XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

MARIA APARECIDA ALKIMIN

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

B615
Biodireito e direitos dos animais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho, Maria Aparecida Alkimin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-286-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Biodireito. 3. Direito dos animais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

Apresentação

Este volume se inicia com o artigo denominado EVOLUÇÃO DAS NANOTECNOLOGIAS E A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DA BIOÉTICA COMO GARANTIA DE RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA, de Daniele Weber da Silva (E-mail: weber.daniele@yahoo.com.br), mestranda da UNISINOS/RS, que face à incerteza científica sobre os efeitos da nanotecnologia sobre a saúde humana o meio ambiente, propõe, a partir dos princípios da precaução e da responsabilidade de Hans Jonas, a proteção do bem-estar humano e o respeito à dignidade da pessoa humana.

A professora Doutora Maria Aparecida Alkmin (E-mail: maalkmin@terra.com.br) coordenadora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo, em coautoria com o professor Doutor Lino Rampazzo (E-mail: lino.rampazzo@uol.com.br), em DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE (TESTAMENTO VITAL): IMPLICAÇÕES ÉTICAS E JURÍDICAS DIANTE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, analisa as diretivas antecipadas de vontade (testamento vital) à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e dos princípios da bioética, invocando os aspectos éticos disciplinados pelo Código de Ética Médica, envolvendo a Constituição Federal, o Código Civil, o Código de Ética Médica e a Resolução1995/2012 (CFM).

O artigo O DIREITO À MORTE DE PACIENTES ONCOLÓGICOS TERMINAIS, de Isadora Orbage de Brito Taquary, mestranda da UNICEUB/DF, analisa a processos de resiliência e o stress enfrentado pelos familiares dos pacientes terminais para ressaltar a autonomia de vontade do paciente em seu direito à uma morte digna.

Alexandra Clara Ferreira Faria, professora Doutora da PUC/MG, no artigo A DISPOSIÇÃO DO CORPO PARA PESQUISA CLÍNICA NO BRASIL – ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 200/2015 QUANTO AO MATERIAL BIOLÓGICO HUMANO, analisa a impossibilidade de patenteamento das amostras biológicas utilizadas em pesquisas clínicas, uma vez que o material genético é um direito personalíssimo e indisponível.

Em seguida, o professor Doutor Tagore Trajano de Almeida Silva, do programa de Pós-Graduação da Universidade Tiradentes/SE, juntamente com o mestrando Renato Carlos Cruz Meneses, apresenta o artigo O ESPECISMO COMO ARGUMENTO FILOSÓFICO DA NÃO ACEITAÇÃO DO ANIMAL COMO SUJEITO DE DIREITOS, que propõe a

desconstrução do paradigma utilitarista - que concebe os animais e a natureza como simples objeto destituído de dignidade - para considerá-los como sujeitos de direito.

Caroline Silva Leandrini, mestranda do Programa de Pós-Graduação da UNIMAR/ Maringá /PR, que no artigo DO BEM-ESTAR DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS: RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA PLURIESPÉCIE E A GUARDA, analisa as possibilidade de garantir direitos aos animais domésticos em famílias pluriespécies onde ocorrem rupturas conjugais.

Em seguida, Luciana Ventura e Rubismark Saraiva Martins, mestrandos da UNICEUB/DF, em O NÃO ACOLHIMENTO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DECORRENTES DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE E PROTEÇÃO ANIMAL, examinam os limites da aplicação da reserva do possível para negar a implementação de políticas públicas ambientais e de proteção animal.

O professor Doutor Heron José de Santana Gordilho, coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, juntamente com o professor Francisco José Garcia Figueiredo, da Universidade Federal da Paraíba, apresentam o artigo A VAQUEJADA À LUZ DA ORDEM CONSTITUCIONAL, que analisa a prática da vaquejada a partir da ponderação do conflito entre os direitos fundamentais do meio ambiente e da livre manifestação cultural.

Fernanda Luiza Fontoura Medeiros professora Doutora da UNILASALLE/RS, juntamente com o mestrando Cássio Cibelli Rosa, apresentam o artigo A DIGNIDADE DA VIDA E A VEDAÇÃO DE CRUELDADE, que analisa o princípio da dignidade humana a partir da vedação constitucional de práticas cruéis contra os animais.

Em seguida, professoras doutoras Ana Stela Vieira Mendes Câmara e Gabrielle Bezerra Sales, da Faculdade de Direito do Centro Universitário Christus/CE, em OS LIMITES DA AUTONOMIA EXISTENCIAL E OS DEVERES JURÍDICOS FUNDAMENTAIS DE PRESERVAÇÃO DA VIDA DE PESSOAS INCONSCIENTES, analisa a razoabilidade dos parâmetros que estabelecem limitações à autonomia individual tendo em vista a preservação da vida de pessoas em estado vegetativo persistente e a necessidade de heteronomia para a proteção de seus direitos.

A professora Doutora Janaína Reckziegel do PPGD da UNOESC, juntamente com a mestranda Fernanda Tofolo, em A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PESQUISAS

GENÉTICAS EM SERES HUMANOS E SUA CONSTANTE LUTA COM A DIGNIDADE HUMANA, analisa a dignidade humana como elemento fundamental no estabelecimento de limites éticos para a realização de pesquisas genéticas com seres humanos.

Vivian Martins Sgarbi, mestranda em Direito pela Universidade Estadual de Londrina/PR, apresenta o artigo O USO DA FOSFOETALAMINA SINTÉTICA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO BIODIREITO, que investiga, à luz dos princípios do biodireito, a legitimidade da Lei n. 13269/2016, que autoriza o uso da fosfoetalamina sintética por pacientes portadores de neoplasia maligna

Vivian do Carmo Bellezzia, mestranda da Faculdade de Direito da Universidade Dom Helder, em ORIGENS DA BIOÉTICA, investiga a origem histórica e científica da Bioética, ressaltando o seu marco histórico.

Beatriz de Lima Fernandes Gottardo, mestranda pela UNIPE, em seu artigo A EUTANÁSIA COMO LIBERDADE INDIVIDUAL, faz um estudo comparado da eutanásia nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã, mestranda em Direito pela UNIVEM, no artigo A PROTEÇAO JURÍDICA DO EMBRIÃO IN VITRO E O DIREITO À SAÚDE DOS PORTADORES DE ANOMALIAS, analisa a proteção jurídica dos embriões in vitro e o papel do Estado na regulação da utilização de embriões excedentes para a efetivação do direito à saúde através de meios políticos fraternos.

Tatiane Albuquerque de Oliveira Ferreira, mestranda em Direito pela FUMEC, em A POLÊMICA ANÁLISE SOBRE A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO E OS DIREITOS DAS MULHERES NO ESTADO BRASILEIRO, faz um estudo sistemático sobre a legalização do aborto à luz da doutrina nacional e internacional.

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA

Profa. Dra. Maria Aparecida Alkmin - UNISAL

O NÃO ACOLHIMENTO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DECORRENTES DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE E PROTEÇÃO ANIMAL

THE NON-ADMITTANCE OF THE PRINCIPLE OF POSSIBLE RESERVE FOR THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES DUE TO THE PRINCIPLES OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE ENVIRONMENT AND ANIMAL PROTECTION

Luciana Ventura [1]
Rubismark Saraiva Martins [2]

Resumo

A administração pública é desidiosa na proteção ao meio ambiente quando se trata de animais abandonados. Intervindo o judiciário para obriga-la a cumprir a Constituição Federal (proteção ao meio ambiente e proibição de crueldade às espécies), visualiza-se a defesa do ente público na tese da reserva do possível. Considerando duas decisões judiciais que determinaram o Município de São Sebastião do Caí/RS a implementar políticas públicas para proteção animal (visto que a população arcava com a obrigação do ente público), apresentamos que a separação de poderes e a não interferência do judiciário não são matérias absolutas no campo do direito.

Palavras-chave: Reserva do possível, Políticas públicas, Meio ambiente, Proteção animal, Princípios constitucionais, Direito dos animais

Abstract/Resumen/Résumé

The public administration is negligence on environmental protection when it comes to abandoned animal. Intervinig the court to compel to comply the Federal Constitution (protection of the environment and prohibition of cruelty to the species) appears the defense of the public entity with thesis at reserve of possible. Based on two court decisions that determined the Municipality of São Sebastião do Caí/RS to implement public policies for animal protection (seeing that population was shouldering with obligation from public entity), we bring the separation of powers and non-interference of the judiciary are not absolute materials in the field of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Reserve of possible, Public policy, Environment, Animal protection, Constitutional principles, animals rights

---

[1] Mestranda em Políticas Públicas pela UniCeub/DF, pós graduada em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ, graduada em Direito pela Universidade Braz Cubas/SP.

[2] Mestrando em Direito, Políticas Públicas pelo UniCEUB, pós graduado em Direito Público, Constitucional, Administrativo e Tributário pelo ITOP/TO, graduado em Direito pela FIESC/FECOLINAS TO. Defensor Público.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar e demonstrar que o princípio da reserva do possível nem sempre é acolhido pelos Tribunais Brasileiros em absoluto para acolher o princípio da discricionariedade comumente alegado nas defesas judiciais por parte do ente público, da administração pública, quando se trata do cumprimento de dispositivos constitucionais que garantem direitos não somente à pessoa humana, mas também na preservação da fauna brasileira e dos animais domesticados.

A garantia da efetivação de direitos constitucionais também é respaldada pelo princípio do mínimo existencial que comumente é confrontado pela reserva do possível.

O dever constitucional de proteção à fauna e a flora não pode ser eternamente subjugado pela administração pública com base de que se trata de um direito menor frente aos direitos fundamentais que garantem a dignidade humana. Ainda porque no caso da proteção animal, e mais especificamente no caso apresentado de animais abandonados ou maltratados, ainda há que se falar que o resgate destes das vias públicas também se torna matéria de saúde pública visto que deixam de serem potenciais vítimas de doenças e consequentemente transmissores delas para os humanos.

Assim, quando se fala da obrigatoriedade do cumprimento dos dispositivos constitucionais que garantem a proteção animal, via de regra, também se aplica de forma preventiva o controle de zoonoses de determinada região, impactando diretamente na saúde pública, e o que num primeiro momento pode parecer um acréscimo financeiro ao erário público bem da verdade é o planejamento preventivo de gastos adicionais com a saúde pública decorrente de tratamentos médicos com doenças oriundas de animais.

O intuito não é de realizar nova análise e apresentação de definições para a reserva do possível ou do mínimo existencial, ainda que sejam encontradas algumas considerações sobre tais princípios, mas sim, de gerar a indagação no leitor quanto o cumprimento de dispositivo constitucional que não é letra morta ou mera conjectura dentro da Carta Magna.

Assim, com base em utilização de bibliografias diversas e algumas decisões oriundas do judiciário brasileiro que desconsideraram a tese da reserva do possível para a aplicação de dispositivos constitucionais que garantem a proteção dos animais, concentramos o presente estudo numa análise dedutiva.

2. A RESERVA DO POSSÍVEL

A teoria da reserva do possível é baseada no pensamento de que na Roma antiga iniciou um raciocínio ocidental de que o cumprimento obrigatório de algo impossível não poderia ser cobrado. Diante disso, a escassez de verbas orçamentárias não são objeto de menor importância visto que sempre serão a base para a fundamentação da reserva do possível.

Contudo, constata-se que na realidade factual a reserva do possível é discussão interligada obrigatoriamente a insuficiência de recursos. A reserva do possível traduz-se como que significasse ausência de igualdade. A insuficiência de bens se traduz por aqueles que não poderão ser utilizados igualmente por todos cidadãos que deles necessitem, assim sendo, sua distribuição deve ser pautada em normas que garantam uma igualdade de direito aos mesmos assim como também ser observada a impossibilidade de utilização igualitária.

O que se verifica na atualidade é que quando a administração pública se veste do argumento da reserva do possível, o que se esconde por detrás da escassez de verbas é bem da verdade o resultado da decisão do gestor. Na insuficiência de orçamento para atendimento dos anseios da população o administrador público tem por obrigação decidir as prioridades de investimento o que sempre deixará alguma área sem atendimento e desenvolvimento dentro da gestão pública.

Todavia, muitas vezes o que se observa é a alegação da ausência de erário público para atendimento dos direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal Brasileira, mas contraditoriamente constatação da aplicação de verba pública para festas, propagandas, campeonatos esportivos em detrimento da aplicação na saúde, na educação e no meio ambiente.

Mas é possível dizer que um direito seja superior ao outro? O incentivo a prática esportiva, à cultura e lazer, também não são direitos constitucionalmente garantidos?

Via de regra, o que se espera do administrador público é que num prazo razoável, todos direitos constitucionais sejam atendidos, mesmo que numa proporção mínima para aqueles que possuam um pseudo interesse "menor". Afinal, o texto constitucional não pode ser considerado letra morta e em algum momento a administração deverá atende-lo sem escusas.

Um membro da federação até pode, hipoteticamente, deixar de investir no esporte e lazer por um determinado período alegando a escassez do erário público, contudo, não poderá fazê-lo *ad aeternum*.

Nesse sentido da argumentação que o gestor público não pode se negar a efetivar os direitos fundamentais alegando a reserva do possível em todas suas omissões. Não compete a ele determinar que certo direito fundamental não seja realizado e seja sempre preterido.

Tão pouco, a pressão popular pode dizer que um direito é maior ou menor do que outro quando estes estão inseridos como garantias constitucionais. A democracia não pode ser

traduzida como uma vontade da maioria, traduzindo-se num princípio da maioria. O princípio do majoritário deve ser visto como um dos meios da efetivação da democracia, contudo, ressaltando que ela se traduz também na efetivação dos direitos fundamentais.

A democracia só será efetivada onde, segundo o Ministro do STJ, Humberto Martins, no julgamento do Recurso Especial nº 1.185.474 – SC – 2ª Turma – Julgado em 20/04/2010, quando:

> Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia. (STJ, *on line*).

Após realização de pesquisa foi constatado que não há unanimidade na doutrina quanto a definição do termo "reserva do possível" tão pouco quanto sua natureza jurídica. Alguns doutrinadores a traduzem como um impedimento para concretização de direitos e outros como uma força externa que restringe a intervenção nas decisões do gestor. (OLSEN, 2006, p. 209).

Na concepção de Flávio Galdino os direitos fundamentais são também respaldados pela reserva do possível, visto que delimita a falta de recursos não como motivo de impedimento à concretização de um direito fundamental, mas sim como uma medida vinculante do direito em si. O autor relata:

> Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluo orçamentário que o permita. (2002, p. 188).

De forma semelhante de argumentação Gustavo Amaral e Danielle Melo, onde entendem que "a escassez faz parte da definição, da delimitação em concreto do próprio direito", e ainda complementam que "a chamada 'reserva do possível' é elemento integrante". (2008, p. 101).

Contudo, há doutrinadores que não coadunam da mesma visão de Gustavo Amaral e Danielle Melo, como ao exemplo de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo que definem a reserva do possível como um tipo de delimitação jurídica e de fato dos direitos fundamentais, sendo que, em determinados momentos, consegue ainda demonstrar um respaldo dos direitos fundamentais. Propício o trecho dos fundamentos destes:

> Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constituiu, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite

> jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. (2008, p. 30).

3. MÍNIMO EXISTENCIAL

Não há como se furtar dos estudos do "mínimo existencial" quando se argumenta a tese da reserva do possível, visto que são princípios que andam interligados. Diante disso a percepção de mínimo existencial é assunto coligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, contido na Carta Magna na tipificação basilar dos princípios Constitucionais em seu Art. 1º, III, e também um dos objetivos da ordem econômica, conforme o Art. 170, *caput*, da CF/88, de modo a significar em amplo aspecto, o mínimo essencial da dignidade da pessoa humana.

O que se constata é que os direitos da sociedade num todo sempre estarão vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, visualizando nitidamente que os diversos direitos (previdência social, educação, moradia, assistência social, saúde entre outros) tem como meta proporcionar à população uma vida digna.

As percepções do mínimo existencial e dignidade da pessoa humana ligam-se a concretização dos direitos sociais como assunto, de modo que são manuseados pelos estudiosos do direito em suas doutrinas como meio de aferição e base de constatação mínima das obrigações a serem desenvolvidas pelo Estado. (SARLET, 2005).

De tal forma, as maiores contradições constatadas acerca do assunto estão sobre a conceituação e bojo do mínimo existencial, do seu vínculo com as diversas interpretações dadas aos direitos sociais assim como de sua forma ampla a resguardar determinado caso em conflito de interesses, principalmente no tocante a reserva do possível, sendo estas, discussões sem pacificação e um único entendimento.

A especificação do que são e como são aplicados esses institutos (reserva do possível e mínimo existencial) é complexa e origina vários apontamentos e delimitações na doutrina.

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo quanto o mínimo existencial:

> (...) o conteúdo do mínimo existencial não se confunde com o "mínimo vital" ou "mínimo de sobrevivência", na medida em que a garantia de sobrevivência física do homem não significa necessariamente a manutenção da vida em condições dignas, com qualidade. Ressaltam que é impossível estabelecer um elenco taxativo dos elementos nucleares do mínimo existencial, o que demanda uma análise à luz das necessidades de cada pessoa e seu núcleo familiar. Contudo, esclarecem que é possível inventariar um conjunto de conquistas já sedimentadas, que serviriam com um roteiro

> ao intérprete e aos órgãos vinculados à concretização do mínimo existencial". (2008, p. 22).

Como comparação, também é colacionado o entendimento de Ricardo Lobo Torres, onde:

> (...) embora não defina um conteúdo específico, afirma que "o problema do mínimo existencial confunde-se com a própria questão da pobreza". Segundo ele, "há que se distinguir entre pobreza absoluta, que deve ser obrigatoriamente combatida pelo Estado, e a pobreza relativa, ligada a causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, que será minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias. (1995, p. 126).

4. DELIMITAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL COM O MÍNIMO EXISTENCIAL

A utilização da reserva do possível, segundo alguns doutrinadores, está limitada quando se depara com os direitos decorrentes do mínimo existencial.

Para o doutrinador Ricardo Lobo Torres (2008) a garantia ao mínimo existencial não se submete à reserva do possível, tanto que em tais garantias se acham na asseguração dos institutos da liberdade, no alicerce da prestação pública principal e na forma de se organizar os órgãos públicos.

Para a doutrinadora Ana Paula de Barcellos (2002) é preciso uma adoção de postura firme na aplicação do mínimo existencial. O mínimo existencial forma uma obra mais especial do princípio da dignidade da pessoa humana, assim, deverá ser utilizada como uma norma, sem possibilidade de dúvidas.

Na concepção da autora, a reserva do possível é plausível de convivência com o mínimo existencial, contudo primeiramente as necessidades oriundas ao mínimo devem ser atendidas, e somente posteriormente ocorrer a argumentação sobre a forma de utilização do erário público restante:

> 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. (BARCELOS, 2002, p. 246).

Segundo Emerson Garcia (2004) a reserva do possível só pode prosperar quanto o mínimo existencial se for provada sua plena ineficácia e aplicabilidade de fato, traduzindo-se em inexistência de recursos, mas cederia frente a simples ausência de previsão orçamentária.

De acordo com essas hipóteses, o mencionado autor reforça que o Poder Judiciário poderia se utilizar de seu poder para determinar a concretização de certos gastos, fundamentado na razoabilidade e reflexão, e deve partir do Poder Executivo deslocar e arrumar despesas para concretizar o objetivo dos direitos. (GARCIA, 2004).

O posicionamento de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo traduz-se no momento em que ao se trabalhar com o mínimo existencial, a reserva do possível deverá não ser utilizada como base para vetar o cumprimento de um direito. Argumentam quanto o mínimo existencial:

> (...) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direitos e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas. (2008, p. 42).

O que se constata é que os doutrinadores em suma demonstram que não possuem menor importância os problemas relacionados à reserva do possível, sendo que aplicado ao caso real, somente será aceita com apresentação de produção de prova que tenha sido submetida ao contraditório, a verdadeira necessidade da necessidade requerida e o real vínculo com o mínimo existencial.

5. ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

A percepção da intervenção do judiciário está coligada a uma atuação maior deste na efetivação dos resultados e anseios constitucionais, onde o resultado acaba sendo finalizado na ingerência de Poderes.

No posicionamento de Luís Roberto Barroso, a atuação ativista também ocorre com a manifestação de diversas condutas, sendo estas:

> a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (2012, p. 28).

Nos estudos da concretização dos direitos sociais a argumentação do assunto é importante, pois é comum um posicionamento ativista dos magistrados com intuito de inserir direitos que não tiveram o foram pelo Judiciário e Executivo. O assunto está coligado, primordialmente, ao controle judicial da gestão pública que elabora as políticas públicas e para a interferência do Judiciário no erário público.

Contudo, o *modus operandi* do Judiciário nessas esferas não está isenta à críticas e relevantes questionamentos são apontados, seja favoráveis ou seja desfavoráveis ao ativismo judicial.

Os doutrinadores que são favoráveis ao ativismo judicial se alicerçaram na necessidade da concretização dos direitos sociais, visto que essas garantias sociais tentam alcançar a diminuição da desigualdade, assegurar a dignidade da pessoa humana e legitimar a prática da liberdade.

O questionamento foi bem trabalhado pela doutrinadora Ana Paula de Barcellos quanto a atuação do judiciário:

> Em oposição ao questionamento acerca da invasão do Judiciário em assunto reservado à deliberação política majoritária, em descompasso com a democracia, a autora levanta três questões. Em primeiro lugar, o exercício de um conjunto básico de direitos fundamentais é indispensável ao funcionamento regular da democracia e ao controle social de políticas públicas, pois, caso contrário, os indivíduos não têm condições de exercer sua liberdade e de participar do processo político, o que dá margem à corrupção, ineficiência e clientelismo na gestão das políticas públicas. Em segundo lugar, a própria Constituição pode ter decidido conferir espaço mais amplo ao direito e maiores condicionamentos jurídicos aos poderes públicos, motivo pelo qual as decisões fundamentadas nas Constituições não podem ser ignoradas. Em terceiro lugar, não existem apenas duas opções radicais – nenhum controle ou controle absoluto das políticas públicas –, mas podem ser adotadas possibilidades intermediárias. (2008, p. 118).

Argumentando sobre o posicionamento filosófico quanto a inexistência de motivos para considerar os magistrados com maior importância ou com maior conhecimento que os gestores públicos, Ana Carolina Barcellos ressalta alguns apontamentos.

Ninguém nega a existência de padrões ou concordâncias morais do que seria correto ou do que seria errado, assim como do que que é bom ou ruim, que são conceitos pelos quais a população quanto sociedade se firma. Dessa forma, um posicionamento individual quanto certo assunto específico pode ser questionado com esses padrões morais e ser sopesada como correta ou errada; assim não está se falando em dar maior peso ao posicionamento do magistrado, mas sim conceder uma análise das posturas políticas decorrente dos entendimentos sociais.

A mesma forma de pensamento se utiliza quando se encontra estudos técnicos e científicos confirmados. O controle das políticas públicas realizado pelo judiciário pode se basear com técnicas jurídicas, morais ou científicas.

No momento que se trata de comportamento político conduzido pela Constituição ou por força de lei, a atuação do judiciário pode ocorrer como própria função do magistrado. Mesmo que o comportamento público não esteja plenamente disposto na lei, proporcionando

ao gestor a escolha, as decisões judiciais podem ser realizadas com base nos valores morais ou em valores técnico-científicos já avaliados e certificados.

Define a supra mencionada doutrinadora que, unicamente quando não houver bases jurídicas, sejam morais ou técnico-científicas acorrerá um posicionamento político, momento em que o Judiciário não poderá atuar, por inexistir fundamentação que socorra e faça prevalecer seu posicionamento. (BARCELOS, 2008).

Segundo Daniela Pinto Holtz Moraes (2010), a forma que é realizado o julgamento de alguns casos denominados como micro justiça (casos individuais) condiciona que os juízes não seriam aptos para avaliar a administração pública como um todo, contudo, isso não seria impedimento para que se efetivasse o controle judicial. O importante é que a administração pública venha oferecer à população, bens e serviços, que já estão garantidos em Lei, se submetendo a um controle do judiciário em caso de não cumprimento do mínimo exigível nesta, atingindo uma coletividade (macro-justiça). Observa que a macro-justiça só existe por causa da efetiva realização das micro-justiças, e se tais bens garantidos em lei não forem concretizados à sociedade, criará uma anti-juricidade no seu conceito.

Em relação ao número de recursos a ser aplicado, conforme a CF/88 há comparações que servem de base normativas para as decisões do judiciário tornando possível o controle judicial.

No que concerne à fiscalização da concretização das metas estipuladas pelo gestor público, o judiciário pode interferir caso tais metas não sejam concretizadas, deixando de cumprir preceitos constitucionais, como ao exemplo da não prestação de contas para a sociedade de sua gestão, operacionando uma gestão mais social do que públicas.

Derradeiramente, quanto à eficiência mínima na utilização do erário, nota-se que, para medir se o gestor melhorou o uso dos recursos, a verificação necessita de informações externas associadas ao mercado, entretanto essas informações podem ser conseguidas pelo magistrado através de um perito, como já é realizado em várias outras questões realizadas pelo Judiciário. Também, caso ocorra uma avaliação que paire dúvidas sobre a eficiência mínima, existe áreas de certeza negativa ou positiva donde estas não restará dúvida se a condução dos trabalhos foi eficiente ou ineficiente, onde o controle judicial, deste modo, não será impedido com a desculpa de insuficiência de informações. (BARCELOS, 2008)

6. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO DE PROTEÇÃO DISPOSTO NO ARTIGO 225, §1º, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

A ordem judicial dessa obrigação pelo Estado, não acaba pseudo ingerência do Poder Judiciário no âmbito da administração. Também, não existe discricionariedade do gestor em relação aos direitos garantidos constitucionalmente. Nessa esfera o trabalho é vinculado sem a aceitação de explicação que tenha o objetivo de afastar o direito constitucional.

Admissão da não suficiência declarada de proteção por parte da administração pública em relação a proteção aos direitos Constitucionais ao meio ambiente e à saúde pública é fato corriqueiro em todos municípios do país, sendo possível, pois, haver o controle judicial como resultado da associação do Poder Judiciário na defesa deste direito fundamental.

O que se aborda neste momento é o total desprezo da administração pública em todo país em reservar parte da dotação orçamentária anual para a preservação do meio ambiente, fauna e flora e a proibição de sujeição dos animais à maus tratos ou situação precária.

A omissão da administração pública na solução de problemas que envolvam animais, sejam de grande ou pequeno porte, se traduz em não cumprimento de preceito constitucional que é amparado nos artigos 23, VI e VII, 30, V, e 225, §1º, VII da Carta Magna.

De tal forma, para melhor visualizar a situação em que a interferência do Judiciário na gestão pública foi em decorrência da omissão desta por não cumprimento de preceito fundamental constitucional, é necessário ilustrar o exemplo contido nos autos do processo nº 0021791-10.2010.8.21.0068 e da Apelação nº 0056622-41.2013.8.21.7000, contendo condenação de um ente público Município de São Sebastião do Caí, no Rio Grande do Sul, em sentença de 1º grau e em recurso em 2º grau, respectivamente.

Pode ser observado que tanto em 1º grau quanto em 2º grau, o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, necessitou intervir para garantir o cumprimento de preceito fundamental constitucional para solucionar a omissão da administração pública em atuar na proteção de defesa de espécies abandonadas (cães, gatos e cavalos) e em situação de perigo, cabendo ao ente público a adoção de medidas urgentes para o controle de reprodução animais domésticos (para os cidadãos de baixa renda), impedindo assim que os animais dessa parcela da população não se reproduzam, assim como, a administração pública no caso em concreto, deveria também construir um "Centro de Acolhida e Tratamento de Animais Domésticos e um Centro de Acolhida e Tratamento de Animais de Tração", para aqueles que se encontrassem em situação de perigo.

Tanto em 1º grau quanto em 2º grau, as decisões determinavam a reserva de dotação orçamentária bastante suficiente para a concretização dos projetos, seja a proteção animal com recolhimento destes das ruas, seja pela castração destes.

Com o caso em questão, pode ser verificada e analisada a interferência do Judiciário no âmbito discricionário da administração, sem contudo que se fale em invasão de poderes mas sim de obrigação de cumprimento constitucional, visto que, o recolhimento de tais animais da rua interfere também diretamente na saúde pública, visto que tal medida diminuiu a possibilidade de transmissão de doenças à população.

A sentença de 1º grau, oriunda da Ação Civil Pública, movida pelo Ministério Público Estadual, nos autos nº 0021791-10.2010.8.21.0068.da 1ª Vara judicial da Comarca de São Sebastião do Caí, tendo decisão prolatada pela Juíza Gorete Fátima Marques em 15 de outubro de 2012, determina em suma:

> A no prazo de 60 dias, elaborar programa que contemple medidas imediatas de controle de reprodução de animais domésticos para a população de baixa renda e apresentar projeto de criação de um CENTRO DE ACOLHIDA E TRATAMENTO DE ANIMAIS DOMÉSTICOS em situação de risco, com a previsão do número de cães a serem acolhidos, como os animais serão alimentados, tratados, identificados e esterilizados, a fim de serem destinados à adoção; b) no mesmo prazo, apresentar projeto de criação de um CENTRO DE ACOLHIDA E TRATAMENTO DE ANIMAIS DE TRAÇÃO em situação de risco, com a previsão do número de equinos a serem acolhidos, como os animais serão alimentados, tratados e identificados, a fim de serem destinados à adoção, bem como programa de proteção que preveja o credenciamento de proprietários e a fiscalização do transporte via carroças, para constatar situações de maus tratos, excesso de peso na carga e jornada de trabalho; c) incluir na Lei Orçamentária anual de 2013 a dotação de valores específicos e suficientes para a implementação e manutenção dos projetos acima referidos. (TJRS, *on line*).

Sendo confirmada a decisão em 2º grau, em duas oportunidades, na Apelação Cível n. 70057341067, da Vigésima Primeira Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do RS, tendo como relator o desembargador Marco Aurélio Heinz, em julgamento realizado em 18/12/2013, assim como na Apelação e Reexame Necessário Nº 70047650627, da Segunda Câmara Cível - Serviço de Apoio Jurisdição, do Tribunal de Justiça do RS, tendo como Relator o desembargador Ricardo Torres Hermann, em julgamento realizado em 12/06/2013, onde esta última decisão conteve apenas pequenas modificações (prazo para cumprimento da criação de programa que contemple medidas imediatas de controle de reprodução de animais domésticos para a população de baixa renda e apresentar projeto de criação de um centro de acolhida e tratamento de animais domésticos em situação de risco), que fora elastecido para 150 dias ao invés de 60 dias.

O breve relato da pretensão do Ministério Público, autor da ação em tela, e das decisões, servem para demonstrar a atuação do Judiciário para que preceitos constitucionais e pactos internacionais fossem cumpridos pela administração pública.

O município por sua vez, como ente da Federação, em sua defesa alegou a reserva do possível, salientando que a sentença comprometeria verba pública já destinada à saúde, sendo que o Judiciário não poderia interferir no planejamento orçamentário do Município, na mesma linha de raciocínio da jurisprudência abaixo colacionada:

> De início, saliento que não desconheço o posicionamento que, amparando-se nos princípios da discricionariedade e da autonomia, não admite ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município, determinando quais as obras e serviços o ente público deve executar, e que o ente público, portanto, tem a liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias. (TJRS - Apelação Cível n. 70057341067, da Vigésima Primeira Câmara Cível - Relator o desembargador Marco Aurélio Heinz – Julgado em 18/12/2013).

Mesmo com a argumentação e tese de defesa por parte do Município apelante, o Judiciário não entendeu da mesma forma, intervindo na gestão pública por se tratar de matéria ambiental, pela proteção de espécies, assim como matéria de saúde pública visto que se tratava de zoonoses (caso os animais abandonados adoecessem). O aspecto legal foi fundamentado nos arts. 6º, 196 e 225 e arts. 23, II e VI, e 30, I, todos da Constituição Federal, assim como pela Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada pela UNESCO em sessão realizada em Bruxelas, em 27 de janeiro de 1978, da qual o Brasil é signatário, e que dispõe em seu art. 6º, b, que "o abandono de um animal é um ato cruel e degradante". (APASFA, *on line*)

Realmente não se pode duvidar que a matéria defendida no caso apresentado é a tutela do meio ambiente, conforme previsto nos arts. 6º, 196 e 225 da CF/88, tratando-se portanto de direitos fundamentais sociais. (CRFB, *on line*)

Nessa esfera os mencionados direitos fundamentais carregam um reconhecimento de obrigações quanto a proteção por parte da administração pública, não apenas como uma defesa, mas também prestacional, devendo serem adotadas medidas de políticas públicas que visem a concretização dos direitos constitucionais.

Nesse sentido, são as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, quanto o direito fundamental à saúde:

> Para além da sua condição de direito fundamental, a proteção da saúde implica deveres fundamentais, o que decorre já da dicção do artigo 196 da CF: "[a] saúde é direito de todos e dever do Estado [...]", impondo precipuamente ao poder público a obrigação de efetivar tal direito. Na condição de típica hipótese de direito-dever, os deveres fundamentais guardam relação com as posições jurídicas pelas quais se efetiva o direito à saúde, podendo-se falar – sem prejuízo de outras concretizações - num dever de proteção à saúde, individual e pública (dimensão defensiva) [...]; assim como num dever de promoção da saúde (dimensão prestacional em sentido amplo) [...].(2013, p. 1932).

Corroborando para a mesma tese de proteção focado no art. 225, caput, da Carta Magna, são as palavras de Andreas Krell:

> Grande problema da proteção ambiental no Brasil reside na omissão dos órgãos públicos nos três níveis federativos, que não desenvolvem atividades eficientes de fiscalização e deixam de prestar serviços em favor do meio ambiente, o que contraria os respectivos deveres constitucionais do Poder Público. Muitos juízes se recusam a condenar os governos adotarem medidas de proteção ou saneamento ambiental [...], alegando que tal condenação entraria em choque com os princípios da Separação dos Poderes e da discricionariedade administrativa. Entretanto referidas ações não podem ser postergadas por razões de oportunidade e conveniência, nem sob alegação de contingências financeiras. Houve, nos últimos anos, uma sensível mudança no tratamento jurisprudencial dessa questão que levou à condenação de vários entes públicos a realizarem obras e serviços de saneamento ambiental. Essas correições do Executivo devem ser entendidas como consequência da própria supremacia da Constituição: se esta declara a proteção do meio ambiente como dever do Poder Público, tem que ser concedido ao Judiciário o poder de corrigir as possíveis omissões dos outros Poderes no cumprimento desta obrigação. (2013, p. 2085).

Conforme já mencionado alhures, a salvaguarda dos direitos a saúde e meio ambiente está inserta nas obrigações da administração pública, nos Arts. 23, II e VI, e 30, I, da Lei Maior. Assim, pode o Poder Judiciário analisar a referida omissão da administração pública no cumprimento de deveres constitucionais e determinar que seja tomada uma providência ou um conjunto de providências com intuito de inserir correções em suas omissões e concretizando a realização de seus deveres. Assim, quando o judiciário determina a realização de um ato já previsto constitucionalmente não há que se falar em ingerência ou transgressão ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Nesse mesmo sentido é a jurisprudência:

> APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MAUS TRATOS COM ANIMAIS. CONTROLE DE ZOONOSE. DEFINIÇÃO DE LOCAL APROPRIADO. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. 1. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido que se confunde com o mérito. O pedido é juridicamente possível sempre que não encontre vedação expressa no ordenamento jurídico. E vedação não há. De um lado, porque as medidas determinadas na sentença dizem respeito à garantia de direitos sociais, como saúde e meio ambiente, conforme prevêem os arts. 6º, 196 e 225 da Constituição Federal. De outro, porque tais atribuições se inserem no âmbito da competência do ente público municipal, na forma dos arts. 23, II e VI, e 30, I, da Constituição Federal. 2. Hipótese que não enseja ofensa ao princípio da independência dos poderes, pois a sentença apenas determinou ao Município a observância de suas competências constitucionais, dada a caracterização da omissão do Poder Público. Ademais, se é verdade que a Administração Pública atua, quanto a políticas públicas, com discricionariedade, também o é que circunstâncias fáticas podem reduzir essa margem de discricionariedade, quanto mais, diante da inobservância de obrigações que repercutem sobre toda a coletividade. 3. Fixação de multa para o caso de descumprimento das medidas definidas na sentença. Possibilidade. Aplicação do art. 461, § 4º, do CPC. Precedentes. 4. Valor da multa que vai alterado, em sede de reexame necessário, sendo fixado em R$ 5.000,00 ao dia. APELAÇÃO

> DESPROVIDA. SENTENÇA PARCIALMENTE ALTERADA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. (TJRS - Apelação e Reexame Necessário Nº 70047650627, Segunda Câmara Cível - Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 12/06/2013).

Pode ser observado que a argumentação da defesa realizada pelas administrações públicas em todo país que se utiliza sempre da reserva do possível, na tentativa de demonstrar a insuficiência de recursos financeiros para que determinada ação de seu dever institucional para com a população, não se traduz como única verdade a ser seguida.

O que se constata é a obrigação de proteger emanada de legislação constitucional, tratando-se de direitos fundamentais que resguardam o meio ambiente e a saúde da população, que se traduzem em situações jurídicas fundamentais definitivas de primeira ordem, com intuito de que a administração pública aja com o propósito de concretizar ações de fato, configurando de tal forma o direito a realizações de serviços em sentido estrito.

O princípio do direito fundamental ao ambiente assim como o princípio fundamental ao direito á saúde pública devem ser estudados e ponderados não isoladamente mas sim em conjunto com demais princípios que lhe são contrários, ao exemplo do princípio da disponibilidade orçamentária ou da divisão das funções estatais.

Reforçando a tese, seguem as palavras do Dr. Procurador de Justiça, Anízio Pires Gavião Filho, nos autos da Apelação e Reexame Necessário Nº 70047650627, Segunda Câmara Cível, que teve como relator o desembargador Ricardo Torres Hermann, com julgamento em 12/06/2013:

> Assim, quando colocado o exame de exigibilidade de uma prestação material com fundamento no texto do art. 225 da Constituição Federal, tem-se uma colisão entre o princípio do direito fundamental ao meio ambiente – que configura posições fundamentais jurídicas definitivas e prima facie – e os princípios constitucionais formais da divisão dos poderes e da disponibilidade orçamentária. Diferentemente do que parecem sugerir algumas decisões judiciais3 , os princípios da divisão dos poderes e o da disponibilidade orçamentária não detém primazia ou precedência absoluta sobre todos os outros princípios constitucionais, notadamente sobre as normas de direitos fundamentais. A precedência deve ser sempre condicionada às circunstâncias da situação concreta tomada e não incondicionada, pois todos os princípios constitucionais, em abstrato, encontram-se no mesmo nível – não existem direitos absolutos. (TJRS, *on line*).

O eu não se pode permitir é que a omissão do ente público seja tamanha que chegue ao ponto que particulares, a população, venha realizar trabalho que lhe seja afeto e obrigatório por lei.

No caso em tela, quanto a proteção ao meio ambiente e mais especificamente aos animais abandonados, não resta dúvida que a aplicabilidade da obrigação ao ente público deve ser imediata, pois como dito alhures, o Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos

dos Animais. Ainda que tal tratado não tenha o mesmo peso de uma Lei Maior ainda assim originou efeitos no ordenamento jurídico brasileiro visto que a CF/88 absorveu a obrigatoriedade da administração pública de salvaguardar o meio ambiente de acordo com o art. 225, §1º, VII, da CF/88. (CRFB, *on line*)

Decorrente da Declaração Universal dos Direitos dos Animais o Brasil acabou por declarar frente a comunidade internacional sua obrigação em salvaguardar a vida animal, onde o abandono também é ato que coloca o animal em situação de crueldade ,exatamente o que o texto constitucional veda em sua redação.

Ainda sendo insuficiente o dever jurídico que deve ser cumprido pela administração pública este se agrega ao dever moral para o cumprimento e realização de políticas públicas que visem a proteção animal. Neste sentido corrobora o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer,

> para além de uma compreensão 'especista' da dignidade, que parece cada vez mais frágil diante do quadro existencial contemporâneo e dos novos valores culturais de natureza ecológica, deve-se avançar nas construções morais e jurídicas no sentido de ampliar o espectro de incidência do valor dignidade para outras formas de vida em si. (2008, p. 191).

Conforme todo exposto, após análise pormenorizada, o que se pode concluir é que tanto a divisão dos poderes quanto a dotação orçamentária cedem, sendo vencidos, frente aos direitos fundamentais ao meio ambiente e saúde pública, tendo em vista a inércia da administração pública na atuação que faça cessar ou coíba práticas abusivas e cruéis face os animais, dentre elas o abandono, conforme disposto na Declaração Universal dos Direitos dos Animais.

Se conformar com o abandono de animais de rua, achando que o problema não compete à administração pública é o mesmo que aceitar a disseminação das zoonoses, o que atinge o direito à saúde da população, ou seja, vemos a dupla meio ambiente-saúde pública ao descaso da administração pública.

Mais uma vez é a tese do Procurador de Justiça Anizio Pires Gavião Filho em relação a tese apontada:

> É que todos os direitos fundamentais e não somente os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito têm sua realização dependente em alguma medida da existência de recursos financeiros do Estado. Não se pode pensar na realização de algum direito fundamental sem que tal não implique custo, pois todos os direitos demandam algum tipo de prestação por parte do Estado, inclusive os direitos fundamentais de liberdade.
> É clara a implicação entre os direitos a prestações em sentido estrito e o custo financeiro que a realização desses direitos requer. Contudo, muito embora não se dê muita atenção a isto, a realização dos direitos fundamentais de liberdade também impõe baixa aos recursos financeiros. Normalmente, os direitos fundamentais de liberdade são apresentados como "direitos negativos" que impõem ao Estado apenas dever de abstenção, cuja ação devida é negativa, consistindo em não afetar, não lesar ou impedir os campos de ação do direito da liberdade e, por essa razão, como direitos

> cuja realização não está condicionada a qualquer prestação estatal e, assim, à disponibilidade de recursos. É decorrência dessa concepção a crença de que os direitos fundamentais de liberdade, na medida em que não demandam prestações estatais positivas, nada custam aos recursos financeiros do Estado, acreditando-se, de outra sorte, que somente os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito têm sua realização condicionada a significativa alocação de recursos públicos. Contudo, os denominados "direitos negativos" como o direito de propriedade e o direito à proteção contratual são também "direitos positivos" na medida em demandam alguma forma de atuação estatal. Com o argumento de que "não há propriedade sem tributo" e tomando por base os custos requeridos para a efetivação do direito individual de propriedade, Holmes e Sunstein observam que todos os direitos dependem de atuação estatal positiva. (TJRS - Apelação e Reexame Necessário Nº 70047650627, Segunda Câmara Cível - Serviço de Apoio Jurisdição, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 12/06/2013).

Neste sentido, quando a administração pública se omite na atuação de mandamento constitucional, e no caso em tela, no abandono de animais, fere princípios fundamentais, autorizando a atuação do judiciário para regularizar sua omissão.

A tese da separação dos poderes e da reserva do possível só não prospera porque a administração pública na sua omissão fere direito fundamental ao meio ambiente

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Extrai-se dos estudos apresentados a desconstrução da tese de que toda argumentação legal, em certo ponto, está condicionada a disponibilidade orçamentária do Estado ou dos Municípios. Enfim, alegar escassez e estar sob esta não é fato único e exclusivo dos fundamentos jurídicos, principalmente as coligadas às prestações em modo estrito, pois as mesmas posições jurídicas do direito de alguma coisa - à prevenção, organização e procedimento – como as teses jurídicas de liberdade e de competência estão condicionadas a escolhas que nem sempre são as corretas.

Não única e exclusivamente os direitos a serventias em sentido estrito, contudo também a garantia legal de liberdade, têm sua concretização subordinada à disponibilidade financeira de um determinado ente público. Independente da situação, as escolhas de alguns direitos excluem a realização dos outros havendo de qualquer forma o sacrifício dos preteridos.

Por fim, a intervenção do poder judiciário na proteção ao meio ambiente, em específico o direito animal, tem intuito de realização de preceito constitucional, corrigindo a missão da administração pública de coibir o abandono de animais evitando a caracterização de crueldade contra estes, devendo portanto ser observada a aplicação do mínimo existencial para garantir a existência real de direitos dispostos em lei.

Vislumbra-se que tudo é importante e necessário perante a administração pública quando se trata de direitos fundamentais, seja esta Estadual ou Municipal, contudo, quando se

fala em tais direitos a resistência que os mesmos sejam aplicados na esfera ambiental, do meio ambiente como um todo e essencial à vida humana, há restrições mantidas em fundamentadas em pensamentos arcaicos e em discordância aos preceitos dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

APASFA – Associação protetora de animais São Francisco de Assis – Filiada a WSPA (World Society for the protection of animals). **Declaração universal dos direitos dos animais**. Disponível em: < http://www.apasfa.org/leis/declaracao.shtml>. Acesso em 20/09/2016.

AMARAL, Gustavo. MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. TJRS. **Apelação Cível n. 70057341067**, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 18/12/2013.

_____. TJRS. **Apelação e Reexame Necessário Nº 70047650627**, Segunda Câmara Cível - Serviço de Apoio Jurisdição, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 12/06/2013.

_____. TJRS. **Processo nº: 068/1.10.0002179-1** (CNJ:.0021791-10.2010.8.21.0068) Natureza: Ação Civil Pública Autor: Ministério Público Réu: Município de São Sebastião do Caí Juíza Prolatora: Gorete Fátima Marques. Julgado em 15/10/2012.

_____. CRFB. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em:15/09/2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. {Syn}Thesis. Caderno do Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Volume 5, nº 1, 2012. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433.pdf>. Acesso em 20/08/2016, p. 28.

GALDINO, Flávio. **O Custo dos Direitos**. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GARCIA, Emerson. **O direito à educação e suas perspectivas de efetividade**. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>. Acesso em: 19/09/2016.

KRELL, Andreas. **Comentário ao artigo 225, caput**. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2.085.

MARTINS, Humberto. STJ - **RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.474** – SC – 2ª Turma – Julgado em 20/04/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9568774&num_registro=201000486284&data=20100429&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17/09/2016.

MORAES, Daniela Pinto Holtz. **Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial**. Brasília: 22 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701#_ftn39>. Acessado em: 17/09/2016.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível.** Curitiba, 2006, p. 209. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3084/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Ana%20Carolina%20Lopes%20Olsen.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17/09/2016.

SARLET, Ingo W. Comentário ao artigo 196. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____.; FENSTENSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago (Org.). **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.