

A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL EM CONFRONTO COM A RESERVA DO POSSÍVEL

Franciele Letícia Kühl¹

RESUMO

A teoria da reserva do possível é um fenômeno em nosso ordenamento jurídico, e resta demonstrado, dentro de outros aspectos, que a utilização de tal princípio serve para justificar a omissão governamental nas prestações jurisdicionais e de segurança do mínimo existencial. A Constituição Federal de 1988 tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e dentro desta seara está uma série de direitos fundamentais que visam assegurar uma vida digna. Dentro do princípio da dignidade humana está implícito o direito ao mínimo existencial, pois sem o mínimo não é possível assegurar uma existência digna. Há uma grande vinculação do orçamento público à concretização dos direitos fundamentais sociais, contudo, a demanda é infinita, mas a receita possui limitações, portanto, por vezes o Estado não consegue ou se omite às prestações estatais positivas. Este artigo tem como problema de pesquisa investigar como o poder judiciário tem se manifestado referente a interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo e Executivo para garantir o mínimo existencial. Para tanto, aborda-se o princípio do mínimo existencial, seu fundamento no direito brasileiro, bem como, algumas concepções doutrinárias relevantes sobre o tema. Verifica-se como a omissão à concretização de direitos fundamentais que garantem o mínimo existencial tem sido tratada pelo Judiciário, a partir de alguns exemplos de julgados do Superior Tribunal de Justiça. O método de abordagem da pesquisa adotado é o dedutivo, caracterizando-se por ser um estudo descritivo e também explicativo. As técnicas de pesquisa foram a bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Mínimo existencial. Reserva do possível.

ABSTRACT

The theory of the reserve of the possible is a phenomenon in our legal system, and its remains demonstrated, between other aspects, that the use of such principle serves to justify the governmental omission of the jurisdictional and security benefits of the existential minimum. The Federal Constitution of 1988 is based on the principle of the dignity of the human person and within this area is a series of fundamental rights that vision to ensure a dignified life. Within the principle of the human dignity is implied the right to the existential minimum, because without the minimum is impossible to ensure a dignified existence. There's a great linkage of the public budget to the realization of fundamental social rights, however, the demand is infinite, but the income has limitations, therefore, sometimes the State can't or simply omits to the positive state benefits. This article has as research problem the aim to investigate how the judiciary has manifest itself regarding the interference of the Judiciary Power in the Legislative and Executive Powers to guarantee the existential minimum. In order to do so, it will address the principle of existential minimum, its foundation on Brazilian's law, as well as some doctrinal conceptions relevant to the subject. It will be verified how the omission to the realization of the fundamental rights that guarantee the existential minimum has been treated by the Judiciary, based on some examples of judgements of the Superior Court of Justice. The adopted method of approach of the research is the deductive one, being characterized as being a descriptive and also explanatory study. The research techniques were bibliographical and documentary.

Key words: Fundamental Rights. Human dignity. Minimum Existencial. Reservation of the Possible. Federal Court of Justice.

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul, na linha de Políticas Públicas de Inclusão Social; Integrante do Grupo de Estudos de Direitos Humanos da Criança, Adolescente e Jovem, coordenado pelo professor Dr. André Viana Custódio; Professora no curso de Direito da Faculdade Dom Alberto; e-mail: kuhlfranciele@gmail.com;

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal traz um extenso rol de direitos sociais que objetivam garantir condições mínimas de uma existência digna ao cidadão. Dentre esses direitos estão o direito à saúde, educação, moradia, acesso à justiça, alimentação, tais direito visam garantir o mínimo ao bem-estar.

Os direitos sociais exigem uma prestação positiva do Estado, o qual tem o dever constitucional de aplicar verbas orçamentárias para a concretização desses direitos, pois, caso não o faça, estará lesionando ou ameaçando direitos básicos do cidadão, direitos que o próprio legislador constituinte fez constar na Constituição Federal de 1988.

Eis o propósito deste estudo, verificar a atuação do Poder Judiciário quando o Legislativo e Executivo violam a garantia do mínimo existencial. O direito ao mínimo existencial tem sido matéria cada vez mais discutida no âmbito acadêmico e jurisdicional, em todos os planos e instâncias, contudo, dando ênfase nesta pesquisa ao Supremo Tribunal Federal, que ao longo dos últimos anos vem reiteradamente recorrido à noção de mínimo existencial, especialmente quando o Legislativo e Executivo são omissos nas garantias aos direitos básicos dos cidadãos, alegando, o princípio da reserva do possível como desculpa para legitimar a sua falta de atuação.

A garantia ao mínimo existencial tem sido utilizada pelo Poder judiciário para garantir políticas públicas na base dos direitos sociais, legitimando a intervenção judicial na esfera do Poder Legislativo e Executivo causando algumas discussões referente a violação direta ao princípio da separação dos poderes e o fato da ausência de recursos públicos orçamentários suficientes para abarcar decisões que fogem da previsão orçamentária.

Num primeiro momento, será estudada a conceituação doutrinária do mínimo existencial para uma vida digna, os fundamentos para que esse direito seja efetivado, visto que não está expressamente descrito na Constituição Federal. Deve-se ligar a ideia de liberdade, igualdade, direitos não fundamentais como a saúde, educação, alimentação, devendo envolver aspectos mais de qualidade, que são subjetivos e podem mudar de acordo com cada região, cultura e situação econômica do Estado.

Em seguida, será abordada a teoria da reserva do possível que corriqueiramente vem sendo discutida juntamente com a teoria do mínimo existencial nas demandas judiciais, onde a efetivação dos direitos sociais é debatida. Para tanto, foram escolhidos alguns julgados da Suprema Corte onde se discutia a intervenção do Judiciário e a ausência de previsão orçamentária.

O método de abordagem da pesquisa adotado é o dedutivo, caracterizando-se por ser um estudo descritivo e também explicativo. As técnicas de pesquisa foram a bibliográfica e documental.

1 A concretização dos direitos fundamentais através de um mínimo existencial

Não é qualquer direito que se pode chamar de mínimo existencial. O mínimo existencial está vinculado à toda necessidade básica que o ser humano possui para viver dignamente, portanto possui ligação ao princípio da dignidade da pessoa humana, positivado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, também está ligado aos direitos de 2ª dimensão, segundo artigo 6º, da Constituição Federal, a saúde, alimentação, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, etc., os quais devem ser assegurados pelo Estado, que mediante o recolhimento de tributos teria orçamento para suprir tais necessidades.

A teoria do mínimo existencial é um subsistema da teoria dos direitos fundamentais e busca respaldar as lutas sociais contra a exclusão social e a miséria, bem como, busca amparar os pleitos processuais em face do poder público e elementos para fundamentação das decisões judiciais e das escolhas políticas.

Frise-se que não se atém a profundidades filosóficas, pois se preocupa com aspectos práticos, sem descuidar das limitações políticas e orçamentárias que, corriqueiramente, afastam as teorias do plano social concreto, tornando-as verdadeiros dogmas utópicos (OLIVEIRA, 2012, p. 15).

Segundo Torres (2009), o mínimo existencial não possui dicção própria na constituição, deve-se ligar a ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, de devido processo legal e da livre iniciativa, nos direitos humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.

Abrange qualquer tipo de direito, até não-fundamental, como direito à saúde e alimentação, pois não é possível determinar precisamente o que é o mínimo existencial, tratando-se de uma incógnita variável, que aparece implicitamente em diversos postulados constitucionais.

Para Silva, “não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura, pois a liberdade humana com frequência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade” (1998, p.93).

O direito ao mínimo existencial tem aparecido com mais frequência nas declarações internacionais dos direitos humanos, no quais proclama que “toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários” (TORRES, 2005, p. 171).

A 'Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento', aprovada pela Resolução 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, reconheceu 'que o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes'; e declarou, no art. 1º: “o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados’ (TORRES, 2005, p. 172).

O conceito mais próximo para os direitos humanos de mínimo existencial é o de “desenvolvimento humano”, onde a essência é de que “cada um possa ter igual acesso às oportunidades de desenvolvimento – agora e no futuro” (TORRES, 2005, p. 173). E neste contexto está a importância do mínimo existencial, “porque postula as despesas orçamentárias obrigatórias para a garantia do *status positivus libertatis*” (TORRES, 2005, p. 173).

Vários direitos subjetivos podem ser considerados como mínimos para existência, principalmente quando vinculados à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, e o Estado possui o dever de proteger ativamente a vida humana. Negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para a manutenção da existência pode significar a morte. Estas prestações indispensáveis à promoção, proteção e fruição de uma vida digna podem variar de acordo com as circunstâncias,

considerando fatores climáticos, culturais e econômicos (SARLET, 2008, p. 371-372).

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo (TORRES, 2009, p. 70).

Assim, embora não haja unanimidade acerca do conteúdo do mínimo existencial, reconhece-se a existência de um núcleo de direitos sociais relacionados à preservação de condições mínimas necessárias à dignidade da pessoa humana (BEDIN, 2009):

No Brasil, mesmo não havendo uma previsão taxativa no texto constitucional de um direito/garantia a um mínimo existencial (pelo menos não na condição de direito fundamental), pode-se referir que o amplo rol de direitos sociais a prestações por parte do Estado brasileiro, reforça os lastros de um direito ao mínimo existencial, e, até mesmo, impõem um dever de viabilização de uma sociedade de bem-estar (SARLET, 2015, p. 223).

A realização do princípio do mínimo existencial no campo tributário pode se dar através da prestação negativa do estado ou, então, da prestação positiva.

O *status negativus* decorre das próprias normas constitucionais. O *status positivus*, no que concerne às prestações jurisdicionais e de segurança no mínimo existencial, bem como às prestações positivas de bens e serviços não fica à mercê de regulamentação do sistema legislativo infraconstitucional, pois se vincula à própria organização estatal, sendo as despesas respectivas cobertas com a arrecadação dos impostos, tributos de natureza não-contraprestacional (TORRES, 2005, p. 205-206).

Tanto os direitos sociais, econômicos e fundamentais estão despojados do *status negativus*, pois não geram por si só a pretensão positiva do Estado, carecendo de eficácia *erga omnes* e se subordinam à ideia de justiça social. Embora diferentes, exibem características complementares (TORRES, 2005, p. 183-185).

“O mínimo existencial é o direito subjetivo protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais” (TORRES, 2005, p. 187).

No que se refere ao *status negativus libertatis* verificam-se as imunidades tributárias, tais como a da cesta básica no que tange ao ICMS e ao IPI; do mínimo existencial familiar, quanto ao IR; da moradia quanto ao IPTU;

quanto à gratuidade para o acesso à justiça na defesa de seus direitos; de imunidade tributária para as instituições assistenciais; do ITR para as pequenas glebas rurais; de proteção à saúde no SUS – Sistema Único de Saúde (com críticas em face de sua universalização, pois extrapola o mínimo existencial ao permitir seu uso inclusive pelos economicamente abastados); à educação através dos sistemas de ensino públicos e gratuitos (com novas críticas à universalidade, pois a gratuidade atinge também aos ricos) (SCAFF, 2006, p. 33).

O *status negativus* se afirma através das imunidades fiscais, apesar dela ser paradoxal, pois protege tanto o pobre quanto o rico, dentro dos limites mínimos necessários à garantia da dignidade humana (TORRES, 2005, p.179).

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2010,apud CORDEIRO, 2012,p.87) .

“A capacidade contributiva começa além do mínimo necessário à existência humana digna e termina aquém do limite destruidor da propriedade” (TORRES, 2005, p. 186). Significa dizer que o mínimo existencial é a não-capacidade contributiva, que é a face negativa do princípio.

“O mínimo existencial, além dos *status negativus* garantidos pelas imunidades tributárias, exhibe *status positivus libertatis e socialis*, que é a face carecedora de prestações positivas gerais e igualitárias do Estado, que podem desafiar a reserva do possível” (TORRES, 2005, p. 203), como a polícia, forças armadas, diplomacia (são garantias institucionais), saúde, educação, assistência social, moradia (que são direitos fundamentais).

O *status positivus libertatis* pode ser garantido pela entrega de prestações de serviço público ou “através de subvenções e auxílios financeiros de entidades filantrópicas e educacionais, públicas ou privadas, que muitas vezes se compensam com as imunidades tributárias” (SCAFF, 2006, p. 33) e a entrega de bens públicos em casos de calamidade pública ou em programas de assistência social, é a possibilidade de permitir ao homem alcançar o desenvolvimento. Por *status positivus socialis*, segundo Torres, deve-se entender “as prestações estatais entregues para a

proteção dos direitos econômicos e sociais e para a seguridade social” (TORRES, 1989, p. 40, *apud* SCAFF, 2006, p.33-34)

Depende da situação econômica do país e da riqueza nacional, sendo tanto mais abrangente quanto mais rico e menos susceptível a crises seja o Estado, motivo que não tem dimensão originalmente constitucional, sendo objeto da legislação ordinária e da política social e econômica. As prestações positivas para o apoio aos direitos sociais não são obrigatórias, posto que derivam da ideia de justiça; aí está outro aspecto distintivo para o *status positivus libertatis*, que gera a obrigatoriedade da entrega de prestações positivas para a defesa dos direitos fundamentais, constituindo direito público subjetivo do cidadão (TORRES, 1989, p. 41, *apud* SCAFF, 2006, p.33-34).

Assim, o *status positivus socialis* se afirma de acordo com a situação econômica do país, portanto, ligado a reserva do possível, sendo possível sua efetivação de acordo com a disponibilidade orçamentária.

Todavia, em uma sociedade periférica, o homem só pode exercer com plenitude sua liberdade se possuir capacidade, por isso a importância de garantir seus direitos fundamentais sociais, assim, “imperioso garantir o *status* de direito fundamental aos direitos sociais” (SCAFF, 2006, p. 38).

A interpretação do mínimo existencial deve procurar o equilíbrio entre os direitos fundamentais e os econômicos e sociais através da delimitação dos campos. Apenas a reflexão sobre a liberdade e os direitos humanos é que conduz a efetiva garantia do mínimo existencial ao combate à pobreza (TORRES, 2005).

2 Teoria da reserva do possível: respeitar o orçamento público e a separação dos poderes ou garantir direito ao mínimo existencial?

A denominada reserva do possível tem sua teoria de origem alemã, expressão difundida no ano de 1970 (CANOTILHO, 1999), em caso julgado pela Corte Constitucional alemã, num momento em que as universidades não estavam suportando a demanda de ingresso de jovens estudantes no ensino superior, alegando a ausência de vagas para todos. O que se declarava é que tal pretensão passava pelo direito fundamental à liberdade de escolha profissional, que garantia, portanto, o ingresso no ensino universitário, todavia “a decisão recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar uma quantidade suficientes de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos” (KRELL, 2002 *apud*, SCAFF, 2006, p. 38).

Nessa decisão histórica analisava-se uma demanda proposta por estudantes que não tinham sido contemplados com uma vaga em escolas de medicina de Hamburgo e Munique, em virtude da política de limitação do número de vagas em cursos superiores. Ao decidir a questão o tribunal entendeu que o direito à prestação positiva por parte do Estado – nesse caso específico, o aumento do número de vagas nas universidades – encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. Na ocasião, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que garantir vagas a todos os interessados sacrificaria outros serviços públicos em decorrência da onerosidade excessiva e da escassez de recursos, em parte decorrente do período pós-guerra (FONSECA, 2013, p. 49).

“A efetividade dos direitos sociais às prestações materiais estaria sobre reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos” (SARLET, 2008, p. 23). A partir de então, a reserva do possível passou ser a limitação das prestações materiais pelo judiciário, que dependia da real disponibilidade de recursos financeiros do Estado, conforme o orçamento público, não cabendo ao tribunal “a análise de direitos fundamentais sociais por se tratarem de algo que depende de disponibilidade orçamentária, logo, de uma matéria de interesse público cujo alcance não cabe ao Poder Judiciário, mas apenas ao Legislativo e ao Executivo” (SCAFF, 2006, p 39).

Todavia, deve-se atentar que no direito comparado é importante observar as peculiaridades jurídicas sociológicas de que cada Estado. A Alemanha conseguiu efetivar os direitos sociais de forma satisfatória, universalizou o acesso aos serviços mais básicos, permitindo um desenvolvimento humano de sua população muito mais alto que do Brasil. Os alemães já dispõem um mínimo de prestação estatal capaz de garantir o mínimo à uma existência digna e por tal motivo é que o seu habitante não pode exigir, através do judiciário, prestações supérfluas, pois escaparia do limite razoável, colocando na sociedade o ônus de arcar com a despesa não prevista no orçamento, nestes casos, portanto, aplicar-se-ia o princípio da reserva do possível, de acordo com o voto proferido pelo Ministro Humberto Martins (BRASIL, STJ, 2010), no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.136.249.

Duas das fortes críticas relativa à efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário é de que haveria violação direta ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista que a matéria dependeria de previsão orçamentária e portanto estaria sobre responsabilidade e limites do legislador e do executivo, pois na escolha

das prioridades orçamentária não caberia intervenção do Poder Judiciário, por se tratar de atividade do administrador, tanto no momento de elaborar as leis orçamentárias, quanto no momento de execução (MÂNICA, 2008), bem como, no fato da ausência de recursos públicos orçamentário suficientes para a concretização de direitos sociais.

O judiciário não pode interferir diretamente na seara orçamentária, pois cabe ao Legislativo ou ao Executivo as providências no sentido da abertura de créditos adicionais para garantias relativas ao mínimo existencial, mas “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos economicos e financeiros, das condições sociais e economicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, economicos e culturais” (CANOTILHO, 1982, p. 369).

No Brasil a interpretação sobre a teoria da reserva do possível vem se fundamentando na afirmação de que as necessidades humanas são infinitas e não há recursos financeiros suficientes para atendê-las. Dessa forma, em diversas demandas em que o cidadão exige a efetivação do mínimo existencial, o ente estatal afirma que possui limitações de ordem econômica e, portanto, não é possível conceder o pedido:

Diante dessa controvérsia entre a necessidade do Estado garantir condições dignas de vida ao cidadão e a alegação de escassez de recursos públicos, surge o questionamento: seria possível a não concretização desses direitos com fundamento na alegação de inexistência de recurso financeiro para tanto, face ao alto custo para concretização dos direitos sociais? Seria possível ao Estado negar a concretização de direitos tão básicos, essenciais ao ser humano sob alegação de inexistência de recursos? Não seria o problema gerado pela má alocação desses mesmos recursos? (FONSECA, 2013, p. 49).

A crise de efetividade dos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente ligada com a carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Quanto menos a disponibilidade de recursos, maior a responsabilidade da deliberação a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento da administração das políticas públicas em geral, seja na esfera administrativa, como na atuação do legislador (LEAL, 2006).

“A discussão entre garantia de um mínimo existencial face à reserva do possível está ligada à realização da dignidade humana e às restrições orçamentárias do poder público” (FONSECA, 2013, p. 49), mas quando o Estado por si só não

garante o mínimo à existência do indivíduo, poderia o Poder Judiciário tapar os olhos e ignorar a tutela jurisdicional pleiteada? No entendimento de Sarlet, o Poder Judiciário assume caráter emergencial de uma crescente conscientização de que:

[...] não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas que, ao fazê-lo, haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo a determinada prestação social, ou mesmo quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida estatal com base na alegação de uma violação de direitos sociais, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes (SARLET, 2008, p. 27).

Ainda que a limitação exista, a Constituição Federal de 1988 promove o bem-estar do homem, devendo assegurar as condições de dignidade, que inclui a proteção dos direitos individuais e as condições materiais mínimas de existência, assim é possível o magistrado se posicionar pela efetivação de direitos básicos como instrumento para a concretização da dignidade da pessoa humana, ainda que impodo ao ente público a obrigação de efetivar direitos sociais, através de uma decisão, independente da alegação de escassez de recursos ou de ausência de previsão orçamentária.

As políticas públicas referem-se “a providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governos” (OLIVEIRA, 2006, p. 251). São programas de ação governamental que visam a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI, 2006, p. 241). Assim, segundo Torres (2000, p. 110)

O relacionamento entre as políticas públicas e orçamento é dialético: o orçamento prevê e autoriza as despesas para implementação das políticas públicas; mas estas ficam limitadas pelas possibilidades financeiras e por valores e princípios como o do equilíbrio orçamentário.

A partir do momento que por algum motivo o órgão administrativo é omissos quanto a direitos fundamentais, principalmente aqueles ligados ao mínimo existencial, cabe ao poder Judiciário garantir a integridade e a eficácia da própria Constituição Federal. Ainda que tenha que implementar políticas públicas, como podemos ver no voto do Ministro Celso de Mello em Recurso de Agravo n. 745.745:

Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame (BRASIL, STF, 2014).

A discussão tratava-se sobre a essencialidade do direito à saúde, quando o município injustamente foi omissa no adimplemento de políticas públicas, legitimando o Poder Judiciário tomar providenciais para destinar, concretamente, o acesso e gozo dos direitos afetados pela inexecução governamental. No voto, o Ministro Celso de Mello, referiu que se não agisse de tal forma estariam “comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público” (BRASIL, STF, 2014).

Interessante apontar que não ignorou o fato do ente estatal depender de um vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado e que havendo impossibilidade econômico-financeira não se poderia exigir imediata efetivação da decisão, entretanto, acrescentou que:

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (BRASIL, STF, 2014).

Portanto, a teoria da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado “com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais” (BRASIL, STF, 2014).

Nos mesmos moldes da decisão mencionada, fez referência ao RE n. 393.175², ADI 1.484-DF³ e ADPF 45/DF, no qual o Ministro Celso de Mello também foi relator, destacando:

² “A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. – o caráter programático da regra inscrita no art. 196 da carta política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode convertê-la em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, **quando configurada** hipótese de abusividade governamental. **Dimensão política** da jurisdição constitucional **atribuída** ao supremo tribunal federal. **Inoponibilidade** do arbítrio estatal à **efetivação** dos direitos sociais, econômicos e culturais. **Caráter relativo** da liberdade de conformação do legislador. **Considerações** em torno da cláusula da **'reserva do possível'**. **Necessidade de preservação**, em favor dos indivíduos, **da integridade e da intangibilidade** do núcleo consubstanciado do **'mínimo existencial'**. **Viabilidade instrumental** da arguição de descumprimento **no processo de concretização** das liberdades positivas (direitos constitucionais de **segunda** geração) (BRASIL, STF, 2004) (grifo original).

Foi, portanto, sob fundamento de que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com os direitos básicos e fundamentais do cidadão e a incapacidade de gerir os recursos públicos na implementação da programação orçamentária do enorme significado social que se reveste a saúde, direito violado no caso em tela, não é motivo para afastar o dever de cumprimento de garantir direitos fundamentais ao mínimo existencial, que é o direito à saúde e o direito à vida.

CONCLUSÃO

Diante das constantes violações aos direitos sociais e da corriqueira omissão dos Poderes Executivos e Legislativo em garantir condições mínimas, básicas e dignas, deve o Judiciário, quando provocado pelo cidadão com direitos violados, interferir e efetivar políticas públicas, prevalecendo, assim, o mínimo existencial sobre a reserva do possível, ao qual não pode ser aplicada, conforme direito comparado (Direito alemão), uma vez que não há condições mínimas garantidas pelo Estado como se pode verificar na Alemanha, país de primeiro mundo, diferente do Brasil, que por má gestão e desvio de conduta não possui dinheiro, em tese, para concretizar direitos fundamentais previstos na Constituição.

A carência de recursos disponíveis para o atendimento e efetividade dos direitos fundamentais está ligada, sem sombra de dúvidas, à administração dos

maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (BRASIL, STF, 2006)

³ “Descumprimento de imposição constitucional legiferante e desvalorização funcional da constituição escrita. – O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatário – infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional” (BRASIL, STF, 2001).

recursos, seja pelo legislativo como pelo executivo, que na falta de deliberação sobre sua destinação e também por todos os desvios e corrupções existentes, torna-se impossível a efetivação e garantia do mínimo existencial para todos os cidadãos brasileiros.

Assim, a efetivação de políticas públicas pelo Judiciário passa a ser uma exceção a regra, pois o Estado não pode se utilizar de uma teoria importada de um país que possui uma realidade totalmente diferente, para legitimar sua omissão quanto suas obrigações.

O ativismo judicial faz-se necessário a medida em que um fim deve ser alcançado em um meio político no qual os interesses da sociedade devem prevalecer, contudo, nem sempre são respeitados e garantidos pelos seus representantes. Desta forma, o Judiciário não está intervindo na separação de poderes, pois é sua função de garantir a justiça quando direitos são violados, como valores fundamentais da igualdade, liberdade, cidadania, bem-estar, saúde, justiça social, educação, alimentação, principalmente quando se tratam de direitos garantidos pela constituição e que o próprio legislador constituinte, que as elaborou, é quem as viola.

Diante de tal realidade, as manifestações sociais são legítimas, assim como a atuação jurisdicional, que busca a eficácia máxima aos direitos sociais, o qual busca a ponderação entre o uso da teoria da reserva do possível e a aplicação imediata dos direitos fundamentais, objetivando a preservação de condições mínima à existência humana.

REFERÊNCIAS

BEDIN, Debóra Cristina Roldão. **A efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário e a reserva do possível**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 4, n.2, p. 12-28, maio/ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial improvido n. 1.136.549/RS. Rel. Ministro Humberto Martins. Julgado em 21 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Agravo n. 745.745. Rel. Ministro Celso de Mello. Julgado em 02 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 1.484/DF. Rel. Ministro Celso de Mello. Julgado em 21 ago. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n393.175-0/RS. Rel. Ministro Celso de Mello. Julgado em 12 dez. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF n. 45. Rel. Ministro Celso de Mello. Julgado em 29 de abr. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1999.

_____, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra 1982.

CORDEIRO, Karina da Silva. **Direitos fundamentais sociais**: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FONSECA, Claudia de Oliveira. A concretização dos direitos sociais: o mínimo existencial e a reserva do possível em face do princípio da dignidade da pessoa humana. *In: Cadernos de Ciência Sociais Aplicadas*, 2013, n. 14 (especial), p. 39-58. Vitória da Conquista.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *In: Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**: Novos Paradigmas, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Caio Ramon Guimarães de. Teoria do mínimo existencial como fundamento do estado democrático de direito – Um diálogo na busca de uma existência digna. *In: Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 14, n. 2, p. 11-32, jul./dez. 2012.*

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro. *In: Revista de Direito e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 16, n.1, p.217-248, jan/jun. 2015

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *In: Argumentum, Revista de Direito Universidade de Marília*, v. 06, Marília: UNIMAR, 2006.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 212, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 91.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Volume III. Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. O Orçamento na Constituição. 2. ed. 5.v. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.