

# A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ESCOLHAS TRÁGICAS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

## THE PUBLIC ADMINISTRATION AND THE TRAGIC CHOICES IN THE REALIZATION OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS

Fernanda Priscila Ferreira Dantas<sup>1</sup>

Janiny Karla Pereira da Câmara Ribeiro<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente estudo aborda a problemática das escolhas trágicas no âmbito da efetivação dos direitos fundamentais sociais no Brasil. Principia a discussão com a explanação relativa ao “injusto inadimplemento” dos direitos sociais pela Administração Pública, que consiste na inércia estatal para a adoção de políticas públicas destinadas à promoção dos direitos sociais, sendo aquela expressão utilizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Aduz acerca da erosão constitucional como fenômeno consistente na desvalorização da Constituição Federal em razão da omissão estatal quanto ao cumprimento dos direitos sociais. Neste cenário, explicita a ocorrência das escolhas trágicas, que são artifícios utilizados pela Administração Pública na efetivação dos direitos fundamentais sociais, que implicam na concretização de um direito fundamental em detrimento de outro, em razão da limitação de recursos estatais. Na temática relativa à limitação dos recursos estatais, o princípio da reserva do possível é abordado como óbice à promoção dos direitos sociais, devendo este princípio ser rechaçado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, registra-se a legitimidade da intervenção judicial nas políticas públicas e a possibilidade de aplicação de multa cominatória em desfavor dos órgãos públicos, para que haja o efetivo cumprimento da decisão judicial. Utiliza a metodologia indutiva e o método de abordagem bibliográfica, normativa e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Escolhas trágicas; Injusto inadimplemento; Direito Sociais; Políticas Públicas.

### ABSTRACT

This study addresses the problem of tragic choices in the context of enforcement of fundamental social rights in Brazil. The discussions begins the discussion with the explanation on the "unfair breach" of social rights by public authorities, which constitutes state inertia for the adoption of public policies aimed at promoting social rights, and that expression used by the jurisprudence of the Supreme Court. It adduces about constitutional

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Bolsista da Capes; Integrante da base de pesquisa Direito, Estado e Sociedade, Advogada.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Integrante da base de pesquisa Direito, Estado e Sociedade; Advogada e Professora da Faculdade Estácio.

erosion as a consistent phenomenon in the devaluation of the Federal Constitution because of the inactivity of the state as the fulfillment of social rights. In this scenario, it explains the occurrence of tragic choices, which are devices used by the public authorities in the enforcement of fundamental social rights, which imply the embodiment of a fundamental right at the expense of another because of limited state resources. On the topic on the limitation of state resources, the principle of reserve for contingencies is approached as an obstacle to the promotion of social rights, this principle should be rejected by Brazilian law. Finally, it records the legitimacy of judicial intervention in public policy and the possibility of application of penalty payment to the detriment of public bodies, to occur effective compliance with the court decision. This paper uses the inductive method and the method of approach literature, case law and legislation.

**Key words:** Tragic choices; unfair breach; social rights; public policies.

## 1 INTRODUÇÃO

Busca-se, na atualidade, revisitar o posicionamento do Estado na efetivação dos direitos e interesses sociais para que possa ser alcançado o objetivo constitucional de uma sociedade justa, livre e igualitária.

O artigo ora apresentado abordará a temática da realização, pela Administração Pública, de escolhas trágicas, que refletem a tensão entre a incumbência estatal de concretizar os direitos sociais e a suposta dificuldade de viabilizar a alocação de recursos para tanto. Tais escolhas podem ser verificadas quando a Administração pública promove a adoção de políticas públicas direcionadas para um determinado direito fundamental de caráter prestacional, pressupondo para a sua adoção a violação à outro direito fundamental, considerando que o poder público não dispõe de recursos suficientes para realizar todas as exigências constitucionais.

Diante desse panorama, a pesquisa tem como objetivo geral estudar as escolhas trágicas realizadas pela administração pública na implementação dos direitos fundamentais sociais. Como objetivos específicos, estima pesquisar o injusto inadimplemento dos deveres estatais, a erosão constitucional decorrente da omissão do poder público com a não concretização dos direitos sociais; o princípio da reserva do possível como argumento teórico que deve ser afastado e a atuação do poder judiciário diante da deflagrada omissão estatal.

Será demonstrado o dever estatal em garantir o mínimo existencial aos administrados, devendo ultrapassar a barreira da escassez dos recursos públicos, fazendo com que haja a ponderação dos interesses em cumprimento as demandas exigidas, uma vez que o princípio da vedação do retrocesso social impõe que os direitos já previstos e garantidos

através do constituinte originário não podem ser aniquilados pelo legislador derivado e pela Administração Pública.

A discricionariedade e a atuação administrativa limitam-se no núcleo essencial de direitos já garantidos pela Constituição. É obrigatória a atuação estatal garantindo a efetividade dos direitos sociais na busca de um melhor resultado, ante as dificuldades demonstradas com a escassez dos recursos públicos, para suprir aqueles direitos respaldados constitucionalmente.

A atuação do Poder Judiciário como órgão de controle nos descumprimentos dos preceitos constitucionais, se faz cada vez mais necessária diante da omissão da administração pública na implementação dos direitos fundamentais sociais.

A problemática reside na utilização da melhor forma de realizar a vontade Constitucional, aplicando os recursos públicos na concretização dos direitos fundamentais sociais sem ter que fazer a escolha de um direito em detrimento do outro, mas sim, otimizando os recursos disponíveis para cumprir com os comandos constitucionais.

A metodologia adotada será a de abordagem dedutiva e o método bibliográfico, bem como a análise e exposição das normas e jurisprudência relativas ao tema.

## **2 OS DIREITOS SOCIAIS E O “INJUSTO INADIMPLEMENTO” DOS DEVERES ESTATAIS**

A sociedade brasileira, profundamente desumana e desigual, retrata que as normas constitucionais definidoras de direitos sociais, em que pese a sua essencialidade, fundamentalidade, caráter cogente e aplicabilidade imediata, carecem de força normativa.

Nesse cenário de violação, encontra-se o “injusto inadimplemento dos deveres estatais”<sup>3</sup>, que faz referência à inércia da Administração Pública na adoção de políticas públicas destinadas à promoção dos direitos sociais.

A Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, traz importantes previsões sobre as quais a República Federativa do Brasil deve ser regida. Em seu preâmbulo, o constituinte instituiu um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar que os direitos sociais tenham seu pleno exercício. Prevê ainda o Preâmbulo Constitucional que

---

<sup>3</sup> O “injusto inadimplemento” trata-se de expressão trazida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que também será abordada oportunamente, quando for suscitada a ocorrência de escolhas trágicas na efetivação de direitos sociais no Brasil.

Estado deve assegurar o exercício da liberdade, da segurança, do bem estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça, sendo estes os valores supremos de uma sociedade fraterna.

O Art. 1º da CF prevê como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Dentre os objetivos fundamentais da República, tem-se o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Como princípio norteador das relações internacionais, está o princípio da prevalência dos direitos humanos, que no plano interno, equivalem aos direitos fundamentais.

Os direitos sociais propriamente ditos, epicentro da presente discussão, estão previstos na CF/88, no Título II “Dos direitos e Garantias Fundamentais”, no Capítulo II, em seu artigo 6º, cujo teor declara que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Esta é, senão, a principal previsão normativa dos referidos direitos.

De forma relacionada, cite-se que o art. 23 da CF determina que dentre as competências comuns dos entes federativos está a de zelar pela guarda da Constituição, cuidar da saúde e da assistência pública, combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, de forma a promover a integração social dos setores menos favorecidos.

Nessa temática, aduz o artigo 170 que a ordem econômica e financeira tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna. Ademais, o art. 193, que trata da ordem social, dispõe que a ordem social objetiva o bem-estar e a justiça social.

O artigo 203 do texto constitucional determina que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, de forma que se promova a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice e ainda, amparando as crianças e adolescentes carentes.

Acerca da aplicabilidade dos direitos sociais, a CF, no art. 5º, parágrafo primeiro, determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Assim, trata-se de uma norma de eficácia plena, na classificação de José Afonso da Silva, estando apta a produzir efeitos a partir da sua vigência (2012, p. 151).

Os direitos sociais, como parte integrante dos direitos fundamentais, equivalem a prestações positivas promovidas pelo Poder Público, quer seja direta ou indiretamente, atendendo ao disposto nas normas constitucionais. As referidas prestações possibilitam melhores condições de vida aos menos favorecidos socialmente, já que estes direitos tendem a

promover a igualdade material para aqueles que vivem em uma realidade social deficiente (SILVA, 2003, p. 565).

Dessa forma, é patente a prestação estatal a que equivalem os direitos sociais, frisando a essencialidade e extrema relevância para a vida e a dignidade de seus titulares.

A principal forma de concretização dos direitos sociais pelo Estado são as políticas públicas, que encontram neles a razão principal de sua existência e realização.

Saliente-se que essas políticas podem ser executadas, inclusive, pelos entes privados, no momento em que o Estado impõe-lhes essa obrigação, com fulcro no exercício de seu Poder de Regulação na economia.

Neste contexto, tem-se que as políticas públicas correspondem a programas de ação estatal que objetivam coordenar todos os meios que estão à disposição do Estado, bem como as atividades de cunho privado, com o fim de alcançar objetivos socialmente relevantes, bem como politicamente pré-fixados (BUCCI, 2007, p. 241).

É necessário para que as políticas públicas possibilitem a consecução dos fins destinados na Constituição, no que toca a concretização dos direitos sociais, que sejam adotadas progressivamente, o que também não se observa no Brasil, considerando que a adoção de políticas públicas geralmente ocorre de forma associada ao período de um mandato eletivo.

É importante mencionar o sentido de universalidade das políticas públicas no âmbito dos direitos sociais, posto que essa universalidade é garantida expressamente pela Constituição Federal, já que, de forma clara, os direitos fundamentais possuem como destinatários à todos, indistintamente.

Os direitos sociais ensejam medidas desiguais conforme forem as desigualdades existentes, de forma a compensá-las. Trata-se de um direito de cunho discriminatório positivo que pretende possibilitar o acesso a oportunidades que são devidas à todos os cidadãos (SARLET, 2012, p. 283).

As prestações estatais em debate necessitam de implementação, tendo em vista carecer a sociedade de melhoria, distribuição de renda e redistribuição de bens cuja fundamentalidade é patente, todavia, não são disponíveis a todos (SARLET, 2012, p. 284).

Ocorre que, paralelamente a essa flagrante necessidade, uma das maiores problemáticas para a concretização dos direitos sociais, que dependem de prestações estatais, é a hipotética limitação de recursos destinados para este fim, em detrimento da disponibilidade fática de recursos suficientes para tanto.

Cite-se como exemplo material dessa escusa a linha de defesa estatal esboçada no princípio da reserva do possível, que será debatida em momento posterior na pesquisa que ora se apresenta, com o fim de demonstrar que o argumento superficial de mera escassez de recursos do Estado, utilizado reiteradamente pelos administradores públicos, advém da postergação destes ao engajamento para a realização dos direitos sociais (LIMA JÚNIOR, 2001, p. 101).

Assim, para a efetivação dos direitos em questão, de forma a reduzir a disparidade do Estado brasileiro com relação a inúmeros países de primeiro mundo, dependerá da medida dos esforços a serem empreendidos e da priorização devida das políticas públicas, com a quantidade de recursos que serão postos à disposição para alcançar esse objetivo há mais de vinte anos traçado pela Constituição Federal (LIMA JÚNIOR, 2001, p. 101).

As políticas públicas devem ser adotadas prioritariamente para que a presente realidade de violação maciça dos direitos sociais seja superada e a CF tenha força normativa, sobretudo, nos seus preceitos mais fundamentais.

Os direitos sociais não possuem apenas um conteúdo valorativo perante a Constituição, mas especialmente um caráter de imponência perante o Estado.

Em razão do conteúdo dotado de essencialidade destes, que se pautam nas reais necessidades do ser humano, a sua imponência em face do Estado se dá em razão deste ser o ente gestor dos recursos públicos, devendo, assim, o Estado priorizar sua atuação e recursos em prol da concretização desses direitos.

Isso porque tais direitos não são de cunho essencial por livre arbítrio ou convenção do legislador. Eles são frutos de uma significativa evolução histórica da sociedade, pautada nas necessidades primordiais do ser humano.

É estritamente necessário que as regras constitucionais sejam veementemente cumpridas, respeitadas e não violadas, uma vez que não equivalem a meros conselhos direcionados ao Estado, mas sim a obrigações que este deve cumprir. São comandos oriundos de uma Constituição dirigente, que detém força normativa, que determina a forma, os parâmetros e os limites em que o Estado deve agir.

Trata-se de um imperativo, de um sistema de regras que deve ser seguido, sob pena de fracasso do Estado Democrático de Direito. É nesse contexto que não se pode mais admitir a violação aberta e desenfreada dos direitos sociais, visto que essa violação é uma afronta direta e expressa à Constituição Federal.

### **3 EROSÃO CONSTITUCIONAL, ESCOLHAS TRÁGICAS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E A VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL**

A erosão constitucional trata-se de uma terminologia utilizada para demonstrar a ocorrência de desvalorização funcional da Constituição, em razão da patente violação de seus preceitos fundamentais. É, portanto, decorrente do descumprimento dos mandamentos constitucionais atinentes aos direitos sociais que desprestigia e retira a carga axiológica suprema do texto constitucional.

Diante da inércia da administração pública à garantia de determinados direitos, cria-se na sociedade a sensação de que a CF é algo inatingível, que nunca se cumpre (CARVALHO, 2013).

Os escopos traçados na Constituição Federal foram instituídos para serem cumpridos pelo poder público, não podendo ser passível de desrespeito as garantias ali descritas e a efetividade dessas garantias deveria decorrer da supremacia constitucional no ordenamento jurídico.

A Carta Magna defende o bem estar social por meio da atuação do poder público de forma positiva. Essa atuação começa a ser efetivada pelo poder legislativo, quando se busca a distribuição orçamentária para cumprimento das garantias traçadas constitucionalmente.

Sendo assim, deixando o Estado de cumprir as medidas cabíveis para a realização dos mandamentos constitucionais, ocorrerá a erosão normativa da constituição pela violação do texto constitucional.

Na pré-compreensão do instituto da erosão constitucional, o que se pretende é buscar a efetivação, pela administração pública, dos critérios descritos na Constituição que norteiem as escolhas para uma melhor elaboração e execução orçamentária, a fim de concretizar os direitos sociais (MACHADO, 2013).

Assim, diante do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, que trata da aplicabilidade imediata dos direitos ali elencados, pode-se defender a tese da eficácia plena dos direitos sociais, como o direito a saúde, a educação, a proteção materno-infantil, dentre outros, vinculando a administração pública às regras determinadas pela constituição.

As necessidades sociais postas às margens do que prioriza a administração pública relaciona-se com as denominadas escolhas trágicas. Neste plano, escolhas trágicas é o artifício utilizado pela Administração Pública para concretizar um direito fundamental em detrimento de outro, ignorando certas necessidades sociais, sob o argumento de escassez dos recursos

públicos. Também pode ser verificada na ocorrência de escolha dos destinatários de políticas públicas, que alcançarão apenas uma parcela ou grupo e não a todos os titulares daquele direito.

Inevitavelmente, parte das necessidades públicas não poderá ser satisfeita, em razão da limitação do recurso orçamentário, mesmo tendo o Estado a obrigação de cumpri-las. Exemplificando: havendo a necessidade de construir um hospital e uma escola e não dispondo o Estado de recursos suficientes para a construção dos dois, deverá fazer a escolha entre construir o hospital ou a escola, advindo daí a escolha trágica, pois ambos os direitos são amparados constitucionalmente.

As escolhas sobre a utilização de recursos públicos se iniciam no poder legislativo, que detém a competência de aprovar a proposta orçamentária enviada pelo executivo, devendo realizar a escolha diante das vastas necessidades sociais e poucos recursos disponíveis. Dessa forma, sempre se reascende a discussão com os gastos direcionados a educação, saúde, abrigos para idosos, a proteção materno-infantil, dentre outros. Isso significa dizer que a administração pública deverá conduzir da melhor forma onde aplicar os recursos públicos, direcionando-os aos anseios sociais, pois qualquer das opções importará na impossibilidade de utilização dos recursos em tantas outras políticas públicas.

É de se ressaltar, sobre a proibição do retrocesso social, que este é princípio implícito na Constituição Federal decorrente dos princípios do Estado social, da máxima eficácia, da dignidade da pessoa humana, além desses, o princípio decorre da imposição constitucional de ampliação dos direitos sociais e tem como intento evitar a redução ou a supressão dos direitos fundamentais sociais. Logo, se os direitos sociais já foram conferidos, resguardados e garantidos pelo constituinte originário, equivale a um retrocesso a Administração Pública e o legislador derivado não promoverem meios de efetivação desses direitos.

Para a doutrina brasileira os direitos fundamentais sociais tem caráter vinculativo e imperativo, exigem a intervenção legislativa infraconstitucional para a sua concretização, vinculam a administração pública e proíbem a retrocessão na concretização desses direitos. Assim, temos uma imposição constitucional permanente para o desenvolvimento da concretização (FILETI, 2009).

Sob o argumento de que o poder público não possui recursos suficientes para adimplir as obrigações assumidas, tem-se que averiguar como pode o Estado tomar alguma medida restritiva na esfera das obrigações sociais, sem que desta haja uma violação do princípio da vedação do retrocesso social.

O Recurso Extraordinário RE 581352 do STF<sup>4</sup> - Estado do Amazonas, interposto pelo Ministério Público Estadual trata da melhoria na assistência à gestante em maternidades estaduais, buscando atendimento digno à mãe e à criança. O caso em exame coloca em destaque o importante direito social, o direito à saúde, principalmente em face aos mandamentos inscrito na Constituição Federal. No citado julgado o STF retrata o desrespeito que o poder público tem à Constituição Federal, transgredindo a autoridade da Lei fundamental, fazendo com que o administrado recorra ao judiciário para satisfazer os seus interesses.

Destaque-se o informativo nº 579 do STF que trata da ocorrência de escolhas trágicas pela Administração Pública, que, como exposto, exprimem o estado de tensão entre a necessidade estatal de concretizar direitos sociais e as dificuldades orçamentárias existentes.

#### **4 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO ÓBICE À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

A reserva do possível corresponde a um princípio que, no contexto brasileiro, tem sido utilizada para obstar a concretização dos direitos sociais. Ela pretende subjugar que tais

---

<sup>4</sup> RE 581352 Agr, relator: Min. Celso de Melo, segunda turma, Data de julgamento: 29/10/2013.

E M E N T A: ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais – dever estatal de assistência materno-infantil resultante de norma constitucional – obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao poder público, inclusive aos estados-membros – configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao estado-membro – desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819) – comportamento que transgredir a autoridade da lei fundamental da república (RTJ 185/794-796) – a questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – o papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público – a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao estado – a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (cf, arts. 196, 197 e 227) – a questão das “escolhas trágicas” – a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito – controle jurisdicional de legitimidade da omissão do estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – doutrina – precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – possibilidade jurídico-processual de utilização das “astreintes” (CPC, art. 461, § 5º) como meio coercitivo indireto – existência, no caso em exame, de relevante interesse social – ação civil pública: instrumento processual adequado à proteção jurisdicional de direitos revestidos de metaindividualidade – legitimação ativa do ministério público (CF, art. 129, III) – a função institucional do ministério público como “defensor do povo” (CF, art. 129, II) – doutrina – precedentes – recurso de agravo improvido.

direitos demandam a ponderação com os demais direitos também tidos como fundamentais, considerando que há princípios constitucionais que colidem com a implementação dos direitos sociais. É o caso do princípio da separação dos poderes, por exemplo (LEIVAS, 2008, p. 287).

De forma análoga ao mínimo existencial, a teoria da reserva do possível foi inicialmente invocada e, portanto, trazida do Tribunal Constitucional Federal Alemão, na ocasião do julgamento do caso conhecido como “Numerus Clausus I”, que correspondeu a uma política adotada na Alemanha, em 1960, objetivando limitar o número de estudantes que ingressavam em cursos concorridos.

No julgamento do caso elencado, foi questionado por jovens alemães o direito previsto na Lei Fundamental quanto a escolha de sua profissão, independente da existência de vagas no curso e universidades procuradas (LEIVAS, 2008, p. 286-287).

O TCF Alemão diferiu, na ocasião, o direito de ingressar nas universidades (sob a escolha de sua profissão) do direito a criação de novas vagas, esclarecendo que o direito do cidadão alemão de escolher sua profissão dependerá da reserva do possível, que é a condição razoável que se espera da sociedade (LEIVAS, 2008, p. 286-287).

Nessa ótica, a discussão reside na ponderação dos direitos fundamentais sociais com outros direitos fundamentais, onde um direito fundamental social só poderia ser restrito se outro direito fundamental tivesse peso maior, prevalecendo na ponderação.

Uma grande problemática está na efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma dos direitos fundamentais sociais se encontra em condições de dispor da prestação reclamada.

Para Ingo Sarlet, é falaciosa a utilização da reserva do possível como forma de impedir a intervenção judicial e de justificar a omissão estatal no âmbito da concretização dos direitos sociais. Defende que para que a reserva do possível seja considerada como argumento possível de justificação para a omissão estatal, deverá ser imposto o ônus de comprovação, pelo Poder Público, de que não existem recursos disponíveis para a concretização de direitos dotados de essencialidade, assim como deve ser demonstrada a eficiente aplicação dos mesmos (2010, p. 28).

Isso porque, corriqueiramente, a reserva do possível tem sido utilizada como argumento genérico de defesa, não acompanhado de qualquer prova que justificasse a sua correta aplicação.

Os princípios da eficiência e da moralidade merecem enfoque na presente discussão, uma vez que a atuação da administração pública deve ser pautada na administração da

escassez de recursos e na otimização da efetividade dos direitos sociais (SARLET, 2010, p. 31).

Desta forma, se faz necessário que haja o controle judicial, social e até mesmo do Ministério Público, na condição de fiscal da lei, dirigido às opções orçamentárias propostas pelo Poder Executivo e aprovadas pelo Legislativo, relativa aos gastos públicos, limitando a discricionariedade do administrador e legislador e vinculando-os, em sua atividade, às prioridades e ditames estabelecidos na CF.

A reserva do possível não é uma tese suficiente para afastar a responsabilidade do Estado para a efetivação dos direitos sociais, já que a vida, a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais são valores que devem prevalecer, sob a égide da Constituição Federal (SARLET, 2010, p. 36).

Portanto, a reserva do possível, antes de atuar como barreira intransponível à efetivação dos direitos fundamentais, deve servir como ordem de otimização dos direitos fundamentais, já que cabe ao Estado o dever de promover as condições máximas de efetivação dos direitos sociais, tendo em vista a proibição do retrocesso e o reconhecimento de direitos de caráter fundamental (SARLET, p. 2010).

Necessário se faz, portanto, recusar a aplicação equivocada da cláusula em alusão, não apenas por considerar o real papel que esta possui, que é o de otimização dos gastos estatais em preferência aos direitos sociais e às políticas públicas. Tal recusa se faz necessária também em face da utilização de tal cláusula restritiva sem que haja real conflito entre direitos fundamentais.

É bem verdade que os recursos são limitados e que para a concretização dos direitos sociais devem-se considerar as possibilidades financeiras e orçamentárias dos entes federativos. No entanto, como já exposto, não se pode admitir que o Estado Brasileiro permaneça inerte e omissivo quanto as obrigações preferenciais, relativas à promoção de direitos essenciais para a sociedade, esculpidas pela lei maior.

Não subsiste, como visto, a mera alegação de que o Estado não pode atender às demandas sociais, posto que está limitado ao que é possível, em termos de recursos públicos e lei orçamentária anual.

Comprovado está o retrocesso e a vedação da utilização e aplicação da teoria supracitada, na forma falaciosa com que tem ocorrido.

O pensamento aqui exposto encontra respaldo na jurisprudência dos tribunais superiores, como o STJ, que tem considerado que em face de um direito fundamental não

pode prosperar qualquer outra justificativa de natureza técnica ou burocrática dos Poderes Públicos, já que o ser humano é a única razão do Estado<sup>5</sup>.

O STF nesse mesmo sentido se posiciona. Adverte que a reserva do possível, salvo a ocorrência de justo motivo comprovado, não pode ser invocada, pelo Estado, para que este se exonere das suas obrigações previstas pela Constituição, especialmente quando essa omissão resultar na aniquilação de direitos constitucionais dotados de essencialidade e fundamentalidade<sup>6</sup>.

Pelo exposto, restam demonstrados os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que reconhecem como ilegítima e prejudicial a conduta negativa do Estado de arguir a reserva do possível como matéria de defesa que justifique a inação inconstitucional do Estado frente aos direitos sociais, de forma a subsidiar a constatação da reserva do possível como obstáculo à concretização dos direitos sociais.

## **5 A LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A APLICAÇÃO DE AISTREINTES EM DESFAVOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A Constituição Federal consagra em seus dispositivos direitos e garantias que possibilitam a apreciação do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais com a tutela judicial efetiva, conforme se depreende da leitura do artigo 5º, incisos XXXV e XXXVII da Constituição Federal.

O gozo das garantias descritas no texto constitucional encontra respaldo na consecução do princípio da dignidade da pessoa humana, que impede que a sociedade seja convertida em objeto de ações estatais, de forma que é dever do Estado proteger o indivíduo. A submissão do indivíduo a um processo judicial incerto e sua deterioração como objeto do processo estatal atenta contra a proteção judicial efetiva, ferindo também o princípio da dignidade da pessoa humana (LEITE; SARLET, p.375, 2009).

Nesse sentido, a decisão legislativa ou de qualquer outro órgão estatal não pode ser tida como absoluta, impedindo a apreciação do poder judiciário na garantia da existência e execução de certos direitos básicos. O controle judicial é instrumento necessário para aprimorar a deliberação pública a respeito dos direitos fundamentais sociais, devido a

---

<sup>5</sup> Resp 353.147, Autuação: 05/10/2001, Relator: Min. Franciulli Netto - Segunda Turma, Data: 18/08/2003.

<sup>6</sup> ADPF – 45 MC/DF, Relator: Min. Celso De Mello, publicada no DJU de 4.5.2004.

afinidade existente entre os direitos fundamentais sociais e a participação da administração pública.

Roberto Gargarella traz um exemplo da jurisprudência sul-africana, que tem ajudado a comunidade jurídica a perceber que é plausível a possibilidade de se apoiar concomitantemente o judiciário ativo na área dos direitos sociais e a prioridade das autoridades políticas. O caso retratado na jurisprudência se refere à um dos casos de saúde mais problemático do povo africano, a AIDS, e trata da proibição do governo em distribuir uma droga antiviral, exceto em casos excepcionais. Nesse caso, o tribunal afirmou que o governo tinha o dever de pôr em prática um programa para implementar o direito à mulheres grávidas terem acesso a serviços de saúde para impedir a transmissão do vírus da mãe para o filho, tudo as expensas do poder público (p. 220, 2009).

Resta demonstrado que não só na jurisprudência brasileira, mas no ordenamento jurídico de outros países, há a concepção e decisão pela legitimidade da intervenção do judiciário como forma de preservar as garantias descritas na Constituição Federal para que haja a devida efetivação dos direitos sociais, sem que com isso falte o respeito às decisões impostas pelo legislador.

Para que haja uma atuação devida da administração pública no que diz respeito ao cumprimento dos direitos sociais, se faz necessário definir o que é prioridade, para que havendo desvios nesse entendimento, sejam eles prontamente retificados, sugerindo a melhor forma de fazer com que os recursos públicos sejam suficientes para cumprir os anseios da sociedade.

É importante ressaltar que no âmbito das políticas públicas, os recursos disponíveis pela administração pública têm uma especial relevância tendo em vista que a efetivação dos direitos sociais envolve custos. Na situação de escassez de recursos públicos, não há como viabilizar todos os direitos sociais em seu máximo grau.

Assim, a escassez de recursos faz com que os entes públicos, em muitos casos, realizem as escolhas trágicas, pois havendo a limitação no orçamento, deverá verificar o que é prioridade dentre as demandas exigidas.

Nessas situações, em cada decisão judicial proferida de forma positiva a outorgar a prestação material a qualquer indivíduo, se retira recursos destinados aos atendimentos de outras demandas sociais, ou seja, satisfaz um em detrimento de outros (SARMENTO, p. 561, 2009)

A busca pelo poder Judiciário objetivando obter a concretização de direitos sociais ou a implementação das políticas públicas, marca a função desse poder em garantir os direitos fundamentais sociais, protegendo assim a inclusão social e a vida digna do indivíduo.

No que toca à cominação de multa em desfavor do Estado, não existe impedimento jurídico-processual à utilização, contra fazenda pública, da multa cominatória descrita no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” que possui função coercitiva e tem por finalidade específica compelir o devedor mesmo que se trate do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial, inclusive conforme posicionamento adotado pelo STF<sup>7</sup>.

Prevê o Código de Processo Civil a multa cominatória, como meio coercitivo de fazer valer as obrigações determinadas judicialmente, modo esse, hábil para se exercer pressão sobre o executado em cumprimento ao ato sentencial.

As astreintes são multas diárias, impostas pelo juiz, para inclinar a vontade do devedor condenado. Obriga o devedor a prestar a obrigação pactuada sem invadir direitos essenciais. Como também evita o descumprimento e a subsequente faculdade em princípio inexistente ao devedor de escolher resolvê-la através de perdas e danos (NETO, 2009).

O artigo 1º da Lei 9494/97 prevê a possibilidade da aplicação de astreintes em desfavor da administração pública Federal, Estadual, Municipal e Distrital. Diante dessa previsão legal, torna-se legítima a aplicação pelo poder judiciário de multa aos entes federativos ante o descumprimento de determinações judiciais.

A aplicação da multa para coagir o poder público a efetivar as determinações judiciais, se faz necessário ante a isonomia e legalidade processual que devem ser observadas, posto que se o particular atentar contra a decisão da justiça, em face do devedor incidirá a multa fixada pelo juiz, conforme o artigo 461, § 4º do Código de Processo Civil.

Contudo, para a obrigação de fazer ou não fazer do poder público, tendo um correspondente em dinheiro, imprescindível será a disponibilidade no orçamento de quantia satisfatória para que a administração pública tenha a possibilidade de incumbir-se do seu dever, cumprindo a determinação judicial que lhe foi exigida (NETO, 2010).

Nessa esteira, apesar de legítima a aplicação dessa multa, será que ela é benéfica ao interesse público?

A cominação de multa à administração pública pode ser associada à um dano ao interesse público, uma vez que a exigência do pagamento dessa multa pelo poder judiciário irá

---

<sup>7</sup> Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 639.337 São Paulo. 2º turma, 23/08/2011, relator Celso Antônio Bandeira de Melo.

interferir na receita do ente público, deixando de aplicar essa receita na efetivação dos direitos sociais e interesses diversos.

Entretanto, entende-se que o interesse social relativo à concretização dos direitos sociais já está comprometido, de forma que a imposição de multa para que o Estado cumpra com sua obrigação conferida pela Constituição não compromete, mas sim resguarda um interesse público maior.

Assim, a aplicação da multa não somente figura como hipótese legítima, mas também como medida justa e isonômica, diante da imposição legal inerente a todos os jurisdicionados, indistintamente, de maneira a preservar a isonomia processual, a segurança jurídica e os direitos sociais que são essenciais à todos os cidadãos.

## **6 CONCLUSÃO**

O “injusto inadimplemento” dos direitos sociais pela Administração Pública, revelado na inércia estatal para a adoção de políticas públicas destinadas à promoção dos direitos sociais, trata-se de fenômeno integrante da realidade jurídica, política e social do Brasil. Todavia, esse fato tem sido devidamente rechaçado pela doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, posto que atentam contra a ordem, supremacia e disposições constitucionais.

Restou demonstrado que em razão do caráter de essencialidade e fundamentalidade inerente aos direitos sociais, não deve subsistir a alegação estatal de que não há recursos suficientes para a concretização de todos os direitos previstos e garantidos pelo Constituinte originário.

Dessa forma, as escolhas trágicas realizadas pela Administração Pública, que implica na escolha de um determinado direito fundamental social para efetivá-lo, com o sacrifício de outro direito tão fundamental quanto aquele, não merece prosperar sob o argumento do princípio da reserva do possível, que tem sido utilizado como óbice para a não concretização dos direitos em alusão.

Portanto, a reserva do possível, antes de atuar como barreira intransponível à efetivação dos direitos fundamentais, deve servir como ordem de otimização dos recursos estatais, já que cabe ao Estado o dever de promover as condições máximas de efetivação dos direitos em comento.

Foi demonstrado que em face dessa omissão estatal, o Poder Judiciário tem sido provocado em demandas individuais e coletivas que questionam a efetivação das políticas pública, especialmente no que diz respeito aos direitos sociais, que são direitos constitucionalmente protegidos.

Nesse cenário, a intervenção judicial nas políticas públicas e a aplicação de multa cominatória em desfavor dos órgãos públicos têm representado meios de efetivação dos direitos sociais e de combate aos efeitos nocivos da omissão estatal vislumbrados, sobretudo, nas escolhas trágicas e na erosão constitucional, que implica na desvalorização funcional da Constituição, reduzindo-a a mera folha de papel.

## **REFERÊNCIAS**

BRANCO, Maurício Saliba Alves. **Efeito repique, escolhas trágicas**, disponível em <http://www.advogadospublicos.com.br/quiz/?id=656>, Acesso em 20 de junho de 2014.

BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 19ª Edição, Brasília, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. Editora Saraiva.

CARVALHO, Gustavo Dantas. **Desafio da efetividade da constituição federal**, disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,desafio-de-efetividade-da-constituicao-federal,42562.html>. Acesso em: 20 de junho de 2014.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais, in **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J Gomes Canotilho** / coordenação George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça, **O princípio da proibição do retrocesso social**, disponível em <http://jus.com.br/artigos/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social>, acesso em 15 de junho de 2014.

JÚNIOR, Jayme Benvenuto Lima. **Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais**. Editora Renovar, 2001.

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetivação no âmbito da democracia participativa**, Livraria do Advogado, 2009.

LEITE, George Salomão e Ingo Wolfgang Sarlet. **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudo em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo:Revistas dos Tribunais, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Logo. **Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao mínimo existencial**, in Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACHADO, Clara Cardoso. **Direitos Fundamentais sociais, custos e escolhas orçamentárias: em busca de parâmetros Constitucionais**, disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8571](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8571). Acesso em: 23 de junho de 2014.

NETO, Angelo Cavalcanti Alves de Miranda, **Eficácia processual da multa coercitiva contra a fazenda pública nas obrigações de fazer e de não fazer**, disponível em <http://jus.com.br/artigos/14557/eficacia-processual-da-multa-coercitiva-contra-a-fazenda-publica-nas-obrigacoes-de-fazer-e-de-nao-fazer>, acesso em: 26 de junho de 2014.

NETO, José Guerra de Andrade Lima, **“Astreintes” contra fazenda pública**, disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14086/astreintes-contra-fazenda-publica>. Acesso em: 10 de julho de 2014.

NETO, Cláudio Pereira de Souza e Daniel Sarmento. **Direitos sociais**. São Paulo: Lumen Juris, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 3ª Edição, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito Constitucional Positivo.** 33<sup>o</sup> edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros. 2011.