

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Irineu Francisco Barreto Junior

José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-587-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 13 e 15 de junho de 2018, na bela e acolhedora Salvador (BA), ofereceu aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevada qualidade, dentre os quais destacamos, sem favor algum, o Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública I”, que reuniu um qualificadíssimo conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos marcados pela destacada pertinência acadêmica e indubitável relevo prático.

A marca que perpassou os artigos apresentados pode ser sintetizada no invulgar apuro intelectual, que deu ensejo a comunicados científicos e discussões de sensível qualidade, sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, de forma a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões marcadas pela forma respeitosa e sob o signo de uma perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. DO ESTADO CONTENCIOSO AO CONSENSUAL: O MODELO MULTIPORTAS APLICADO AOS CONFLITOS DA FAZENDA PÚBLICA;
2. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O MÍNIMO EXISTENCIAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA;
3. AS PROVAS CONTAMINADAS POR FALSAS MEMÓRIAS, EVENTUAL CONDENAÇÃO, FATOS NOVOS E REVISÃO CRIMINAL: AS CONSEQUÊNCIAS NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA;
4. O REGIME DE CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO;
5. O PROCEDIMENTO DE REMOÇÃO POR PERMUTA DOS SERVIDORES PÚBLICOS E SEUS IMPACTOS NO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE;
6. A APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS;

7. A NATUREZA JURÍDICA DA ENTIDADE PRIVADA QUALIFICADA COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL;

8. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DANO EXISTENCIAL POR JORNADA DE TRABALHO.

Um rico conjunto de temáticas, que evidencia a firme marca da interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões afetas à atividade administrativa e à gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Em arremate, registramos os sinceros cumprimentos ao CONPEDI, pela já costumeira qualidade dos encontros nacionais, e agradecemos aos colegas de Salvador (BA) pela afetuosa acolhida que tivemos na UFBA - nesse relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito. A musicalidade, a poesia, as danças, as paisagens, a culinária e a hospitalidade do povo baiano conquistaram a todos nós!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas qualificadas temáticas!

Salvador, junho de 2018.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior – Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação (FMU-SP)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O MÍNIMO EXISTENCIAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

JURISDICTIONAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES: THE EXISTENTIAL MINIMUM AND THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

**Edimur Ferreira De Faria
Priscila Pires de Souza Costa**

Resumo

A Dignidade da Pessoa Humana constitui um valor universal garantidos pelo Estado Democrático e previsto na Constituição de 1988. É composta por direitos existenciais garantidos a todos os homens em igual proporção. Entretanto, quando violados estes direitos, ao Poder Judiciário é dada a discricionariedade de intervir, para garantir a efetivação desses direitos, por meio de políticas públicas. O objetivo do presente artigo é abordar o controle jurisdicional dessas políticas públicas, demonstrando, caso os Poderes Executivo e Legislativo não promovam as condições necessárias à efetivação dos direitos fundamentais, caber ao Poder Judiciário intervir nas políticas públicas para a concretização desses direitos.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana, Poder judiciário, Políticas públicas, Reserva do possível, Mínimoexistencial

Abstract/Resumen/Résumé

Human being's dignity constitutes a universal value assured by the Democratic State and is enforced the Federal Constitution. It is made of existential rights granted to all in equal proportion. When these rights are violated, the Judicial power receives the discretion to intervene in order to guarantee the effectiveness of such rights, through public policies. The objective of this work is to approach judicial control of these Judicial power public policies. It demonstrates that, in case the Executive and Legislative powers fail to promote needed conditions to the effectiveness of fundamental rights, it is up to the Judiciary to intervene.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human being dignity, Judicial power, Public policies, Reservation of the possible, Existentialminimum

1 INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro é constituído sob a forma de federação – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, organizado como Estado Democrático de Direito, que adota como forma de governo a República e como sistema de governo o Presidencialismo, conforme disposto no art. 1^a da Constituição da República (BRASIL, 1988), a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa.

São princípios do Estado Democrático de Direito, um Estado regido pelo Direito e pelo povo e por normas democráticas, em respeito aos direitos e garantias fundamentais e é caracterizado pela democracia, na qual o povo é o legítimo titular do poder, embora seja este poder exercido por meio de representantes e, fundados nesses princípios e na democracia, os direitos e garantias fundamentais elencados no art. 5^o da Constituição da República de 1988 são a expressão da manifestação das várias formas de democracia, nas quais estão previstos os direitos e os deveres individuais e coletivos.

Tema amplamente discutido e de grande relevância social é o controle jurisdicional de políticas públicas pelo Judiciário e sua intervenção em questões que alcancem os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Assim, a presente pesquisa tem por objetivo propor reflexão sobre o controle jurisdicional das políticas públicas, bem como analisar os critérios que orientam o Judiciário a adotar decisões em matéria de direitos fundamentais, considerando a relação entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

O problema que se apresenta consiste na seguinte indagação: a negativa da Administração Pública a determinada postulação no âmbito de políticas públicas, fundada no argumento de que o custo do benefício almejado ultrapassa os limites da reserva do possível e do mínimo existencial contraria a Constituição?

A hipótese imaginada é de que sendo o orçamento público resultante de adequado planejamento e executado em conformidade com a legislação de regência, o não atendimento pleiteado, mesmo no caso de política de saúde, não fere a Constituição.

Para melhor compreensão do tema, o presente estudo será desenvolvido em cinco tópicos, considerando a presente introdução e a conclusão. Nos tópicos segundo ao quarto serão examinados e discutidos os resultados da pesquisa. No segundo tópico será realizado breve histórico sobre o surgimento dos direitos fundamentais; no terceiro será abordado o controle das políticas públicas pelo Judiciário, quando acionado; no quarto serão analisados a

reserva do possível e o mínimo existencial, que constituem instrumentos jurídicos para a realização das políticas públicas. Por fim, serão apresentadas as considerações resultantes da pesquisa.

Como procedimento metodológico será realizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com a contribuição de notados autores como Edimur Ferreira de Faria (2016), Ada Pellegrini Grinover (2013), Luiz Henrique Madalena (2016), Luís Manuel Fonseca Pires (2013), Georges Abboud (2014) e José Adércio Leite Sampaio (2013). Também será compulsada a legislação pertinente e decisões do Supremo Tribunal Federal. Será utilizada também as pesquisas eletrônicas, por tratar-se de recurso que proporciona amplo acesso a dados atuais. Sobretudo depois da edição da lei da transparência.

2 BREVE RELATO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EVOLUÇÃO NO BRASIL

A civilização humana, desde os seus primórdios, até o período atual, passou por inúmeras fases, cada uma com suas peculiaridades, com seus pontos negativos e positivos, de modo que as evoluções científicas, tecnológicas, políticas, econômicas, sociais e jurídicas foram muitas vezes lentas e graduais.

Para melhor compreensão dos direitos fundamentais contemplados na Constituição da República de 1988, entendeu-se necessário levantar breve histórico sobre surgimento dos direitos fundamentais.

A formação moderna dos direitos fundamentais tem como referencial a Declaração dos Direitos do Povo da Virgínia, em 1776, afirmando que todos os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história. (COMPARATO, 2008, p. 49).

Nesse mesmo ano, em quatro de julho, é aprovada a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América ressaltando que todos os homens são iguais perante Deus e o povo norte-americano passa a ser livre para seguir seu próprio destino, elaborando em 1787 a Constituição Federal dos Estados Unidos da América. Isso estruturou o Estado Federal e distribuiu competências, entretanto, não fez qualquer menção a direitos humanos. Esses apenas tornar-se-iam constitucionais em 1791, por meio de dez Emendas consagrando a liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a segurança, o devido processo legal, a

proporcionalidade da pena, constitucionalizando assim os direitos inerentes a pessoa humana (RUBIO, 1998, p. 85).

Mas foi em 26 de agosto de 1789, que surgiu a mais importante e famosa declaração de direitos fundamentais, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela França a qual foi marcada pela universalidade dos direitos consagrados e que, conforme o art. 5º, “afirma solenemente que qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição”.

(FERREIRA FILHO, 1998, p. 20)⁶, comparando a Declaração Francesa com as americanas, afirma que a primeira tem a seu favor “esplendor das fórmulas e da língua, a generosidade de seu universalismo”, por isso, foi preferida e copiada, ainda que muitas vezes seus direitos permanecessem como letra morta. Enquanto que as norte-americanas têm uma preocupação voltada para a efetivação dos direitos históricos ingleses.

A consagração normativa dos direitos humanos fundamentais coube à França, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, com o advento da Revolução Francesa. O início do século XX trouxe diplomas fortemente marcados pelas preocupações sociais, como a Constituição mexicana, em 1917, a constituição de Weimar, em 1919, a Constituição Soviética, em 1918.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 2018), assinado em Paris, em 1948, constitui a mais importante conquista dos direitos humanos fundamentais de abrangência internacional. Porém, a ideia de Direitos Humanos não se estabilizou nesse documento, surgindo diversas cartas de direitos no âmbito internacional: a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, a Declaração Islâmica Universal dos Direitos do Homem, Declaração Universal dos Direitos dos Povos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a Declaração Solene dos Povos Indígenas do Mundo, entre outros.

Atualmente, a preocupação relacionada aos Direitos Humanos é a eficácia destes perante a sociedade, uma vez que já existe um número expressivo de documentos que positivam esses direitos que não são plenamente observados.

No Brasil, houve a evolução dos direitos fundamentais do homem, conforme já ressaltado, passando dos direitos individuais aos direitos sociais e coletivos, tendo sido esses direitos consagrados na Lei Maior do País: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

José Afonso da Silva (2007, p. 20) ensina que a Constituição de 1824 foi a primeira Constituição no mundo a positivizar os direitos do homem, dando-lhes juridicidade efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824. A Constituição de 1891 positivou em seu corpo normativo os

direitos fundamentais de primeira dimensão, e, em seu art. 179 reconheceu os direitos à legalidade, à irretroatividade da lei, à igualdade, à liberdade de pensamento e expressão, à inviolabilidade de domicílio, à propriedade, entre outros direitos individuais, reconhecendo direitos sociais como educação e socorro público.

Foi com o advento da Constituição de 1934 que os direitos econômicos e sociais foram efetivamente incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, como, por exemplo, os direitos trabalhistas. Esses direitos foram mantidos nas Constituições de 1937, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional n. 1/1969. Mas, foi com na Constituição de 1988, que os direitos humanos foram plenamente positivados, tantos os individuais, como os difusos e coletivos, trazendo, também, diversos mecanismos constitucionais para garantir a eficácia desses direitos.

Com a sua evolução, os direitos humanos influenciaram substancialmente o ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição da República de 1988 é um instituto jurídico moderno que se coaduna com o Estado Democrático de Direito, prevendo, no item III do art. 1º, que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, sendo a preocupação principal a garantia da eficácia desses direitos.

Conforme sustenta José Adércio Leite Sampaio (2013, p. 512), os direitos fundamentais são a justificação mais comum para realização do controle jurisdicional de constitucionalidade. Para o autor, os direitos fundamentais desempenham um papel fundamental e central de legitimidade da ordem constitucional, um centro normativo em relação às demais partes da Constituição Federal.

Feita esta síntese da evolução dos direitos sociais e fundamentais, passa-se à investigação sobre controle das políticas públicas em face desses direitos. É o que será tratado no item três.

3 CONTROLE SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Com a finalidade de tornar o texto mais compreensível e didático, optou-se por dividi-lo em três subitens, que se desenvolvem harmonicamente, a seguir.

3.1 Considerações gerais sobre controlada Administração Pública no Direito brasileiro

A Constituição da República de 1988 adotou o paradigma de Estado Democrático de Direito. O Estado de Direito oriundo das Constituições americana e francesa após as respectivas revoluções. Assim reconhecido, pela tripartição de poderes em conformidade com

a teoria desenvolvida por Montesquieu em espírito das leis. O Estado de Direito comparado com o Estado Absolutista vigente antes das citadas revoluções, representou imensurável avanço. Entretanto, com o passar do tempo, a evolução da sociedade, a evolução dos direitos fundamentais e a necessidade de desenvolvimento de políticas públicas de inclusão social, o Estado de Direito precisou incluir mais um elemento, o “democrático”, passando, então, a denominar-se Estado Democrático de Direito ou Estado de Direito Democrático, como é tratado na doutrina Portuguesa.

Com essa evolução paradigmática, a doutrina vem defendendo a ideia, segundo a qual, a teoria da divisão de poderes do Estado em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, como sempre foi entendida, é incorreta. O fundamento para essa compreensão é o fato de que o poder é uno e emana do povo, que o exercerá por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos e condições previstos na Constituição da República de 1988, nos termos do art. 1º, parágrafo único.

Essa compreensão leva ao entendimento de que o termo “poder” deve ser substituído pelo termo “órgão” com funções especializadas, denominados Órgão Legislativo, Órgão Executivo e Órgão Judiciário. Cada um com as atribuições conferidas pela Constituição. Entre elas a de controle de um sobre os outros, com base no princípio sustentado por Montesquieu, do freio e contrapeso, com vista a coibir abuso, respeitada a independência de cada qual.

Neste trabalho, o foco, já anunciado, é o controle da Administração Pública, relativo à sua função de concretizar as políticas públicas proclamadas pela Constituição da República.

Madalena (2016, p. 177) evidencia que “em tempos de Estado Democrático de Direito, visto que este depende de uma aposta (hermenêutica), no controle dos atos estatais, não apenas os jurisdicionais, mas todos os que são levados a cabo em observância ao direito, ou seja, sua totalidade”.

Nos termos da Constituição da República de 1988, a Administração Pública sujeita-se ao próprio controle (autocontrole) por meio de órgãos de controle interno (art.74, *caput*), ao controle externo do Legislativo com o auxílio do tribunal de contas conforme prescreve o art. 71, art. 49, incisos V, IX, X, XII, XIV, XVI e XVII (Congresso Nacional), art. 51, incisos I e II (Câmara dos Deputados) e art. 52, incisos I a IX (Senado Federal). As atribuições do Tribunal de Contas estão previstas no art. 71 e ao controle do Judiciário conforme prevê o ordenamento jurídico pátrio.

Nos estados, municípios e no Distrito Federal, os controles pelos respectivos Legislativos observam os dispostos nas Constituições Estaduais, nas leis orgânicas municipais e na distrital, em simetria com a Constituição da República.

Em tese, para a consecução do interesse público, o poder público deve sempre agir conforme a lei e, a partir dessa premissa, deve-se conceber a ideia de controle que alcançará a Administração Pública. (CHRISPINO, 2016, p. 137)

O controle jurisdicional, conforme sustenta (DI PIETRO, 2008, p. 690), abrange toda a Administração Pública considerando não só os órgãos do Poder Executivo, mas também os dos demais Poderes, com a finalidade de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade.

Dentre as modalidades de controle, a autora (2008, p. 708) assevera que a legalidade é um dos fundamentos em que repousa o Estado Democrático de Direito e “de nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados”.

Com efeito, o fundamento Constitucional do sistema da unidade de jurisdição é o inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República de 1988 (BRASIL, CR/88), que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Qualquer que seja o autor da lesão, mesmo o poder público, o prejudicado poderá ir às vias judiciais com o fito de obter reparação do dano sofrido concretizado ou ameaçado.

O Preâmbulo da Constituição da República de 1988 institui o Estado Democrático de Direito, com o objetivo de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito.

Outra forma de controle é o social. A sociedade brasileira vem sendo motivada a se organizar e buscar direitos e a exigir a prestação de serviços essenciais. (CHRISPINO, 2016, p. 140) ensina que o controle social “é o controle feito pelos cidadãos ou pelos administrados na garantia de seus direitos e no exercício de seus deveres. Pode ser realizado por um só cidadão ou por instituições representativas nas garantias de direitos individuais, coletivos ou difusos”.

(FARIA, 2016, p. 216) entende que “o controle, nos dias atuais, excede o limite da lei que tenha dado origem ao ato. Isso porque, pode o ato estar em conformidade com a lei, mas estar em desacordo com a Constituição e seus princípios”, assim, o Poder Judiciário guarda a ordem constitucional e exerce o controle sobre as políticas públicas.

Nesse contexto, para a concretização dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição da República, é competente o Poder Judiciário para controlar

os atos da Administração Pública, quando arguidos de ilegalidade ou de imoralidade, ressalvados aqueles de competência exclusiva do Senado Federal, nos termos do art. 52, inc. II e II, da Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, nas palavras de (SAMPAIO, 2013, p. 513), os direitos fundamentais são o centro ideológico e de legitimação do sistema constitucional e exigem do legislador a proteção adequada, sob pena de inadimplência constitucional. “O judiciário teria assim um papel de protagonista nos processos de promoção da justiça social e da igualdade fática”.

3.2 Controle jurisdicional das políticas públicas

O controle jurisdicional das políticas públicas é tema que tem acirrado os debates na academia, na doutrina e na jurisprudência, com prevalência do dissenso. O consenso parece ainda distante, pelo fato de estar em discussão dois assuntos sensíveis, a discricionariedade administrativa e os direitos fundamentais que devem ser concretizados por meio de políticas públicas, principalmente a da saúde. De um lado a autoridade administrativa goza da prerrogativa de, no caso concreto, operar valoração e fazer a escolha que julgar mais adequada, baseada na conveniência ou na oportunidade. Do outro, está o dever de adotar as políticas públicas garantidas e reclamadas. No exercício desse poder e dever, a autoridade administrativa, com frequência, por meio de ato comissivo ou conduta omissiva, não atende os reclames sociais, principalmente das pessoas que efetivamente depende de determinada política pública. Essa situação leva os prejudicados ao Judiciário na tentativa de ver reconhecido o seu direito.

A dificuldade que ainda, embaraça a solução desse conflito reside no fato de a doutrina e a jurisprudência dominantes não admitirem a possibilidade de o Judiciário adentrar o mérito do ato administrativo. O argumento utilizado é o de que a sindicabilidade do mérito do ato administrativo pelo Judiciário configura hipótese de invasão de competência.

Esse entendimento vem, aos poucos, passando por profunda mudança, passando da total impossibilidade de sindicabilidade do mérito do ato administrativo pelo Judiciário para o reconhecimento da possibilidade do controle judicial do mérito do ato administrativo. Nesse sentido é o entendimento de (FARIA, 2016), (PIRES, 2013), (ABBOUD, 2014) e (MADALENA, 2016), entre outros. O Judiciário também, em matéria de direitos fundamentais, principalmente a saúde, vem decidindo, na maioria dos casos, contra atos ou omissões da Administração Pública, determinando a adoção das medidas necessárias ao atendimento do postulante.

Para se entender o controle jurisdicional das políticas públicas, é necessário definir o que são políticas públicas.

Políticas públicas são caracterizadas por ações do Estado para a concretização dos direitos assegurados pela Constituição. Para isso, é de fundamental importância que os órgãos responsáveis atuem de modo ativo e dinâmico na implementação de ações que visem, sobretudo, a implementação dos direitos fundamentais. Pois o que está na Constituição é regra e, portanto, necessita de ser cumprida, sob pena de se tornar em efeito, sem eficácia, não alcançando os objetivos desejados.

Segundo a doutrina de (COMPARATO, 1998), as políticas públicas são vistas como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Esses programas de ação governamental consistem em uma atividade, isto é, um conjunto organizado de atos e normas, conjugados para a realização de um objetivo determinado”.

Esse objetivo é alcançado mediante o dispêndio de recursos públicos. E é por meio das políticas públicas que o Estado realiza os fins determinados nos arts. 6º, 196 e 197 da Constituição da República (políticas de saúde).

O interesse jurídico pelas políticas públicas vem crescendo em simetria com o agigantamento do Poder Executivo, fenômeno próprio do Estado social. Pode-se dizer que as políticas públicas representam os instrumentos de ação dos governos e o fundamento e fonte de justificação das políticas públicas é o Estado social, marcado pela obrigação de implemento dos direitos fundamentais.

A política não é norma nem um ato jurídico; no entanto, as normas e atos jurídicos são componentes da mesma, uma vez que esta pode ser entendida como conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.

A função da Administração Pública é a concretização dos direitos fundamentais positivos, por meio de políticas públicas gestadas no seio do Legislativo ou pela própria Administração, políticas essas orientadas dos princípios e regras dispostos na Constituição.

Um dos principais problemas relacionados com as políticas públicas é quanto à possibilidade do controle jurisdicional, pois não se pode afastar a judicialização das políticas públicas. Esse controle jurisdicional de políticas públicas, no entendimento de Chrispino (2016, p. 137-138) se dá por meio das instituições, da participação social e, por fim, a judicialização das políticas públicas (ação do Judiciário no preenchimento do espaço criado pela falta de seriedade das administrações públicas e pelo desrespeito ao interesse público),

das relações escolares, da saúde, da relação entre consumidor e prestador de serviço, entre outras.

As políticas públicas se realizam por meio de programas para assegurar a saúde, educação básica e demais direitos fundamentais. (FARIA, 2016, p. 281) destaca também as políticas públicas de combate à pobreza absoluta, de inclusão social, da segurança pública e, ainda, as da manutenção do sistema prisional, principalmente com a alimentação dos detentos, de saneamento básico, de infraestrutura, dentre outras.

(SAMPAIO, 2013, p. 187-188) ressalta que em se tratando de controle de políticas públicas, os juízes se tornaram seus definidores, visando a legitimidade do sistema político, uma vez que, em geral a “judicialização da política” se reporta aos impactos da atuação judicial na dimensão política.

Para o autor (2013, p. 512-513), em se tratando de direitos fundamentais, a função do controle de constitucionalidade seria a de garantir não apenas os direitos fundamentais positivados, mas também aqueles que se apresentarem ao juiz como atendimento das necessidades básicas de indivíduos ou grupos em cada momento histórico, mesmo que não tenha havido ainda o seu reconhecimento parlamentar. A velocidade das mudanças sociais leva tais demandas ao juiz constitucional que, sem contar ainda com normas que as reconheçam de modo expreso, tendem a identificá-los em enunciados abertos de princípios ou na penumbra de outros direitos fundamentais.

A intervenção judicial no sistema prisional é necessária e adequada para preservar a ideia de valor fundamental da pessoa humana, conforme encontra-se na decisão de repercussão geral do Recurso Extraordinário n. 592.581/RS do Supremo Tribunal Federal que assentou a tese de que “é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição da República Federal, não sendo oponível à decisão o argumentada reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”.

Diante da crise do sistema prisional no Brasil, a referida decisão pontua a necessidade de se discutir a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo estadual a obrigação de fazer consistente na execução de obras em estabelecimentos prisionais, a fim de garantir a observância dos direitos fundamentais dos presos.

Assim, as políticas públicas promovem a concretização dos direitos fundamentais que são capazes de tornar o Estado democrático de direito garantidor da dignidade e a efetivação

dos direitos humanos, não apenas do povo, mas na relação entre cidadão e Estado, buscando o atendimento de toda a população, de forma igualitária.

3.3 A judicialização das políticas públicas

Judicialização pode ser definida como a transferência decisória do Executivo e do Legislativo para o Judiciário, que passa dentre outros temas controversos, a revisar e impulsionar políticas públicas, ou como bem define (BARROSO, 2012) como questões de larga repercussão política ou social que são decididas por órgãos do Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais como o Congresso Nacional e o Executivo.

No Brasil a judicialização passou a ocorrer por causas variadas como a redemocratização do País, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, cabendo ao juiz a apreciação das matérias, pois o Judiciário não pode deixar de apreciar o que é direito do cidadão, garantido por lei. Esse “ativismo” se fez mais incisivamente nos últimos anos e, em uma relação direta com os poderes, conforme aponta (SAMPAIO, 2013, p. 199), operou-se o reconhecimento do poder judicial para, em determinadas circunstâncias, poder decidir políticas públicas.

Por judicialização das políticas públicas entende-se o aumento desmesurado de ações judiciais movidas por cidadãos que cobram o direito à proteção social. No Brasil, esse processo teve início após a promulgação da Constituição de 1988 (BRASIL, CR/88), que não apenas positivou os direitos fundamentais, como também atribuiu ao Poder Judiciário a função de intérprete do controle da constitucionalidade. (SIERRA, 2011)

No citado Recurso Extraordinário n. 592.581/RS do Supremo Tribunal Federal, o voto do Ministro Roberto Barroso aduziu que “a judicialização não substituiria a política, mas haveria exceções, como no caso, em que se trataria de proteger os direitos de uma minoria sem direitos políticos, sem capacidade de vocalizar as próprias pretensões. Além disso, se cuidaria de um problema historicamente crônico de omissão do Executivo, e se o Estado se arrogasse do poder de privar essas pessoas de liberdade, deveria exercer o dever de proteção dessas pessoas”.

A judicialização das políticas públicas encontra seu fundamento na supremacia da Constituição, norma de caráter fundamental e superior a todos os poderes estatais. Ao efetuar o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, o Judiciário acaba por desempenhar sua função precípua, qual seja, garantir a prevalência da Constituição.

Nesse entendimento, ao Judiciário cabe a guarda da Constituição e a defesa das instituições democráticas, sendo-lhe função principal o controle de atos legislativos e executivos contrários ao manifesto teor da Constituição.

A função de controle da constitucionalidade das leis, dos atos da administração e das políticas públicas, não reflete, contudo, a superioridade do Judiciário sobre o Legislativo ou Executivo, mas a supremacia da Constituição, sobre as leis e atos administrativos.

4 RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

A reserva do possível e mínimo existencial são dois parâmetros observados ou alegados pela Administração Pública e pelo Judiciário ante aos casos concretos relativos aos direitos fundamentais. Na tentativa de elucidar esses dois parâmetros, a pesquisa procura explicá-los nos subitens seguintes.

4.1 Reserva do possível

O princípio da reserva do possível teve sua origem na Alemanha, na década de 1970, quando decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha formaram jurisprudências com o entendimento de que a satisfação e efetividade dos direitos sociais ficavam na dependência da existência de condições materiais e à capacidade financeira do Estado e de que a prestação reclamada pelo indivíduo deveria ser razoável e corresponder à capacidade de o Estado de arcar com os ônus.

(SARLET, 2015, p. 295) explica que a decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que levou ao surgimento da reserva do possível, foi o paradigmático caso *numerus clausus*”, acerca do direito de acesso ao ensino superior, que firmou a jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Nesse sentido, estabeleceu-se que somente se pode exigir do Estado o atendimento de interesse ou a execução de prestação em benefício do interessado, se observados os limites da razoabilidade.

(SARLET, 2015, p. 295) observa que além de se considerar os limites estabelecidos pelo princípio da razoabilidade, não se pode impor a execução de uma prestação absoluta pelo

Estado, sem que se respeite a escassez de recursos, considerando-se a legislação e jurisprudência brasileira.

Assim, para a efetivação do direito à saúde é importante organização das políticas social e econômica do Estado.

Segundo(FARIA, 2016, p. 278), no Brasil, a reserva do possível tem sido adotada pela Administração Pública como meio de defesa e justificativa de suas omissões do dever de realizar políticas públicas, inclusive a da saúde. Entretanto,sustenta (FARIA, 2016, p. 278),que muitos agentes administrativos apenas alegam a teoria da reserva do possível, sem a devida e necessária comprovação do alegado e sem a observância de planejamento e orçamento, nos termos constitucionais e legais.

Nesse contexto, a reserva do possível pode ser entendida como uma forma de limitação dos recursos disponíveis de acordo com a necessidade a ser suprida e em atenção ao direito pretendido, de forma que se possa exigir judicialmente do Estado, ou da sociedade.

Os direitos sociais possuem um limite fático à sua efetivação, que está na real existência de meios por parte dos cofres públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para cumprir suas obrigações. Além desse limite fático, existe também limitação quanto à possibilidade jurídica do Estado de dispor desses recursos, quando existentes. Essas duas limitações formam a chamada “reserva do possível”.

Para a efetivação do direito à saúde, por exemplo, é importante uma organização das políticas social e econômica do Estado. O mesmo ocorre com o direito à educação. Os direitos sociais possuem limite fático à sua efetivação, que está na real existência de meios por parte dos cofres públicos para cumprir com suas obrigações.

Em linhas gerais, o princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis.

A Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, ensina que “a doutrina concebeu o princípio da reserva do possível, segundo o qual a prática das políticas públicas somente poderia ser responsabilizada e cobrada dos agentes, órgãos e agentes públicos quando houvesse recursos disponíveis para a operacionalização dos serviços a serem prestados à sociedade conforme a demanda a ser satisfeita”. (ROCHA, 2005, p. 454)

De acordo com Rocha (2005, p. 454), “a reserva do possível tem sido utilizada, portanto, como mecanismo de defesa do Estado sempre que este se vê na possibilidade de

sofrer coação, por intermédio do Poder Judiciário, consistente em fazer valer o comando constitucional de implementação dos direitos sociais”.

Assim, a Reserva do Possível determina que um direito só poderá ser exigido dentro das condições fáticas e existentes. No entanto, a partir dessa noção, verifica-se certa insegurança na doutrina e na jurisprudência quando for necessário fazer referência à reserva do possível, sendo que alguns tratam-na como princípio, outros como cláusula ou postulado, e outros mais específicos ainda ao tratá-la como condição da realidade.

A questão da insuficiência de recursos como limite para o reconhecimento pelo Estado do direito às prestações, sempre desafiou os operadores do direito. Pode o Direito oferecer resposta segura para situações em que os recursos sejam limitados?

O voto do Ministro Edson Fachin, no citado Recurso Extraordinário n. 592.581/RS do Supremo Tribunal Federal, pondera que:

“a reserva do possível não pode servir de argumento para escusar o Estado de cumprir os comandos constitucionais, sobretudo aqueles expressamente nomeados e caracterizados como direitos fundamentais. Eventual objeção orçamentária deveria ser acompanhada de prova expressa, documental, que justifique adequadamente e demonstre a impossibilidade financeira do Estado, bem como porque as escolhas político-governamentais deixaram de atender demanda tão fundamental. A invocação da reserva do possível não pode consistir em mera alegação que isenta, por si só, o Estado de suas obrigações. [...] destarte, a inexistência de recursos no orçamento vigente - demonstrável objetivamente – não afasta a possibilidade de atendimento do direito em tela. Nesta perspectiva, é possível a inclusão da respectiva dotação no orçamento do ano seguinte (art. 165, § 5º, c/c art. 167, I, ambos da Constituição da República). [...] o orçamento possui caráter apenas autorizativo, isto é, apenas permite que, caso se pretenda utilizar o recurso financeiro, este uso estará permitido na peça orçamentária proposta pelo Executivo e aprovada pelo Legislativo. Não possui, entretanto, caráter obrigatório para a execução daquela dotação. [...] tais medidas visam dar concretude ao direito violado e, em última análise, concretizar a força normativa da Constituição, sem que, no entanto, tal determinação judicial signifique uma substituição indevida do Juiz aos atos do gestor. No presente caso, silenciar ou decidir pouco não contribui para a superação da situação de negação de direitos. Por outro lado, atuar e garantir o direito do preso à sua integridade física e moral não precisa ser atividade de substituição ao gestor, mas exigir que este, de acordo com suas escolhas políticas, orçamentárias, técnicas, cumpra a exigência constitucional”.

Sabe-se que a imediata aplicabilidade dos direitos prestacionais pode encontrar limites na chamada “reserva do possível”. Já que tais direitos fundamentais, para serem concretizados, implicam necessariamente a alocação, distribuição e mesmo criação de recursos e bens materiais, comportando-se, nesse aspecto, como um direito de defesa.

(GRINOVER, 2013, p. 138), assevera que “o Judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da proposta orçamentária a verba necessária à implementação da

política pública. Dessa forma, a “reserva do possível” pode levar o Judiciário à condenação da Administração a duas obrigações: a de fazer a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação e à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação”.

Como já foi dito, a dignidade da pessoa humana além de ser um princípio fundamental é um dos fundamentos do Estado brasileiro e visa garantir o mínimo existencial aos indivíduos dentro de um critério pautado na razoabilidade. Constitui o fundamento para a legitimação dos direitos humanos sociais. Enquanto direito positivo, funciona como centro e fundamento do ordenamento jurídico, matriz de todos os direitos fundamentais; enquanto direito social, são promocionais, sendo necessária a intervenção do Estado para sua efetivação.

Em linhas gerais, o princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis. A limitação de recursos existe e é uma contingência que não pode ser ignorada, devendo o intérprete levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

4.2 Mínimo existencial

De acordo com o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) ao se fazer menção ao mínimo existencial, “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.”

A questão é o que fazer para compatibilizar os direitos sociais e a real situação da dificuldade financeira do Estado?

A doutrina tem apresentado a existência de um padrão básico para atender com dignidade todas as pessoas. É o mínimo existencial.

Tal padrão estaria longe da aplicabilidade de todos os direitos sociais previstos constitucionalmente, mas deve servir como critério de aferição da possibilidade de

coercibilidade da decisão judicial na discricionariedade administrativa. (ROCHA, 2005, p. 456) esclarece que não se pode responsabilizar o ente público ou o governante por não despendere o dinheiro que não tem. Mas não há de se deixar de responsabilizá-lo por traduzir mal as demandas sociais e por aplicar pessimamente os recursos financeiros, arredando-se do constitucionalmente definido como prioritário.

O art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, permite estabelecer algumas ponderações ao fazer menção ao conteúdo normativo próprio ao princípio do mínimo existencial, dispondo que “toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a 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”.

Observe-se que o princípio do mínimo existencial está englobado no conteúdo jurídico do princípio da dignidade humana, pois não há que se considerar possibilidade de existência de vida digna sem que sejam assegurados o mínimo necessário à sobrevivência da cidadania.

O mínimo existencial é um direito pré-constitucional, não positivado na Constituição da República, mas implícito no item III do art. 3º, como sendo um dos objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização, e expresso nas normas que preveem as imunidades tributárias.

(WATANABE, 2013, p. 219) explica que o mínimo existencial diz respeito ao núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana. O autor ainda assinala que o “**mínimo existencial**” é conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição do retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições sociais e econômicas do País. O que hoje, pelas condições existentes, pode não ser judicialmente tutelável, poderá vir a sê-lo no futuro, imediato o mediato, segundo o desenvolvimento do País.

Assim, mínimo existencial não possui quantificação única e definitiva, cabendo ao legislador "a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição etc.", cabendo aos Tribunais decidir sobre este padrão existencial mínimo. "

O mínimo existencial, por compreender todo um conjunto de materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, pode ser identificado como o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais. Deve ser avaliado à luz das circunstâncias de cada caso, sem excluir a possibilidade de "inventariar" as conquistas já sedimentadas, o que possibilita a inclusão da educação fundamental, da saúde básica, da assistência aos desamparados e do acesso à justiça.

(GRINOVER, 2013, p. 137) assevera que “nos casos de urgência e violação ao mínimo existencial, o princípio da reserva do possível não deverá constituir obstáculo para a imediata satisfação do direito”.

O argumento em prol do caráter vinculante estabelecido pelo princípio do mínimo existencial destaca que a manifestação do Estado a partir de seus Poderes constituídos, Executivo, Legislativo e Judiciário, deve ser garantidor do acesso aos direitos básicos da coletividade, principalmente os sociais, corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme reconhecimento atribuído por parcela da doutrina e jurisprudência, que afirma que ao ser humano assiste direito de acesso a estes bens, aos meios que possibilitem satisfação de suas necessidades básicas.

4.3 Relação entre reserva do possível e mínimo existencial

A partir do contexto em exame, percebe-se que o conflito aparente entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, é objeto de cotidiana análise nas diversas instâncias jurisdicionais do País, o que reforça a pertinência da pesquisa.

A reserva do possível não impede o Judiciário de "zelar pela efetivação dos direitos sociais", mas deve fazê-lo com cautela e responsabilidade, consciente do problema da escassez de recursos.

Por sua vez, o mínimo existencial tem importância para definir o núcleo essencial dos direitos sociais. Seria uma forma de guiar o intérprete da lei na busca do núcleo essencial desses direitos. Contudo, o fato do mínimo existencial ser variável e dependente das circunstâncias, coloca em dúvida sua capacidade de servir de referência para definir o núcleo essencial dos direitos sociais.

Dessa forma, a ideia de mínimo existencial não reforça a garantia ao fundamental dos direitos sociais, pois não cria parâmetros claros nem para a tomada de decisão de legisladores, administradores ou juízes, e tampouco para seu controle social.

Os direitos sociais exigem prestação positiva por parte do Estado. Com a escassez dos recursos e a crescente demanda pelos direitos fundamentais (saúde, educação, entre outras) cabe à Administração Pública o gerenciamento desses recursos, para que a efetivação dos direitos sociais seja limitada por parâmetros de ordem financeira, a chamada reserva do possível, que seria um limitador fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Prosseguindo, fala-se na existência do direito ao mínimo existencial como princípio da dignidade humana, pelo qual cabe ao Estado garantir ao cidadão parcela mínima imprescindível à existência do indivíduo.

O conceito do mínimo existencial ou de limites do razoável na realidade atual do Brasil é bastante instável diante da desigualdade social e a distribuição de renda que são as maiores do mundo. É necessário que se faça um ajustamento mínimo à nossa realidade.

A reserva do possível é uma contingência de ordem econômica que não se pode ignorar. Como tal deve ser devidamente apreciada pelo aplicador da lei ao dizer se o Estado pode ou não ser compelido a fornecer determinada prestação. Por outro lado, é sabido que o Estado explora com eficiência os instrumentos hábeis à arrecadação de tributos. Assim, não pode fugir da contrapartida que lhe impõe a Constituição da República que é disponibilizar condições materiais imprescindíveis à dignidade da pessoa humana e assegurar que seja prestado ao cidadão o mínimo existencial.

Ainda, em relação à Reserva do Possível e Mínimo Existencial, a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto no Recurso Extraordinário n.592581/RS, destacou sobre a reserva do possível e o mínimo existencial que “não se trata apenas do mínimo existencial, mas de existência, fazendo a Constituição, em seu art. 1º, referência à dignidade da pessoa humana, e, no art. 170, à existência digna, o que vale para todos, e, em especial, para quem está sob a custódia do Estado”.

Depreende-se que o mínimo existencial refere-se à própria existência e sua violação seria também a violação dos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, justificando, assim, maior atuação do Judiciário e maior implementação das políticas públicas. Dessa forma, conforme assevera (WATANABE, 2013, p. 218), “não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial”,

5 CONCLUSÃO

No presente estudo foi destacada a importância do cumprimento dos direitos fundamentais garantidores da dignidade da pessoa humana. Para tanto, a Constituição da República de 1988 prevê no art.1º que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito” e tem, dentre seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana.

Para garantir esse direito fundamental não efetivado pelo Executivo, o Judiciário deve, sempre que provocado pelo interessado, intervir sempre de forma razoável e proporcional por

meio do controle jurisdicional das políticas públicas, que deve ocorrer em situações que demonstrem a urgência, nas hipóteses de inércia do legislador poderia ser interpretada como a perda da rigidez da Constituição da República.

O Recurso Extraordinário 592.581/RS do Supremo Tribunal Federal analisado demonstrou a necessidade de implementação e soluções urgentes para o sistema prisional brasileiro, sob pena de violação de direitos fundamentais e ao próprio mínimo existencial, devendo o Judiciário impor à Administração Pública a obrigação de fazer, atendendo ao comando Constitucional. Não havendo a previsão orçamentária, deverá ser feito planejamento para que no próximo orçamento, seja possível a concretização da política pública, suplementar o vigente.

A reserva do possível é uma contingência de ordem econômica que não se pode ignorar. Assim, para a implementação das políticas públicas é necessário que exista a disponibilidade financeira garantida por meio de adequado planejamento orçamentário, para que, dessa forma, o controle jurisdicional, possa condenar o Poder Público à obrigação de fazer a inclusão no orçamento da verba necessária para o adimplemento da obrigação e a obrigação de aplicar a verba em políticas públicas.

O mínimo existencial compreende aquilo que é indispensável para assegurar a cada pessoa vida digna e seus direitos fundamentais sociais. Entretanto, o mínimo existencial é aquele necessário para garantir a dignidade da pessoa humana, não podendo ser medido, uma vez que a realidade varia com tempo, não podendo o princípio da reserva do possível ser atrelado ao mínimo para sua efetividade.

Por fim, ressalte-se que as políticas públicas são todas aquelas necessárias para garantir a saúde, a educação, o combate à pobreza absoluta, a inclusão social, a segurança pública, a manutenção do sistema prisional, principalmente com a alimentação dos detentos, o saneamento básico, a infraestrutura, dentre outras.

Com a escassez dos recursos e a crescente demanda pelos direitos fundamentais cabe à Administração Pública o gerenciamento e boa gestão desses recursos para garantir a chamada reserva do possível e a efetivação de todos os direitos sociais e, caso o Executivo e o Legislativo não promovam as condições necessárias à efetivação dos direitos fundamentais, compete ao Judiciário, sempre que acionado, intervir para compeli-la e efetivação de políticas públicas com vistas à concretização desses direitos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Publ. em 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições)>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 592581/RS**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julg. 13/08/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível**. In **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**. Número 5. Janeiro/junho de 2005 – São Paulo: Ed. Del Rey, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998 | Interesse público, v. 4, n. 16, p. 49-63, out./dez. 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHRISPINO, Alvaro. **Introdução do estudo das políticas públicas: uma visão interdisciplinar e contextualizada**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Nações Unidas do Brasil, Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MADALENA, Luis Henrique. **Discricionariedade** Administrativa e hermenêutica. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

NETO, Eurico Bitencourt. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade da Administração**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível**. In *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. Nº 5. Jan./jun. 2005 – São Paulo: Del Rey, 2005.

RUBIO, Valle Labrada. **Introduccion a la Teoria de los Derechos Humanos**: Fundamento. Historia. Declaracion Universal de 10 de diciembre de 1948. Madrid: Civitas, 1998.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais como trufas da maioria**, 2015. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.02/5018>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SIERRA, Vânia Morales. **A judicialização da política no Brasil e a atuação do assistente social na justiça**. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802011000200013>. Acesso em: 22 jan. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.