A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA PROTEÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Henrique Camacho¹
Yvete Flávio da Costa²

Sumário: Resumo. Palavras-chave. Abstract. Key-words. Introdução 1 O mínimo existencial: parâmetro para a igualdade social 1.1 Mínimo existencial vs. Reserva do possível 2 O Estado Democrático de Direito e a dignidade humana 3 O mínimo existencial e os tribunais superiores 4 O controle judicial de políticas públicas Conclusão Referências.

Resumo

O mínimo existencial, instituto que engloba o conjunto de condições materiais indispensáveis à sobrevivência humana, encontra amparo na efetivação dos reais objetivos do Estado Democrático de Direito, em que impera a guarda e proteção dos dispositivos constitucionais que buscam garantir a existência digna do ser humano. A proteção do Estado Democrático de Direito é responsabilidade de todos e na mesma medida, a todos deve ser dada a oportunidade de se manterem em igualdade perante seus iguais. Surgem alguns questionamentos que demandam de plano um estudo constitucional rigoroso e que deve ter como ponto fundamental a supremacia da Constituição e a proteção da dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. A análise do tema tratado passa por uma investigação da jurisprudência, valendo-se da dogmática jurídica e de um método predominantemente dedutivo para compreender melhor algumas possíveis soluções para as indagações que se opõem.

Palavras-chave: mínimo existencial. estado democrático de direito. dignidade humana.

¹Advogado. Bacharel e Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca, Universidade Estadual Paulista - UNESP - Dr. Júlio de Mesquita Filho. Bolsista CAPES. Área de Concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania. Linha de pesquisa: Efetividade e Tutela dos Direitos Fundamentais. Participou do Movimento Empresa Júnior. Bolsista de iniciação científica pela FAPESP entre julho de 2010 e julho de 2011. Membro do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil Brasileiro e Comparado - NUPAD. Conciliador do Juizado Especial Cível - Anexo UNESP - Franca/SP de 2010 a 2011. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/1790714681994772>.

²Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (1978), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1993), doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Pós-Doutoramento na Universidade de Coimbra - Portugal, sob supervisão do Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares. Atualmente é professora Assistente-Doutor na Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho";- Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/0704127794367962>.

THE GUARANTEE OF MINIMUM EXISTENTIAL ON THE PROTECTION OF THE DEMOCRATIC STATE LAW

Abstract

The minimum existential, an institute that brings together the required material conditions for human survival, finds support for the effectuation of the democratic's state of law true purposes, in which reigns the guard and protection of the constitutional devices that pursue the insurance of human's dignified existence. The democratic state of law protection is everyone's liability, and, in the same way, to all must be given the opportunity of keeping themselves in equalness before equals. Some questions are coming up that demand fierce constitutional study, and it must have as foundation stone the constitution supremacy and the protection of human dignity as base of the democratic state of law. This theme's analysis passes through an investigation of legal precedents, using legal dogmatic and a method mostly deductive as to better understand some possible solutions for the questions that are brought up.

Keywords: minimum existential. democratic state law. human dignity.

Introdução

Pretende-se, nas linhas que seguem apresentar a temática do mínimo existencial e como o assunto vem sendo tratado pelo Poder Judiciário no Brasil. Será necessária a estruturação de um raciocínio crítico, fundamentado nas características de um Estado Democrático de Direito e na necessidade de se garantir a vida digna do ser humano: quais os parâmetros para se compreender uma vida como digna? O que, minimamente, o Estado deve garantir?

Surgem alguns problemas gerados pelo descomprometimento do Poder Público em garantir a efetividade dos direitos fundamentais mínimos para que a vida digna seja respeitada e o Estado Democrático de Direito cumpra seus objetivos traçados no texto constitucional de: proteger os cidadãos, promover o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, salvaguardar a dignidade humana, permitir o tratamento equânime de todos na efetivação de seus direitos e promover a justiça e a paz social.

As questões que se impõem referem-se exatamente a existência de certa omissão do Poder Público em não garantir o mínimo existencial nem promover o fortalecimento do Estado Democrático de Direito: Pode o Poder Público se valer do argumento da reserva do possível para esquivar-se de suas obrigações? O Poder Judiciário tem dever de promover o controle de políticas públicas para garantir a dignidade humana? Há limites na atuação do Poder Judiciário?

Importante afirmar que estes questionamentos despertam os mais calorosos debates e que não são poucas as informações colhidas. Portanto, no presente artigo, buscou-se delimitar o trabalho apenas ao que tange a manutenção de um mínimo existencial e porque este deve ser protegido para a manutenção sadia de um Estado Democrático de Direito.

Para a estruturação da pesquisa foi utilizada consulta à jurisprudência sobre a temática da garantia do mínimo existencial, o que instigou a consulta conceituada doutrina sobre o tema da efetivação dos direitos individuais e sociais, possibilitando, nas considerações que seguem, um posicionamento crítico, revestido em método predominantemente dedutivo na busca de possíveis soluções para as indagações elencadas.

Uma metodologia basicamente voltada à dogmática permitiu certa convergência de pensamento para possíveis respostas às indagações apresentadas.

1 O mínimo existencial: parâmetro para a igualdade social

Muitos argumentos podem ser apresentados para promover os direitos humanos, mas talvez, na atual conjuntura, em que se discutem questões relacionadas ao meio ambiente e à economia³, nenhum assunto seria mais pertinente que o que se espera desenvolver nas linhas que seguem, ou seja, o mínimo existencial.

Para tanto, uma primeira indagação deve ser minimamente trabalhada, para evitar prováveis desencontros conceituais. É necessário definir o que se entende por mínimo existencial. É tarefa um tanto quanto árdua, em virtude de características abstratas que se impõem e da possibilidade de existirem inúmeros conceitos. Apresentar-se-á um deles, que parece ser o mais adequado de acordo com as leituras realizadas para a elaboração deste artigo.

Podemos afirmar que mínimo existencial é o conjunto de garantias que encontram amparo em texto constitucional. Tais garantias compõem vida digna do ser humano; garantem que, independente de concepções religiosas e culturais, todos tenham as mesmas condições que se manterem vivos. Demonstrem características para a qualidade e para a possibilidade de viver: saúde, educação, trabalho, transporte, segurança, entre outras.

Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos de garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente. Tal interpretação do conteúdo do mínimo existencial (conjunto de condições materiais para uma vida condigna) é a que tem – a despeito de divergências sobre a extensão do conteúdo da garantia – prevalecido não apenas na Alemanha, mas também na doutrina e na jurisprudência constitucional comparada, notadamente no plano europeu [...]. (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 23).

Neste contexto, temos inclusive a inclusão de condições anômalas que integram determinadas parcelas da sociedade que necessitam sim de tratamento diferenciado, a

³ Neste trecho há referência ao atual encontro mundial que ocorre no Brasil – Rio + 20, na cidade do Rio de Janeiro, em que se discutiu questões relacionadas ao meio ambiente e a sustentabilidade no desenvolvimento da economia dos mais diversos países. Trata-se de continuação aos debates lançados na Eco-92, encontro também realizado no Brasil no ano de 1992 em que se discutiam inúmeras questões importantes relacionadas ao desenvolvimento das cidades e ao meio ambiente. A mídia noticiou, em diversos canais de comunicação, que os resultados colhidos neste atual debate não foram satisfatórios. Muitas discussões ficaram em aberto e dos países que compõem a maior economia global, o intitulado G7, apenas a França compareceu. Isto demonstra, de certo modo, a falta de interesse de países desenvolvidos em promover ações efetivas no combate a poluição ambiental e aquecimento global. Como exemplo de veículos de comunicação podemos citar os jornais Folha de S. Paulo (RIO..., 2012, online) e jornal O Globo (CARVALHO, 2012, online).

depender da situação em que se encontram. É o caso das crianças (Estatuto da Criança e do Adolescente), dos idosos (Estatuto do Idoso) e de legislação de proteção da mulher (Lei Maria da Penha)⁴.

Argumenta-se que nestes parâmetros a igualdade pode ser conceituada como a condição de se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades (SILVA, J. A., 2009, p. 213). Para qualquer pessoa tais características indicariam a efetivação da justiça e da paz social. Igualdade “[...] constitui o signo fundamental da democracia” (SILVA, J. A., 2009, p. 211).

Ao traçarmos o conceito de igualdade parece recomendável discorrer a respeito da ideia de justiça (SILVA, J. A., 2009, p. 213). Conceituar justiça é tarefa difícil e não possui uma única resposta. Entretanto, alguns apontamentos são certos ao analisar o justo, principalmente ao caso concreto, levando em consideração as experiências as quais se submetem o ser humano durante sua vida, refletindo alguns valores e princípios, que perpassam por conceitos íntimos do que é moral e do que é ético (NADER, 2010, p. 68).

Acredita-se que o melhor parâmetro para tentar definir justiça seria a máxima romana de que a cada um pertence exatamente aquilo que possui, em outras palavras:

Continuamos convictos que a fórmula romana de Justiça – dar a cada um o que é seu – constitui a melhor síntese da noção de justo. *Sunn ceuique tribuere* é um critério perene, definitivo, porque se abstrai do seu de cada um; não define nem indica o quinhão ser dado ao outro. Cabe aos juristas-filósofos transformar o abstrato em concreto e dizer, em cada caso, o que é o seu de cada um. (NADER, 2010, p. 72, grifo do autor).

Parece que os ensinamentos aristotélicos de que justiça reflete a exata medida entre dois extremos possui íntima relação com o conceito de igualdade e por vezes se confundem. Não é possível simplificar em demasia estes dois conceitos que, embora intimamente ligados, não são sinônimos. Um corpo celeste luminoso como o Sol é esférico. Nós, seres humanos, embora não consigamos observar o lado oposto ao da Terra - aquele que não está voltado aos nossos olhos e que esta direcionado a imensidão do universo – não significa que a luminosidade é menor ou maior. O Sol brilho da mesma forma em toda sua extensão. De forma menos científica e mais poética – solicita-se aqui compreensão do leitor para um breve

⁴ O Estatuto da Criança e do Adolescente corresponde a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990; O Estatuto do Idoso corresponde a Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 e a Lei Maria da Penha, como é conhecida popularmente, corresponde a Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006 e recebeu este nome em virtude de caso nacionalmente conhecido, cuja vítima de agressão doméstica foi Maria da Penha Maia Fernandes.

interlúdio - é possível dizer que justiça e igualdade caminham juntas para aquecer o coração daqueles que almejam uma vida digna.

1.1 Mínimo existencial vs. Reserva do possível

A pesquisa sobre a temática do controle judicial de políticas públicas na jurisprudência nacional leva a necessidade de compreender alguns temas, como o da reserva do possível, mínimo existencial e limites da atuação do Poder Judiciário (CANOTILHO, 2008, p. 89-93).

Por hora, é necessário compor argumentos para evidenciar a prevalência da garantia do mínimo existencial sobre a reserva do possível, já adiantando que este último é fruto de tradução e implementação de doutrina alemã por parte da doutrina brasileira.

Reserva do possível trata-se de instituto criado pela doutrina alemã (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 20-21). Discorre Ada Pellegrini Grinover sobre reserva do possível que se trata de “[...] justificativa mais usual da administração para a omissão reside exatamente no argumento de que inexistem verbas para implementá-la” (GRINOVER, 2010, p. 24).

Como forma de garantir certa passividade do Poder Público frente às mazelas sociais, surge a ideia de que “ [...] os direitos sociais as prestações materiais dependem da real disponibilidade dos recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 29).

Percebe-se quão inadequada a justificativa, com argumentação exclusivamente orçamentária e econômica, por parte do poder público, para tentar evitar gastos que não estariam previstos em seu orçamento para aquele ano ou legislatura. Ora, se a Constituição Brasileira garante, em inúmeros dispositivos, que o poder público deve garantir dignas condições das pessoas sobreviverem, não seria absurdo não haver previsão no orçamento que trate do assunto? É possível compreender que este orçamento deve ser distribuído a depender das necessidades entre as diversas áreas que podemos denominar como áreas básicas para a vida digna *v.g.* saúde, educação e segurança.

Se abster de garantir vida digna aos cidadãos é descumprir as imposições fundamentais que imperam em nossa Constituição, é corroer os pilares da liberdade, igualdade e fraternidade nos quais se sustentam o Estado Democrático de Direito cujas origens remontam ao Iluminismo.

2 O Estado Democrático de Direito e a dignidade humana

O Estado Democrático de Direito é conceito aberto e pode ser interpretado de diferentes formas. Entretanto, para esta pesquisa, o conceito apresentado representa parte dos fundamentos para se alcançar os objetivos propostos quando da introdução. Interessante é a proximidade deste conceito com a própria necessidade de se proteger os direitos humanos, ou seja, “[...] o conhecimento do Estado e de seu significado, positivo ou negativo, para a preservação e promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana, é indispensável.” (DALLARI, 2011, p. 5).

Podemos iniciar o debate sobre o conceito de Estado Democrático de Direito apresentando o seguinte excerto:

Se analisarmos a estrutura simbólica-linguística das expressões “Estado de Direito” e “Estado democrático de direito”, verificamos que ambas não coincidem. Esta possui quatro palavras, aquela três. Então, sob o aspecto linguístico, verificamos a não coincidência das expressões. O primeiro argumento em defesa da distinção semântica repousa nessa constatação linguística. Ora, se são distintos os termos, distintas são as significações, caso contrario, não haveria a necessidade de se criar uma nova nomenclatura. Referido raciocínio, construído sobre premissas universais ou absolutas, é falho: palavras diferentes podem, como de fato o fazem, designar coisas semelhantes, senão idênticas, dependendo da análise.

O segundo argumento em defesa da distinção, diz respeito ao proposito de ter-se agregado o adjetivo “democrático” a tradicional locução “Estado de Direito”. Segundo Miguel Reale, esse acréscimo pode indicar o proposito de passar-se de um Estado de Direito meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social, isto e, instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade. (RAMPIN, 2011, p. 92-93).

Como é possível depreender do trecho, as expressões “Estado de Direito” e “Estado Democrático de Direito” não são iguais ou sinônimas. Atentos para o conceito apresentado por parte da doutrina “Sendo o Estado Democrático aquele em que o próprio povo governa.” (DALLARI, 2011, p.152).

Na ânsia de se proteger a dignidade humana, pode-se dizer que uma mera conceituação terminológica não importa para se efetivar os direitos fundamentais individuais e sociais. O Poder Público, diante de uma sociedade dita democrática, deve realmente efetivar o que está disposto no texto constitucional:

O problema que identificamos com o uso do termo “democracia”, como qualificadora de nosso atual Estado, e o uso meramente retórico que o mesmo permite, dando margem para um esvaziamento do preceito democrático. E dizer: não basta o Estado se declarar democrático se, na prática, ele se distancia desse ideal. (RAMPIN, 2011, p. 93).

Na mesma linha do posicionamento apresentado acima, sobre necessidade de não haver mero simbolismo nas determinações constitucionais:

O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. *Ou seja, no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado*, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas na ordem jurídica. (STRECK, 1999, p. 37, grifo do autor).

Para tanto, para considerar uma sociedade livre de impedimentos ao exercício da democracia é necessário, na mesma medida, uma sociedade que garanta a dignidade humana como baluarte para as ações governamentais e políticas públicas, pois, como é sabido, nada mais deve fazer o Poder Público do que agir em conformidade com as determinações legais e principalmente as determinações constitucionais:

Da mesma forma, sem precedentes em nossa trajetória constitucional o reconhecimento, no âmbito do direito constitucional positivo, da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de Direito (art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988). Registre-se que a dignidade da pessoa humana foi objeto de expressa previsão no texto constitucional vigente mesmo em outros capítulos de nossa Lei Fundamental [...]. (SARLET, 2011, p. 75-76).

É reluzente que democracia é conceito mais abrangente que Estado de Direito que fundamentava o liberalismo. Uma evolução tomou forma ao longo dos anos e o Estado passou por denominações que diversas doutrinas entendiam como Estado de Direito depois Estado Social de Direito até chegar na atual forma de Estado Democrático de Direito, em que há a busca por uma sociedade livre, justa e solidaria, com poder que emana do povo e participação deste mesmo povo nas decisões e atos do governo, salvaguardando a pluralidade, respeito e a igualdade, assim como direitos individuais, políticos, sociais e das condições econômicas suscetíveis em favorecer o pleno exercício destes mesmo direitos (SILVA, J. A., 2009, p. 120).

Entretanto, vale destacar que é considerável a afirmação que em um momento que se confirme o principal agente da política social ser o Estado tem-se que “[...] *quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe!*” (STRECK, 1999, p. 24-25, grifo do autor).

3 O mínimo existencial e os tribunais superiores

É evidente que a postura predominante nos tribunais de justiça e tribunais superiores demonstram a necessidade do Judiciário intervir, quando provocado, de maneira ativa para impor e fiscalizar medidas de efetivação de políticas públicas, de maneira a garantir a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Alguns entendimentos dos tribunais superiores, principalmente Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem garantido a predominância da corrente que acata a apreciação, por parte do Judiciário, de atos lesivos e ilegais dos outros Poderes. Isto sem contar a possibilidade de se exercer o controle de constitucionalidade para salvaguardar o ordenamento jurídico e deixa-lo por completo condizente com os ditames constitucionais. Já foi decidido no STF que “[...] os poderes públicos devem praticar políticas sociais e econômicas que visem aos objetivos proclamados no art. 196 da CF.” (GRINOVER, 2010, p. 14) e no STJ que:

[...] a Administração Pública se submete ao império da lei, até mesmo no que toca à conveniência e oportunidade do ato administrativo: uma vez demonstrada a necessidade de obras objetivando a recuperação do solo, cumpre ao Poder Judiciário proceder à outorga da tutela específica para que a Administração destine verba própria do orçamento para esse fim (GRINOVER, 2010, p. 15).

Como mencionado na introdução, a análise de alguns acórdãos despertou o interesse pela temática. Em caráter exemplificativo, alguns acórdãos foram elencados abaixo para contribuir com os debates:

EDUCAÇÃO - Menores - Direito à vagas na rede pública -A educação como direito de todos e dever do Estado é preceito constitucionalmente protegido,

obrigando o Estado a garantir o oferecimento de creche e pré-escola a menores de 0 a 6 anos , a teor do inciso IV, do art. 208, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 53/2006 Violação, outrossim, que ofende a Constituição Estadual, a Lei de Diretrizes e Bases, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e mais especificamente o art. 221, §2", da Constituição Federal - Sentença mantida - Recursos oficial e da Municipalidade de São Paulo improvidos. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação cível com revisão nº 418.517-5/0-00, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente o juízo "ex officio", sendo apelante prefeitura municipal de São Paulo sendo apelado Ministério Público. Acórdão da 3ª. Câmara de Direito Público do TJ-SP. Relator: Desembargador Antônio Carlos Malheiros. Data de julgamento: 10 nov. 2009. Data de registro: 25 nov. 2009). (grifo nosso).

No caso acima se encontra sobre os holofotes um direito fundamental que garante inclusive a manutenção de uma sociedade livre, justa e solidária. Trata-se de condição ímpar na diferenciação entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos ou em desenvolvimento: a educação.

No acórdão está em jago o compromisso do Poder Público garantir o número de vagas em creches condizentes com a taxa de natalidade da sociedade brasileira. Neste caso não se discute a qualidade do ensino e das instituições públicas de ensino, mas sim o primeiro passo para esta garantia ser implementada: a vaga da criança/adolescente em uma creche/escola. Não é necessário citar mais que dois diplomas legais de nosso ordenamento para comprovar a necessidade e o dever da administração pública de proteger este direito: arts. 6º, 30, inciso VI e 205 da Constituição Federal de 1988 e arts. 4º e 53 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

Assim, conclui-se que agiu corretamente o Poder Judiciário ao conceder a ordem de inclusão da criança em creche enquanto não fosse construída outra.

Outro acórdão analisado trás tema comum ao se tratar de controle judicial de políticas públicas:

APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO - Ação de obrigação de fazer - Pessoa hipossuficiente, idosa, portadora de "cegueira biocular" Medicamento prescrito por médico (Ranibizumabe) Obrigação do Município Legitimidade passiva e solidariedade dos entes públicos – Direito fundamental ao fornecimento gratuito de medicamentos e ao custeio de tratamento - Aplicação dos arts. 1º, III, e 6º da CF Princípios da isonomia, da tripartição de funções estatais e da discricionariedade da Administração não violados - Limitação orçamentária - Teses afastadas Sentença mantida Recursos voluntários não providos, com observação.

1. Solidária a responsabilidade dos entes públicos (art. 196 da CF), há legitimidade passiva do demandado isoladamente ou em conjunto, ainda que

não se incluem todos os corresponsáveis, observados o litisconsórcio facultativo (não necessário).

2. Os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da preservação da saúde dos cidadãos em geral (art. 6º da CF) impõem ao Estado a obrigação de fornecer, prontamente, medicamentos necessários, em favor de pessoa hipossuficiente, sob responsabilidade solidária dos entes públicos (art. 196 da CF).

3. Havendo direito subjetivo fundamental violado, no quadro da tutela do mínimo existencial, não se justifica inibição à efetividade do direito ofendido sob os escudos de falta de padronização ou de inclusão dos bens em lista oficial e de limitações orçamentárias. (Apelação nº 0008130-26.2010.8.26.0358, da Comarca de Mirassol. Acórdão da 1ª. Câmara de Direito Público do TJ-SP. Relator: Desembargador Vicente de Abreu Amadei. Data de julgamento: 20 mar. 2012. Data de registro: 22 mar. 2012). (grifo nosso).

Percebe-se que a maioria de decisões que envolvem a temática abordada neste artigo refere-se a “[...] concretização do direito (fundamental social) à saúde” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 13).

No caso em tela, temos a questão do fornecimento gratuito de medicamentos para pessoa hipossuficiente economicamente. É louvável o *item 2* da ementa do acórdão, em que é perceptível a imposição que o Judiciário fez ao Poder Público para preservar a saúde, valendo-se dos princípios da dignidade da pessoa humana e da preservação da vida humana.

É dever de todos proteger a vida humana, o que não seria diferente em relação ao Poder Público, principalmente enquanto fundado na democracia. A possibilidade de concretização de exercício de saúde plena e de garantia de que a administração pública se comprometerá em fornecer medicamentos às pessoas economicamente hipossuficientes é posição salutar adotada pelas cortes brasileiras. Provada a hipossuficiência, é dever da administração pública fornecer algum medicamento para garantir a luta pela vida por parte de seu cidadãos.

O acórdão não destoa dos comentários traçados acima, evidenciando que a justificativa teórica da reserva do possível não é fundamento suficiente para o Poder Público se esquivar de seus deveres.

Entretanto vale a ressalva que deve haver parcimônia na apreciação de questões que envolvem tratamentos médicos caríssimos e muitas vezes realizáveis em outro países. O Judiciário, para aplicar a lei e garantir os direitos previstos na Constituição Federal deve levar em consideração o bem comum, ou em outras palavras, o interesse público.

Tome-se o exemplo da saúde: uma política pública razoável (e portanto adequada) deve propiciar o atendimento do maior número de pessoas com o

mesmo volume de recursos. Merecem críticas, portanto – por não atender ao requisito da razoabilidade –, alguns julgados, em demandas individuais, que concedem ao autor tratamentos caríssimos no exterior, ou a aquisição de remédios experimentais que sequer foram liberados no Brasil. Não se trata, nesses casos, de corrigir uma política pública de saúde, que esteja equivocada. E não se pode onerar o erário público, sem observância da reserva do possível (GRINOVER, 2010, p.25).

“Interesse público” é conceito aberto, entretanto, nele estão incluídos os direitos de toda a coletividade. Não pode o Poder Público, ainda com base no princípio da igualdade, conceder determinados tratamentos a alguns e restringir o mesmo direito em relação a outros em condições equivalentes. Se o gasto com um particular não se justificar em prol da coletividade deve o Poder Público encontrar saídas para o caso concreto.

Uma possível solução para o caso seria a realização de um cadastro nacional para manter informações sobre os tratamentos de saúde disponíveis em universidades públicas e garantir que o magistrado ou o colegiado possa ter acesso a informações que os convençam a respeito de um tratamento alternativo ao requerente e que poderá ser realizado com orçamento público, incentivando a produção acadêmica nas universidades públicas e privadas relacionadas a área da saúde.

Por fim, apresenta-se um caso cujo debate se faz em relação à qualidade do meio ambiente, mais especificamente de meio ambiente urbano:

EMENTA – Ação civil pública – Política Pública – Intervenções em construção irregular para afastar riscos de deslizamento e desmoronamento (favelas) – Termo de Ajustamento de Conduta firmado pelo Município com o Ministério Público – Cumprimento parcial – Demanda ajuizada para obrigar a apresentação do cronograma de intervenções e retirar, definitiva ou provisoriamente, os moradores para implementação dos serviços e obras – Sentença de improcedência firmada na inexistência de prova de obrigação remanescente do Poder Público – Apelo do autor – Persuasão – Conceitos e limites do controle jurisdicional de Política Pública – Natureza do Estado contemporâneo – Laudos complementares, a pedido e com participação das partes, evidenciando necessidade de continuidade das intervenções – Desocupação dos moradores apressada depois dessas provas – Necessidade, porém, de apresentação do cronograma de intervenções e de sua inserção no orçamento e no Plano Plurianual de Investimentos – Apelo para tal fim provido. (Apelação nº 0102589-03.2005.8.26.0000, da Comarca de São Paulo. Acórdão da 8ª. Câmara de Direito Público do TJ-SP. Relator: Desembargador João Carlos Garcia. Data de julgamento: 14 mar. 2012. Data de registro: 16 mar. 2012). (grifo nosso).

Neste último exemplo é possível notar que, embora não seja temática muito trabalhada pela doutrina que discute o controle judicial de políticas públicas, deve-se destacar

que as temáticas da segurança pública e meio ambiente saudável também são direitos fundamentais do cidadão, o que gera ônus ao Poder Público, que deve garantir condições para a manutenção destes direitos.

No caso *sub judice* tem-se ação civil pública impetrada em favor da coletividade para garantia de uma vida digna em um ambiente urbano seguro. É um processo deveras extenso e fundado em fortes argumentos, de ambos os lados. Contudo, foi correta a decisão do Poder Judiciário em que se determinou que a administração pública devesse comprovar que estava tomando as medidas necessárias para garantir a segurança das pessoas que viviam no local indicado na ação.

Ada Pellegrini Grinover ainda ressalta que a atual postura do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) demonstra harmonia com o posicionamento das cortes superiores:

Em ação civil pública ajuizada pelo MP em face da municipalidade paulistana, objetivando a restauração do conjunto arquitetônico do Parque da Independência, a Corte manifestou-se no sentido de que pode e deve o Judiciário atuar na omissão administrativa (GRINOVER, 2010, p. 15).

Dos casos apresentados exemplificativamente, é possível perceber que existem infinitos casos no Judiciário em que é evidente a busca do cidadão para ver seus direitos garantidos e para concretizar uma vida minimamente digna.

Entende-se ser possível elencar ao menos duas ideias que justificariam, talvez, esta atitude do cidadão em buscar resposta frente o Poder Judiciário: a) Não tem condições de manter, sozinho, o mínimo para sua sobrevivência e vida digna e b) o Estado não estruturou corretamente a forma de realizar determinada política pública para satisfazer os anseios sociais.

Tanto uma quanto outra situação evidencia a necessidade de se garantir e facilitar o acesso do cidadão ao Judiciário, de modo que exerça seu direito de ação constitucionalmente previsto (art., 5º, XXXV, CF) e questione o Poder Público quanto sua mora ou passividade, no intuito de evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Sabe-se que o Poder é uno e embora dividido entre Executivo, Legislativo e Judiciário deve manter a harmonia entre estas suas faces. Apenas quando estes três poderes encontram-se no mesmo plano é que temos a possibilidade de exercício pleno de uma democracia justa; “[...] se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se a concentração de poderes” (SILVA, J. A., 2009, p. 108).

A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característico do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto no presidencialismo, desenvolveram-se técnicas de *independência orgânica e harmonia dos poderes*. (SILVA, J. A., 2009, p. 109, grifo do autor)

É possível perceber que esta sistemática de separação dos poderes forneceu condições para a doutrina criar um sistema que garante o equilíbrio nas ações do governo: “sistema de freios e contrapesos” (DALLARI, 2011, p.218).

Como se tem observado, a separação de poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação. Mas a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais. Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação técnica, incompatível com os modelos de separação de poderes. O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar a mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes. (DALLARI, 2011, p. 219).

A partir desta ideia, de que está cada vez mais nebuloso entender as funções dos poderes como independentes entre si, é que se propõe o próximo tópico em que será abordada, ainda que brevemente, a questão do controle judicial de políticas públicas, ou seja, a atuação do Judiciário frente suas atribuições em um Estado Democrático de Direito e sua interferência no âmbito do Legislativo e Executivo.

4 O controle judicial de políticas públicas

Não é imperioso afirmar que com o passar dos anos ficou notável a ampliação de questões referentes a atuação do Poder Público no que tange a efetivação de direitos fundamentais dos cidadãos. Alguns fatores colaboraram para isto, como bem explicam Cappelletti e Garth em sua obra denominada “Acesso à justiça”:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Os autores supracitados referem-se, em suas obras as “ondas de acesso à justiça” e demonstram o aumento nas demandas colocadas à apreciação do Poder Judiciário (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31-73).

Ainda sob o mesmo enfoque da atuação do Judiciário frente à atuação de outros poderes tem-se constatado o aumento considerável no número de demandas que envolvem o Poder Público em um dos extremos do processo. Informação relevante esta: o Poder Público é o maior interessado em postergar a celeridade na prestação jurisdicional, caminhando na contramão do que impõe o texto constitucional⁵.

Nesse contexto, a judicialização crescente das mais diversas demandas, notadamente no que diz com a concretização do direito (fundamental social) à saúde, vem cobrando uma ação cada vez mais arrojada por parte dos aplicadores do Direito, em especial do Estado-juiz, que frequentemente é provocado a se manifestar sobre questões antes menos comuns, como a alocação de recursos públicos, o controle das ações (comissivas e omissivas) da Administração na esfera dos direitos fundamentais sociais, e até mesmo a garantia da proteção de direitos (e deveres) fundamentais sociais na esfera das relações entre particulares. (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 13-14).

Tanto uma quanto outra postura indica a necessidade de haver um Judiciário que possa intervir na seara do Executivo e do Legislativo. Busca-se aperfeiçoar a qualidade da prestação de serviços públicos, inclusive o direito constitucional de acesso à justiça. Neste aspecto, importante vem sendo o papel do Ministério Público e da Defensoria Pública, principalmente no que tange questões que podem ser tratadas no âmbito coletivo, como as temáticas relacionadas à saúde,

⁵ Neste ponto é interessante os vários relatórios apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão criado com a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, cujas funções enquadram a fiscalização e a administração do Poder Judiciário como um todo, criando metas para a diminuição do tempo de prestação jurisdicional, por exemplo. Dentre estes relatórios destaca-se o conhecido “Justiça em números”. É um relatório anual, entregue sempre entre os meses de agosto e setembro e apresenta diversas informações referentes ao Poder Judiciário brasileiro. Estes relatórios estão disponíveis na página virtual do CNJ. Outro relatório apresentado, que apresentou os 100 maiores litigantes do Brasil, constatou que o Poder Público compõe boa parte destes litigantes. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011, online).

educação, segurança e meio ambiente. É importante que os cidadãos tenham suas críticas consideradas na conduta do governo (FONSECA, 2007, p. 56-57).

A discussão acerca do controle judicial, em um primeiro momento era rechaçada pela doutrina. Entretanto, com o advento da Lei de Ação Popular⁶ ampliou-se o poder de apreciação dos atos administrativos por parte do Judiciário. A Constituição Federal de 1988 corroborou para a apreciação, por parte do Judiciário, dos atos lesivos e ilegais realizados pelo Executivo e Legislativo.

Contudo, há a preocupação de não ofender a clássica divisão de poderes: “Mas os poderes, além de independentes, devem também ser harmônicos entre si. Logo, os três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados” (GRINOVER, 2010, p. 13).

Em outras palavras, o Judiciário só age se provocado e na exata medida para que ocorra efetividade de direitos constitucionalmente previstos. Numa sistemática de pesos e contrapesos, em respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o Judiciário ocupa papel fundamental na garantia da dignidade humana e na proteção do Estado Democrático de Direito. É uma forma de levar em consideração valores como vida, segurança e liberdade no momento em que questões referentes às garantias constitucionais são questionadas diante da passividade do Poder Público no combate as desigualdades sociais (FIGUEIREDO, 2006, p. 138-164).

Em consonância com o texto apresentado por Ivanildo Figueiredo temos o trecho transcrito de Ada Pellegrini Grinover (2010, p. 25):

A estrita observância dos limites à intervenção judicial, assim como o exato conceito de políticas públicas (como programas e ações tendentes ao atingimento dos objetivos do Estado brasileiro), serão suficientes para conter os abusos.

Percebe-se quão importante é o debate acerca do controle judicial de políticas públicas. Garantir direitos fundamentais efetivos é dever do Estado Democrático de Direito. É condição *sine qua non* para a formação de uma sociedade mais digna, igualitária e humana.

⁶ Lei de Ação Popular é a Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965.

Conclusão

Ao considerar os argumentos apresentados conclui-se:

a) É difícil conceituar “mínimo existencial”. Entretanto, pode-se afirmar que não se deve meramente a condições mínimas de sustento da própria fisiologia humana. Não se resume a fornecer alimento e abrigo aos necessitados. Deve-se manter a igualdade no tratamento de todos os cidadãos. É dever do Poder Público buscar esta igualdade, garantindo a todos condições dignas de saúde, educação, segurança, seguridade social entre tantos outros aspectos que envolvem a vida humana. Os direitos fundamentais devem estar efetivados na sociedade moderna e deve imperar a justiça e a paz social para que o Estado Democrático de Direito possa ser forte.

b) A reserva do possível não justifica a omissão da administração pública. Justificar a falta de política pública de qualidade por limites orçamentários é nebuloso e provoca o enfraquecimento da democracia, principalmente quando a dignidade humana é lesada. Condições econômicas não devem ser utilizadas isoladamente para desestruturar a efetivação das garantias fundamentais inscritas na norma constitucional, independentemente destas garantias referirem-se ao indivíduo de maneira particular ou em sua pluralidade.

c) O Poder Judiciário contribui para a igualdade no tratamento das partes, buscando equilibrar as forças no âmbito dos litígios. Pode contribuir para a realização e efetivação de políticas públicas de qualidade se for questionado. Pode questionar o Executivo e o Legislativo sobre sua omissão ou ação negativa que desrespeitaram a aplicação e efetivação dos direitos fundamentais. Deve ser o braço forte que por vezes sustenta a estrutura do Estado Democrático de Direito.

d) A interferência do Judiciário no Executivo e Legislativo, desde que suas decisões estejam cobertas de legalidade, razoabilidade e proporcionalidade – garantindo o sistema de freios e contrapesos - contribuem para a sustentação do Estado Democrático de Direito, permitindo que as determinações constitucionais sejam efetivamente desenvolvidas e a dignidade humana respeitada.

Referências

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em: 20 jun. 2012.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1. Anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: jun. 2012.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 jun. 1990. p. 13563. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.069-1990?OpenDocument>. Acesso em: 25 jun. 2012.

_____. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 3 out. 2003. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 25 jun. 2012.

_____. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do par. 8º do art. 226 da Constituição Federal, da convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e da convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher; dispõe sobre a criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 8 ago. 2006. p. 1. Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 25 jun. 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **O “modelo constitucional do direito processual civil”**: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. jun. 2008. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/site/index>>. Acesso em: 11 out. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO, Eduardo. Rio+20 foi 'completa desilusão', diz Herói da Floresta da ONU. **O Globo**, Rio de Janeiro, 22 jun. 2012. Natureza Rio + 20. Disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/rio20/noticia/2012/06/rio20-foi-completa-desilusao-diz-heroi-da-floresta-da-onu.html>>. Acesso em: 24 jun. 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIREDO, Ivanildo. **Políticas públicas e realização dos direitos sociais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

FONSECA, Lucianara Andrade. A importância da democracia, do Estado, do indivíduo e da proteção internacional na concretização dos direitos humanos na América Latina. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de. (Coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

_____. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, 2010. Disponível em <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/.../1969>>. Acesso em jul.2012

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. e atual. até a EC n. 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. (Coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **A tutela coletiva como pressuposto conformador do Estado democrático de direito brasileiro**. 2011. 350 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

RIO + 20. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, jun. 2012. Ambiente. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/especial/2012/rio20>>. Acesso em: jun. 2012.

SÃO PAULO. (Estado). **Tribunal de Justiça**: consulta de processos: jurisprudência. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 3 abr. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: _____.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Roberto B. Dias. **Direito constitucional - temas atuais: homenagem à professora Ieda Pereira Mota**. São Paulo: Método, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.