

A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas

Tiago Fensterseifer - DPSP

(...) a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como sói acontecer – por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário (...).¹

Sumário: 1. O novo papel constitucional da Defensoria Pública (Pós-EC/45 e Pós-Lei 11.448/07) na tutela coletiva dos direitos fundamentais sociais da população carente; 2. Direitos fundamentais sociais: dos idos tempos da norma apenas programática ao direito subjetivo de hoje; 3. Mínimo existencial: o direito fundamental às prestações sociais básicas para uma vida digna; 4. Defensoria Pública, direitos fundamentais sociais, ação civil pública, controle judicial de políticas públicas, separação dos poderes e reserva do possível.

1. O NOVO PAPEL CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA (PÓS-EC/45 E PÓS-LEI 11.448/07) NA TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DA POPULAÇÃO CARENTE

A Defensoria Pública exerce um papel constitucional essencial na tutela e implementação dos direitos fundamentais de todas as dimensões ou gerações, pautando-se, inclusive, pela perspectiva da integralidade, indivisibilidade e interdependência de todas elas.² Assim, da mesma forma que a Defensoria Pública atua na tutela dos direitos liberais (ou de primeira dimensão), conforme se verifica especialmente no âmbito da defesa criminal, movimenta-se também, e de forma exemplar, no sentido de tornar efetivos os direitos sociais (ou de segunda dimensão), o que se registra nas defesas em ações possessórias (direito à moradia) e nas ações de medicamentos (direito à saúde) e pedidos de vaga em creche e escola (direito à educação), em vista sempre do objetivo maior de tutelar a dignidade da parcela

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 346.

² Nesse prisma, merece destaque a Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), promulgada na 2ª Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, a qual estabeleceu no seu art. 5º que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”, reconhecendo que as diferentes dimensões de direitos humanos conformam um sistema integrado de tutela da dignidade humana. Sobre o tema, cfr. WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006, 117-121; e SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

pobre da população brasileira. As dimensões de direitos fundamentais, na sua essência, materializam os diferentes conteúdos integrantes do *princípio da dignidade humana*³, o qual se apresenta como o pilar central da arquitetura constitucional e objetivo maior a ser perseguido na atuação da Defensoria Pública. Onde houver violação aos direitos fundamentais e à dignidade da população carente, a Defensoria Pública estará legitimada constitucionalmente para fazer cessar tal situação degradadora dos valores republicanos.

Para certificar o atual perfil constitucional da atuação institucional da Defensoria Pública no âmbito do Estado Social e Democrático de Direito brasileiro, registra-se a sua recente inclusão no rol dos entes legitimados para a propositura da ação civil pública (art. 5º da Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei 11.448/07). Tal mudança legislativa transpõe para o plano infraconstitucional o novo perfil dado à Defensoria Pública a partir da Reforma do Poder Judiciário, levada a cabo através da Emenda Constitucional n. 45/2004⁴, a qual fortaleceu a sua dimensão jurídico-constitucional no Estado de Direito brasileiro. A ampliação da autonomia institucional (funcional, administrativa e financeira) conferida à Defensoria Pública pelo texto constitucional⁵ reflete justamente na tutela dos direitos sociais, pois permite a sua maior liberdade e independência de atuação nas demandas contra o Estado, como é a praxe das demandas que reivindicam prestações sociais (medicamentos e tratamento médico, defesas em possessórias por ocupação de áreas públicas, pedidos de vaga em creches e escolas, pedidos de transporte gratuito, saneamento básico, etc.). E, nesse prisma, o reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública força ainda mais a abertura das portas do Poder Judiciário às demandas coletivas dos pobres do Brasil (no que tange aos seus interesses individuais homogêneos, coletivos em

³ Sobre o princípio (e valor constitucional) da dignidade da pessoa humana, cfr. a obra já clássica de SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁴ No sentido de aprofundar ainda mais o processo constitucional de fortalecimento da Defensoria Pública, tramita no Congresso Nacional a PEC 487, de autoria do Ex-Senador Roberto Freire (PPS-PE), bem como o seu substitutivo proposto pelo Governo Federal (PEC 144).

⁵ Com base em tal entendimento, CUNHA JÚNIOR assevera que a atribuição às Defensorias Públicas Estaduais, no plano constitucional, de autonomia funcional, administrativa e financeira, diante do novo § 2º acrescido ao art. 134 da nossa Lei Fundamental, representa manifesto compromisso do Estado brasileiro no tocante ao seu dever constitucional de garantir o direito fundamental de acesso à justiça das pessoas desprovidas de recursos financeiros. Como pontua o autor, “as Defensorias Públicas revelam-se como um dos mais importantes e fundamentais instrumentos de afirmação judicial dos direitos humanos e, conseqüentemente, de fortalecimento do Estado Democrático do Direito, vez porque atua como veículo das reivindicações dos segmentos mais carentes da sociedade junto ao Poder Judiciário, na efetivação e concretização dos direitos fundamentais”. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 979.

sentido estrito e difusos), ampliando e garantindo o seu acesso à justiça. Como assevera MARINONI, “quanto mais se alarga a legitimidade para a propositura dessas ações, mais se intensifica a participação do cidadão – ainda que representado por entidades – e dos grupos no poder e na vida social”.⁶

A falta de acesso da população pobre aos seus direitos fundamentais sociais, infelizmente, tem sido recorrente na nossa história política e realidade socioeconômica, caracterizando, na grande maioria das vezes, a omissão dos entes federativos em atenderem de modo minimamente satisfatório a tais demandas sociais, como ocorre, por exemplo, no caso da saúde, da educação, do saneamento básico, da assistência social e da moradia. O enfrentamento de tal situação é uma das missões constitucionais mais importantes conferidas à “instituição cidadã”, valendo-se, para cumprir com tal objetivo e dever constitucional, tanto de uma atuação jurídico-processual individual quanto coletiva (judicial ou extrajudicial). Para além das ações individuais de obrigação de fazer ou mandados de segurança, a Defensoria Pública dispõe hoje da ação civil pública para tutelar os direitos sociais da população carente de forma coletiva, potencializando a defesa dos seus direitos e a ampliação do seu acesso à justiça⁷, em sintonia com o caminhar da melhor e mais arejada doutrina processual-constitucional.

A abertura das “portas” do Poder Judiciário, alinhado com as garantias constitucionais do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV) e da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), toma o rumo traçado pelo espírito democrático-participativo da nossa Lei Fundamental de 1988. E tal “abertura de portas”, ampliando o acesso das pessoas, especialmente daquelas que antes não ingressavam nas nossas Cortes de Justiça por impossibilidade econômica e técnica, está diretamente relacionada à legitimidade para a

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 199.

⁷ Para a superação do modelo clássico “assistencialista” da garantia constitucional de “assistência jurídica integral e gratuita” (art. 5º, LXXIV), deve-se tomar hoje o acesso à justiça, especialmente para o caso das pessoas pobres, não como mero “favor” ou “benefício” prestado pelo Estado brasileiro, mas sim como dever constitucional e, acima de tudo, como direito subjetivo do indivíduo que se encontrar em tal situação de carência, capaz de obrigar judicialmente o Estado a lhe garantir tal serviço essencial ao exercício dos seus direitos fundamentais e dignidade. De acordo com tal entendimento, cfr. ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 264; e BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. 2.ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008, p. 325. A autora, com base em tal perspectiva, defende o entendimento de que seria plenamente possível ao Judiciário, no âmbito de uma ação coletiva, fixar prazo para que o Poder Público (estadual ou federal) pratique os atos necessários à instituição da Defensoria Pública, sob pena de responsabilização do agente por descumprimento de decisão judicial (pp. 330-331).

propositura de ações judiciais, além, é claro, de outras questões estruturais e organizacionais do nosso sistema de justiça. A partir do enfoque da instrumentalidade do processo, DINAMARCO defende a modificação do sistema processual de modo a torná-lo aberto ao maior número possível de pessoas. Pela trilha instrumentalista, o sistema processual deve adotar técnicas capazes de “dotar o processo de maior carga de utilidade social e política”.⁸ Através de instrumentos como o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública, amplia-se a via de admissão em juízo e, conseqüentemente, o acesso à justiça, permitindo a abertura do sistema, de modo proporcionar benefícios a indivíduos e grupos sociais.⁹

O reconhecimento da legitimidade ativa da Defensoria para a propositura da ação civil pública ruma nessa direção, consolidando entendimento doutrinário e jurisprudencial¹⁰. Alinhados a tal compreensão, DIDIER e ZANETI acentuam que a nova redação conferida ao art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), determinada pela Lei 11.448/07, prevendo expressamente a legitimidade ativa da Defensoria Pública (art. 5º, II) para a propositura da ação civil pública, atende à evolução da matéria, de modo a democratizar a legitimação, bem como revelar a tendência jurisprudencial que já se anunciava.¹¹ Na mesma linha processual-constitucional, CASTRO MENDES, ao referir o “espírito” subjacente à inclusão da Defensoria Pública como legitimado ativo para a propositura da ação civil pública no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, destaca que o caminho trilhado foi no sentido de democratizar o acesso à justiça, fortalecendo as ações coletivas a partir da ampliação do rol de legitimados, de modo a romper com os sistemas tradicionais que procuram atribuir com certa exclusividade tal legitimidade.¹²

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 362

⁹ DINAMARCO, “*A instrumentalidade do processo...*”, p. 331.

¹⁰ REsp 55.111/RJ, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 05.09.2006.

¹¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual*. Volume 4 (Processo Coletivo). Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 219. No entanto, na contramão da História e de forma contrária à evolução da matéria processual-constitucional, por fundamentos que mascaram pretensões puramente corporativas, tramita no Supremo Tribunal Federal a ADIN 3.943, interposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, já com parecer favorável do Procurador-Geral da República (21.02.2008), que contesta a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública.

¹² CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. “O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 23. No mesmo sentido, cfr. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. “Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 116.

A Defensoria Pública, nessa perspectiva, está perfeitamente legitimada a atuar como “guardiã” dos direitos fundamentais sociais na ordem jurídico-constitucional brasileira. Tal papel constitucional conferido à Defensoria Pública possui ainda maior relevância quando está em causa a proteção de um patamar mínimo em termos de prestações sociais, sem o que a vida humana não pode se desenvolver de forma minimamente digna. Tal “retrato” de degradação social está presente de forma significativa na realidade brasileira, onde uma massa expressiva da população carente encontra-se sem acesso aos seus direitos sociais básicos (*mínimo existencial*), e, por consequência, a uma vida digna. A Defensoria Pública, diante de tal contexto, deve movimentar-se na defesa de tais cidadãos, fazendo com que seja garantida a eles nada menos que uma vida digna. Esse é o “espírito constitucional” que fundamenta a atuação da Defensoria e de cada Defensor Público. Por vezes, o acesso à justiça proporcionado pela Defensoria Pública, especialmente no caso da sua atuação coletiva, servirá de porta de ingresso da população carente ao espaço comunitário-estatal, permitindo a sua inclusão no pacto social estabelecido pela nossa Lei Fundamental.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: DOS IDOS TEMPOS DA NORMA APENAS PROGRAMÁTICA AO DIREITO SUBJETIVO DE HOJE

A discussão que permeia a “justiciabilidade” dos direitos fundamentais sociais tem ocupado um lugar de destaque no debate jurídico-constitucional brasileiro contemporâneo, tendo em vista, especialmente, o tratamento privilegiado conferido a eles pela Lei Fundamental brasileira de 1988, de modo a situá-los no Capítulo II do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. A idéia “clássica” de que tais direitos comportariam apenas normas programáticas, ou seja, meras “recomendações” para as políticas públicas a serem, respectivamente, reguladas pelo Legislativo e implementadas pelo Executivo, encontra-se superada pela doutrina constitucional contemporânea.¹³ A própria garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV) opera no sentido de legitimar a

¹³ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 95-118; e, especialmente, SARLET, “A eficácia dos direitos fundamentais...”, pp. 296-387. Como refere FERRAJOLI em prólogo à obra de ABRAMOVICH e COURTIS, é necessária a formulação de uma dogmática dos direitos fundamentais sociais de refutação às hipóteses de não-justiciabilidade de tais direitos. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13.

“justiciabilidade” dos direitos sociais diante de um quadro de lesão ou ameaça de lesão, o que ocorre, sem sombra de dúvidas, no caso de omissões, por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, em cumprir com os seus deveres constitucionais de garantir o desfrute de tais direitos essenciais a uma vida humana minimamente digna.

Da sua “infância” à “maturidade” normativa, os direitos fundamentais (e humanos) passam por um longo processo de reconhecimento e afirmação histórica (e também normativa). No caso dos direitos sociais, diferentemente do que ocorreu com os direitos liberais (civis e políticos), o seu devido lugar na constelação dos direitos fundamentais tardou um pouco mais a se consolidar. E tal consolidação (ou “maturidade”) jurídica toma forma especialmente no reconhecimento de uma posição jurídica subjetiva por trás de tais direitos. Alinhado a tal premissa, ABRAMOVICH e COURTIS afirmam que o que qualifica a existência de um direito social como um “direito pleno” não é simplesmente a conduta cumprida pelo Estado (ou seja, a realização dos seus deveres constitucionais de proteção através de políticas públicas satisfatórias), mas sim a existência de algum poder jurídico para o titular do direito atuar em caso de descumprimento da obrigação devida pelo Estado.¹⁴ Tal “poder jurídico” conferido ao indivíduos (e também às instituições estatais encarregadas constitucionalmente de tutelar seus direitos, como é o caso do Ministério Público para a coletividade e da Defensoria Pública para a população carente¹⁵) está consubstanciado no reconhecimento da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais, para além, é claro, da sua dimensão objetiva¹⁶ (onde se situam os *deveres de proteção* do Estado para com tais direitos e o seu conteúdo de norma programática).

O fato de se conferir a um direito uma perspectiva ou dimensão subjetiva revela a sua maior intensidade normativa, já que ao titular do direito é dada uma maior esfera de

¹⁴ ABRAMOVICH; COURTIS, “*Los derechos sociales...*”, p. 37.

¹⁵ Com tal enforque, é bom ressaltar que, se o Ministério Público é responsável pela tutela dos direitos da totalidade sociedade brasileira, a Defensoria Pública, conforme registrado pelo II Diagnóstico da Defensoria Pública (pp. 22-23), realizado pelo Ministério da Justiça, é responsável pela tutela dos direitos de mais de 85% da população brasileira, já que tal percentual da população estaria enquadrado na condição socioeconômica atendida pela referida instituição (até 03 salários mínimos). Disponível em: <http://www.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>. Acesso em 06.03.2008.

¹⁶ Nesse sentido, HESSE destaca o caráter duplo dos direitos fundamentais, que atuam simultaneamente como “direitos subjetivos” e como “elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade”. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* (Tradução da 20.ed. alemã). Porto Alegre: SAFE, 1998, pp. 228-244. No âmbito da doutrina brasileira, cfr. SARLET, “*A eficácia dos direitos fundamentais...*”, pp. 167-177.

autonomia para torná-lo efetivo. Da mesma forma, é o reconhecimento de uma dimensão subjetiva que autoriza o indivíduo a postular o seu direito em face do Poder Judiciário, exigindo, portanto, a tutela do Estado para torná-lo efetivo, tanto diante de ações ou omissões violadoras do seu conteúdo provenientes do próprio Estado quanto de particulares. Aí está consignada a importância do reconhecimento da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais, como já resultou consolidado, de forma exemplar, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no caso dos direitos fundamentais à saúde¹⁷ e à educação¹⁸.

O Poder Judiciário brasileiro, sensível a tal “estado da arte” do tratamento jurídico-constitucional conferido aos direitos fundamentais sociais, como apontado pelas decisões colacionadas, tem cada vez mais levado a sério tais direitos, reconhecendo *posições jurídicas subjetivas* a partir do seu conteúdo normativo, o que tem permitido a sua “judicialização” nos casos em que o Poder Legislativo e o Poder Executivo incorrerem em omissão ou mesmo em insuficiência (proibição de insuficiência) no que tange aos seus deveres de proteção e concretização para com tais direitos. Com tal atitude, o Poder Judiciário tem sido acusado, pela corrente doutrinária contrária à sindicância dos direitos sociais, de violar o princípio da separação dos poderes. No entanto, como será mais bem explorado adiante, é importante deixar claro que a atuação do Poder Judiciário tem sempre se dado de forma subsidiária e excepcional, ou seja, somente diante da omissão ou atuação insuficiente dos demais poderes de implementarem políticas públicas minimamente satisfatórias na área dos direitos sociais. Isso, infelizmente, tem ocorrido, por exemplo, no caso do direito à saúde, do direito à educação, do direito ao saneamento básico e do direito à moradia, de modo a criar um descompasso abissal entre a realidade social e o projeto normativo-constitucional de 1988.

A Constituição de 1988 situa a *dignidade humana como fundamento da República brasileira* (art. 1º, III). Diferentemente de um modelo de Estado Liberal, onde a atuação estatal tem um viés abstencionista ou negativo, no caso do *Estado Social* a postura estatal assume uma *função promocional dos direitos fundamentais*, e especialmente dos direitos sociais. Esse é o conteúdo, por exemplo, das normas contidas nos artigos 196 (direito à saúde)

¹⁷ No sentido de reconhecer a perspectiva subjetiva do direito fundamental à saúde, cfr. STF, RE-AgR 393175/RS, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12.12.2006.

¹⁸ Sobre o reconhecimento da perspectiva subjetiva do direito fundamental à educação, cfr. STF, RE 436.996-9, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 26.10.2005.

e 208, § 1º, (direito à educação) da nossa Lei Fundamental, os quais dão forma tanto ao *direito subjetivo dos indivíduos* quanto ao correspondente *dever de proteção do Estado* (associado à dimensão objetiva dos direitos fundamentais em questão). Tal feição estatal, como refere o constitucionalista português VIEIRA DE ANDRADE, modula a idéia de um *Estado “guardião”* ou *“amigo” dos direitos fundamentais*¹⁹ e da dignidade dos seus cidadãos. Assim, diante da omissão do Legislativo ou do Executivo em garantir um patamar mínimo em termos de direitos sociais, o Poder Judiciário não só tem o “poder” de intervir, mas também o “dever” constitucional de garantir uma vida digna aos seus jurisdicionados. Aí reside a legitimidade constitucional do Poder Judiciário para corrigir a omissão dos demais poderes, harmonizando o sistema constitucional.

Nesse caminhar, há ainda quem sustente que o princípio da igualdade serviria como argumento contrário ao reconhecimento da perspectiva subjetiva dos direitos sociais e à sua “judicialização”, na medida em que supostamente o acesso a tais direitos fundamentais obtidos pela via judicial “privilegiaria” alguns indivíduos em detrimento do conjunto da sociedade. No entanto, o critério adotado pelo Poder Judiciário para o acolhimento de tais pleitos reside justamente na condição socioeconômica do postulante, bem como na essencialidade do direito em causa à própria dignidade do indivíduo. Assim, o *princípio da igualdade*, alinhado com o ideal da *justiça distributiva*, deve ser interpretado justamente no sentido inverso, uma vez que objetiva criar condições de acesso a tais direitos para indivíduos que de outra maneira, ou seja, na rede privada, não teriam a menor chance de serem atendidos, já que não disporiam de recursos para custear, por exemplo, o tratamento médico ou a mensalidade escolar. Essa é a essência do princípio da igualdade na sua dimensão material, tratando de modo desigual aqueles que de fato são desiguais, com o objetivo de criar uma situação de igualdade real para todos os membros da comunidade político-estatal, sem exclusões, especialmente no que tange aos direitos fundamentais componentes do conteúdo mínimo da dignidade humana.

É só a partir da garantia de condições materiais mínimas em termos de direitos sociais indispensáveis ao exercício das liberdades públicas que o próprio princípio da diferença entre os indivíduos se legitima no âmbito comunitário. É uma premissa do Estado

¹⁹ VIEIRA DE ANDRADE, “*Os direitos fundamentais...*”, p. 143.

Social de Direito arquitetado pela Lei Fundamental brasileira sem a qual ele não passa de mera ficção e tinta no papel.

3. MÍNIMO EXISTENCIAL: O DIREITO FUNDAMENTAL ÀS PRESTAÇÕES SOCIAIS BÁSICAS PARA UMA VIDA DIGNA

A garantia constitucional de condições materiais mínimas para uma vida digna em termos de direitos sociais, como é o caso da saúde básica, da assistência social, da educação fundamental, de uma moradia simples e do acesso à justiça, é premissa à própria firmação do contrato social. Pode-se dizer, de tal sorte, que tais condições materiais elementares constituem-se de premissas ao próprio exercício dos demais direitos (fundamentais ou não), resultando, em razão da sua essencialidade ao quadro existencial humano, em um “direito a ter e exercer os demais direitos”. Sem o acesso a tais condições existenciais mínimas, não há que se falar em *liberdade real ou fática*, quanto menos em um padrão de vida compatível com a dignidade humana. Por trás da garantia constitucional do mínimo existencial, subjaz a idéia de respeito e consideração, por parte da sociedade e do Estado, pela vida de cada indivíduo, que, desde o imperativo categórico de KANT, deve ser sempre tomada como um *fim em si mesmo*, em sintonia com a dignidade inerente a cada ser humano. O Estado, por sua vez, seguindo a lógica kantiana, deve ser tomado como o meio de realização da dignidade humana.

O fundamento mais importante por trás da formulação do conceito de mínimo existencial reside, sem sombra de dúvida, no *princípio (e valor) da dignidade da pessoa humana*, já que no seu conteúdo normativo está a idéia de conceber um núcleo mínimo de direitos fundamentais (e não é apenas um único direito que está em jogo), sem o qual não é viável um desenvolvimento da vida humana em patamares dignos. À luz também do *princípio do Estado Social*, o conceito de mínimo existencial está diretamente relacionado à dimensão existencial humana mais elementar, conferindo a todo cidadão a garantia constitucional de acesso a um conjunto mínimo de prestações sociais (direitos fundamentais sociais), que pode tomar tanto a feição de um direito de natureza defensiva quanto prestacional, sem o qual a sua dignidade se encontraria profundamente comprometida ou mesmo sacrificada.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão paradigmática do Ministro CELSO DE MELLO na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N. 45, promovida contra veto

do Presidente da República de proposição legislativa que se converteu na Lei n. 10.707/03, destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004, trouxe para a Corte Constitucional brasileira a discussão acerca da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário no tocante à implementação de políticas públicas, colocando para o debate os institutos da reserva do possível e da garantia constitucional do mínimo existencial. Na ocasião, o Ministro CELSO DE MELLO destacou ser a conformação do legislador relativa (e, portanto, não absoluta) em relação à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, na medida em que há a “necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do *mínimo existencial*”.²⁰ Com tal entendimento, a Corte Constitucional brasileira, de forma inédita, abriu caminho para uma interpretação mais progressista do princípio da dignidade humana, o que foi seguido, mais tarde, por outros tribunais, como, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça²¹ e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²².

O mínimo existencial, em termos gerais, representa um consenso político-jurídico mínimo formulado pelo pacto constitucional e fundamento básico do Estado Social brasileiro. De tal sorte, pode-se afirmar que o mínimo existencial apresenta uma *eficácia jurídica contramajoritária*, uma vez que o seu conteúdo não se encontra na esfera de discricionariedade do legislador e do administrador, podendo, por conta disso, ser passível de controle judicial diante da omissão dos demais poderes em garantir a todos os cidadãos tal bem-estar mínimo. Não conferir ao indivíduo o acesso à garantia do mínimo existencial é forma de alijá-lo da comunidade político-estatal, deixando de reconhecer a sua condição de cidadão e sujeito político. É o mesmo que negar a sua condição política, além de, é claro, também negar a sua condição de ser humano, afrontando de forma direta a sua dignidade. Entre o *dever ser* da norma constitucional e o *ser* da realidade social brasileira, o mínimo existencial representa um marco político-jurídico consensual básico a respeito de um conjunto mínimo de direitos, sem o que o próprio contrato social resulta fictício, projetando o indivíduo para uma condição existencial sombria e indigna.

²⁰ STF, ADPF n. 45-DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão em 29.04.2004, Informativo 345 do STF.

²¹ STJ, Resp 811.608-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 15.05.2007.

²² TJSP, AgReg 153.688-0/2, Plenário, Rel. Des. Celso Limongi, julgado em 19.12.2007.

4. DEFENSORIA PÚBLICA, DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, SEPARAÇÃO DOS PODERES E RESERVA DO POSSÍVEL

(...) Parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais (...).²³

O mínimo existencial, na linha do que foi afirmado até aqui, caracteriza-se por ser um *direito fundamental originário* (definitivo), identificável à luz do caso concreto e passível de ser postulado perante o Poder Judiciário, independentemente de intermediação legislativa da norma constitucional e da viabilidade orçamentária, a confirmar a força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais. Tal formulação está alicerçada justamente na caracterização da garantia do mínimo existencial como uma regra jurídico-constitucional extraída do princípio da dignidade humana a partir de um processo de ponderação com os demais princípios que lhe fazem frente, como, por exemplo, a separação dos poderes e o princípio democrático. De acordo com o modelo de ALEXY, que toma por base a ponderação dos princípios em colisão, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tenha um peso maior do que os princípios formais e materiais tomados em seu conjunto (em especial, o *princípio democrático* e o *princípio da separação de poderes*), o que ocorre no caso dos direitos sociais mínimos (ou seja, do mínimo existencial)²⁴, tornando o direito exigível ou “justiciável” em face do Estado. Assim, o mínimo existencial dá forma a *posições jurídicas originárias*, detentoras de jusfundamentalidade e sindicalidade, não dependendo de intermediação do legislador infraconstitucional para se tornarem exigíveis.

Ao se entender como possíveis prestações básicas na área social exigíveis em face do Estado, especialmente em razão da conformação da garantia constitucional do mínimo existencial, um enfrentamento que se coloca diz respeito à *reserva do possível*, ou seja, as condições financeiras e previsão orçamentária do Estado para contemplar tais medidas, já que representam gasto de dinheiro público. No entanto, à luz da tese aqui defendida, no tocante aos direitos fundamentais sociais integrantes do conteúdo do mínimo existencial, o óbice da

²³ STF, ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29.04.2004, Informativo 345.

²⁴ ALEXY, “*Teoría de los derechos fundamentales...*”, p. 499.

reserva do possível não pode fazer frente, pois tal garantia mínima de direitos consubstancia o núcleo irreduzível da dignidade humana, e, sob nenhum pretexto, o Estado, e mesmo a sociedade (mas com menor intensidade), pode se abster de garantir tal patamar existencial mínimo.²⁵

A previsão orçamentária e possibilidade financeira não devem servir de barreira a impedir prestações sociais (ou mesmo medidas de natureza defensiva) quando incluídas no conteúdo da garantia constitucional em questão, possibilitando, dessa forma, a sua justiciabilidade (direta e imediata) em face do Poder Judiciário. Apenas as medidas prestacionais sociais não incluídas no conteúdo do *mínimo existencial* estarão subordinadas ao princípio orçamentário da reserva do possível. Tratando-se de medida necessária a salvaguardar o mínimo existencial, a eficácia normativa da regra constitucional em questão é extraída de forma direta e imediata a partir do comando constitucional consubstanciado nos artigos 1º, III, e 6º, caput, autorizando o Poder Judiciário a fazer valer tais direitos desde logo, independentemente da viabilidade orçamentária a da mediação legislativa.

Com base em tais considerações, o argumento da *reserva do possível* não tem peso constitucional suficiente para preponderar em face da garantia do mínimo existencial, o qual é veiculado mediante regras constitucionais extraídas diretamente do fundamento da República brasileira expresso pela dignidade humana (art. 1º, III). Não se pode opor à efetivação de tal garantia existencial mínima limitações jurídicas (dependência de normas infraconstitucionais) ou fáticas (o argumento da reserva do possível). No mesmo sentido, em face da experiência social brasileira, CLÈVE destaca que a *reserva do possível*, especialmente em relação ao *mínimo existencial*, não pode ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.²⁶ Tal consideração, à luz do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, também encontra suporte na *força normativa e eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais* que compõem o núcleo protetivo da dignidade humana.

²⁵ Tal óbice, como afirma CUNHA JÚNIOR, poderia também ser afastado com base no entendimento de que o Poder Judiciário poderia condenar o Estado a inserir no orçamento do exercício seguinte a previsão da despesa necessária ao cumprimento da ordem judicial que lhe impôs, como, por exemplo, a obrigação de construir e fazer funcionar adequadamente uma escola pública. CUNHA JÚNIOR, “Curso de direito constitucional...”, p. 703.

²⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. “A eficácia dos direitos fundamentais sociais”. In: *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano II, n. 8, Jul-Set/2003, pp. 159-160.

Com relação à suposta “invasão” do Poder Judiciário no âmbito das funções constitucionais conferidas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, em desrespeito ao princípio da separação dos poderes, é importante destacar que a atuação jurisdicional só deve se dar de maneira excepcional e subsidiária, já que cabe, precipuamente, ao legislador o mapeamento legislativo de políticas públicas sociais e, posteriormente, ao administrador a execução de tais medidas.²⁷ Agora, diante da omissão e descaso do órgão legiferante ou do órgão administrativo em cumprir com o seu dever constitucional, há espaço legitimado constitucionalmente para a atuação do Poder Judiciário no intuito de coibir, à luz do caso concreto, violações àqueles direitos integrantes do conteúdo do mínimo existencial, já que haverá, no caso, o dever estatal de proteção do valor maior de todo o sistema constitucional, expresso na dignidade da pessoa humana.²⁸ Na esteira da doutrina dominante, ao menos na esfera das condições existenciais mínimas, encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador.²⁹

O controle judicial de *políticas públicas sociais* deve ser visto também como um mecanismo conferido ao cidadão, individual ou coletivamente considerado, de controle sobre a atividade política do administrador e do legislador. Tal se faz possível especialmente no caso da tutela dos direitos sociais, já que há instrumentos processuais, como é o caso, por exemplo, da ação civil pública, da ação popular e das ações individuais de obrigação de fazer e mandados de segurança, conferidos ao indivíduo (nos três últimos casos) e às instituições estatais legitimadas constitucionalmente a tutelar seus direitos, como é o caso da Defensoria Pública e do Ministério Público, que se prestam perfeitamente para canalizar tal fiscalização

²⁷ Nessa linha, SANTOS afirma que a redemocratização e o novo marco constitucional dão uma maior credibilidade à via judicial como alternativa para alcançar direitos, o que, especialmente no caso do direito à saúde (fornecimento de medicamentos), se dá através da substituição do sistema administrativo pelo sistema judicial, já que o primeiro deveria ter garantido o acesso a tal direito, mas não o fez, cabendo ao Poder Judiciário, portanto, suprir tal omissão (pp. 18-19). Com base em tal ideário, o sociólogo do direito português destaca justamente a atuação da Defensoria Pública como essencial ao acesso à justiça e ao Judiciário da população carente, o que, como faz questão de evidenciar, resultou consagrado pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (pp. 24-25). SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

²⁸ Conforme a precisa lição do Ministro Celso de Mello, em ação envolvendo pedido de vaga em creche, “(...) embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional(...)”. (STF, RE-AgR 410715/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 22.11.2005).

²⁹ Cfr. SARLET, “A eficácia dos direitos fundamentais...”, pp. 366-387.

democrática.³⁰ Nesse aspecto, merece registro a lição de MARINONI que, a partir de uma leitura do processo civil com base na teoria dos direitos fundamentais e do direito constitucional, afirma que a participação através da ação judicial (e o mesmo raciocínio se aplica aos procedimentos administrativos) justifica-se também numa perspectiva democrática, já que essa “não mais se funda ou pode se fundar no sistema representativo tradicional”.³¹ As ações judiciais conformam o *direito à participação* inerente aos direitos fundamentais, permitindo a democratização do poder através da participação popular, que, conforme pontua MARINONI, se dá, no caso da ação judicial, de forma direta.³² Assim, a ação judicial, especialmente no caso de ação coletiva, deve ser vista também como um instrumento de atuação política, na esteira de uma democracia direta e participativa. As omissões ou ações violadoras dos direitos sociais impetradas pelo Poder Público não podem esquivar-se de tal controle do cidadão, perfeitamente legítimo no marco jurídico-constitucional de um Estado subordinado ao Direito.

À luz da doutrina do direito administrativo moderno e “constitucionalizado”, por trás da idéia de “poder” conferido ao Estado há que se ter em conta também um “dever” ou “poder-dever”³³, que deve necessariamente ser compatível com os valores fundamentais do sistema constitucional, ainda mais quando se tem em vista os deveres de proteção dos direitos fundamentais conferidos ao Estado. Tal constatação tem em conta o enfrentamento de possíveis arbitrariedades estatais, bem como a redução da margem de discricionariedade do Executivo, amarrando a sua atuação à realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, e não apenas ao interesse estatal. De tal sorte, o princípio da separação de poderes representa uma garantia destinada a assegurar a proteção dos direitos fundamentais contra o arbítrio do

³⁰ Alinhado à dimensão democrático-participativa do controle judicial de políticas públicas instrumentalizado pela ação civil pública, ROBERTO GOMES assevera que “a ação civil pública é o instrumento processual da cidadania com maior adequação e eficácia para o controle jurisdicional da omissão ilícita da Administração Pública, mediante a participação popular do titular do poder político, através do ente legitimado, na pretensão de exigir a concretização de prestações estatais positivas por meio do fazer ou do não-fazer, forte na efetividade do processo, no amplo acesso à ordem jurídica justa e na luta pela realização das aspirações sociais”. ROBERTO GOMES, Luís. *O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 265.

³¹ MARINONI, “*Teoria geral do processo...*”, p. 196.

³² MARINONI, *op. cit.*, p. 198.

³³ Sobre a idéia de *dever discricionário* (e não poder discricionário!) como “eixo metodológico” do Direito Público, é lapidar a lição de BANDEIRA DE MELLO: “é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõe-se, para qualquer agente público, como um ímã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 15.

Estado, sendo, no mínimo, contraditório que tal princípio seja invocado pelo governante justamente para negar a concretização de um direito fundamental e impedir o controle judicial da omissão estatal no cumprimento de um dever constitucional de proteção.

Portanto, diante da ocorrência de omissão estatal para com o seu dever constitucional de assegurar o acesso aos direitos fundamentais sociais (ao menos no tocante ao conteúdo do mínimo existencial), estará autorizado o Poder Judiciário a corrigir tal descumprimento do comando constitucional. Com tal premissa, poderá ser imposta à Administração a adoção de medidas negativas (cessar a atividade estatal lesiva ao direito à saúde ou ao direito à moradia) ou mesmo prestacionais (fornecer medicamento ou tratamento médico, implantar rede de tratamento de esgoto ou garantir vaga em creche). Quanto aos entes estatais legitimados constitucionalmente para corrigir tais situações perante o Poder Judiciário, destaca-se o papel constitucional da Defensoria Pública, já que, na grande maioria das vezes, quando da violação à garantia do mínimo existencial, as pessoas atingidas certamente comporão o quadro pobre e marginalizado da população brasileira. Retomando a idéia elaborada por VIEIRA DE ANDRADE, já referida anteriormente, de um Estado “Guardião” dos direitos fundamentais, pode-se dizer que o fortalecimento constitucional da Defensoria Pública, especialmente em decorrência do reconhecimento da sua legitimidade para a ação civil pública³⁴, impulsiona não apenas um Estado “Guardião”, mas sim um Estado “Defensor” dos direitos fundamentais e da dignidade, especialmente da população carente e marginalizada no nosso País.

³⁴ Nesse sentido, merece destaque decisão judicial de primeiro grau obtida na ação civil pública (Proc. 583.53.2005.001305-0, 13ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, julgada em 22 de julho de 2007) ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo no sentido de obrigar o Estado e o Município de São Paulo a “fornecerem gratuitamente, às pessoas residentes no Município de São Paulo, que não disporem de recursos para a aquisição e que comprovarem o diagnóstico do diabetes, independentemente da classificação deste, conforme prescrição médica, na quantidade e periodicidade indicada individualmente, de forma contínua, regular e ininterrupta, no prazo máximo de trinta dias a partir do trânsito em julgado desta: 1.a) de todos os medicamentos para o controle e tratamento do diabetes e/ou das doenças e/ou disfunções de órgãos decorrentes dessa síndrome; 1.b) de todos os insumos necessários ao controle do nível da glicemia, especialmente insulinas de todas as espécies que forem necessárias ao diabético, conforme indicação médica (humanas e animais, de ação ultra-rápida, rápida, intermediária, prolongada, lenta, ultralenta, pré-misturada, e outras); 1.c) de todos os produtos de autocontrole do nível da glicemia, especialmente aparelhos portáteis medidores (glicosímetro), fitas reagentes descartáveis para o aparelho medidos de glicemia e cetonemia, lancetas; 1.d) de todos os produtos de auto-aplicação de medicamentos e de insulinas que forem prescritos aos diabéticos, especialmente seringas e agulhas adequadas”. Além disso, houve a condenação do pólo passivo no “dever de veicular, através dos veículos de grande circulação local, a informação de que fornece medicamentos e demais insumos para controle do diabetes, nos termos do item 1 supra, sob pena de pagamento de multa diária no importe de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais)”.