado de trabalho tão competitivo que proporciona nosso sistema. Um corpo qualificado e eficiente de saúde pública com o intuito de preservar o bem-estar e a integridade física de todos os indivíduos pertencentes ao Estado. Tenham todos acesso a programas e projetos culturais, possibilitando o desenvolvimento de uma sociedade com senso crítico apurado e definido, e não o que presenciamos diante de nossa atual realidade, encharcada de indivíduos com consciência massificada, criada pela grande difusão de publicidade formadora de opinião, com conceitos pré estabelecidos, dando respaldo para a manutenção de um Estado alienado, sem o mínimo de consciência crítica para reivindicação de seus direitos.

Portanto, se chegarmos a construir um País com um mínimo de estrutura social estaríamos próximo de alcançar um Estado verdadeiramente justo, e criando uma Democracia consolidada, refinada e eficiente. O Poder Judiciário possui nesse contexto um papel extremamente crucial para que possamos estabelecer um Estado desenvolvido socialmente e conseqüentemente ocorrendo também uma evolução econômica diante de um quadro social digno de um País que reivindicou, exigiu e permitiu que se formasse um Governo Social e igualitário, garantindo a todos o mínimo de dignidade que um ser humano deve possuir em relação às atuais conjunturas de qualidade de vida quem vêm se apresentando ao redor do mundo pelos países que defendem um governo pautado pela democracia social.

8. Referências Bibliográficas:

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 24, abr/jun, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.133, jan./mar., 1997.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil : uma visão geral. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n.48, out./dez.

FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1997,

GOMES, Luis Roberto, *O ministério público e o controle da omissão administrativa*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo. Malheiros. 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.); TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*: São Paulo:Malheiros, 2007

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*, 2.ed, São Paulo: Malheiros. 1993.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. 25 ed., 2008.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Artigo: *O Problema do Controle Judicial das Omissões Estatais Lesivas ao Meio Ambiente*.

MONTESQUIEU, Charles de. *Do Espírito das Leis*, 2ª ed. Martin Claret, 2010

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo:Malheiros. 23ª edição.2007.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, São Paulo: Martins Fontes. 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Col. Os Pensadores. V. 24. São Paulo: Abril, 1973.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.); TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Artigo: *Garantias Econômicas, Políticas e Jurídicas da Eficácia dos Direitos Sociais*.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: *Direitos Fundamentais: Orçamento e reserva do possível*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.); TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História Social dos Direitos Humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002.

WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discrecionalidade administrativa na Constituição Federal de 1988*. São Paulo. Atlas, 1991.

_____. Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 1999.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *“Da Intervenção do Estado no Domínio Social”*. Ed. Malheiros, 2009.