

## A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

THE IMPORTANCE OF JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES FOR THE  
REALIZATION OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS

LA IMPORTANCIA DEL CONTROL JUDICIAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA  
LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

Stephany Oliveira Giardini Fonseca<sup>1</sup>

**RESUMO:** Esse artigo buscou discutir, com base na perspectiva de uma Constituição dirigente com a ampliação de direitos sociais, de que modo os Tribunais têm recorrido de forma frequente à noção de mínimo existencial, cuja origem remonta ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no domínio dos direitos fundamentais. Ademais, pretendeu-se verificar até que ponto as políticas públicas podem efetivar os direitos sociais reconhecidos na Constituição Federal e, ante a ausência ou insuficiência na implementação de uma política pública, quais são os limites do controle jurisdicional.

**Palavras-chave:** Políticas públicas. Controle judicial. Direitos sociais.

**ABSTRACT:** This article sought to discuss, based on the perspective of a governing Constitution with the expansion of social rights, how the Courts have frequently resorted to the notion of existential minimum, whose origin dates back to the Federal Constitutional Court of Germany, in the domain of fundamental rights. Furthermore, the aim was to verify the extent to which public policies can implement the social rights recognized in the Federal Constitution and, given the absence or insufficiency in the implementation of a public policy, what are the limits of judicial control.

**Keywords:** Public policies. Judicial control. Social rights.

**RESUMEN:** Este artículo buscó discutir, a partir de la perspectiva de una Constitución rectora con la ampliación de los derechos sociales, cómo los Tribunales han recurrido frecuentemente a la noción de mínimo existencial, cuyo origen se remonta al Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en el ámbito de los derechos fundamentales. Además, el objetivo fue verificar en qué medida las políticas públicas pueden implementar los derechos sociales reconocidos en la Constitución Federal y, ante la ausencia o insuficiencia en la implementación de una política pública, cuáles son los límites del control judicial.

**Palabras clave:** Políticas públicas. Control judicial. Derechos sociales.

---

<sup>1</sup> Bacharel em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro; Pós-graduada em direito privado pela Universidade Cândido Mendes e Pós-Graduada em direito público pela Escola Superior de Advocacia Pública.

## INTRODUÇÃO

O Brasil tem experimentado, nas últimas décadas, a transferência de parte do poder político para os Tribunais de Justiça. Esse fenômeno não é uma especificidade nossa, tem ocorrido em outros lugares do mundo, tratando-se, em suma, de uma transferência de poder da esfera de representação parlamentar para o âmbito do Poder Judiciário.

No caso do Brasil, esse fenômeno decorre principalmente do fato de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possuir um viés nitidamente dirigente, prevendo um rol bastante extenso de direitos sociais. Nesse contexto, é de extrema relevância abordar a relação entre os direitos sociais e as políticas públicas, sendo estas a maneira pela quais aqueles são concretizados. Dessa forma, os direitos sociais podem ser definidos como um programa que orienta as políticas públicas implementadas pelo Estado brasileiro.

Ademais, revela-se indispensável enfatizar a relevância do princípio do mínimo existencial no âmbito do controle das políticas públicas na base dos direitos sociais, o que significa uma intervenção judicial na esfera das opções legislativas e no controle da discricionariedade administrativa.

3043

Pretende-se discutir, no presente artigo, a partir de uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, de que modo esses Tribunais têm recorrido de forma frequente à noção de mínimo existencial, cuja origem remonta ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no domínio dos direitos fundamentais sociais.

A partir dessa avaliação, pautada na reflexão jurisprudencial, o objetivo traçado consiste em verificar até que ponto as políticas públicas podem efetivar os direitos sociais reconhecidos na Constituição Federal. Ademais, ante a ausência ou insuficiência na implementação de uma política pública, serão examinados os limites do controle jurisdicional.

### 1.O Estado Social e as políticas públicas

Segundo leciona Maria Paula Dallari Bucci, políticas públicas consubstanciam-se em programas de ação governamental que visam a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, com o fim de realizar objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Tratam-se, dessa forma, ainda segundo a autora, de metas

coletivas conscientes e, como tais, de um problema de direito público, no sentido lato<sup>2</sup>. Em obra específica sobre o tema, a autora delinea o conceito de forma mais detalhada:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.<sup>3</sup>

Conforme sustenta Osvaldo Ferreira de Carvalho, os objetivos mais relevantes do Estado Social passam pelo combate à pobreza, pela garantia de uma renda mínima que possa assegurar a dignidade da pessoa humana, pelo aumento da igualdade para a superação da dependência econômica, pela segurança contra o risco social e pela criação e ampliação de prosperidade. Em decorrência desse Estado Social, ainda segundo o autor, os direitos sociais possuem as seguintes características: I) sua orientação em função do princípio da igualdade material; II) seu vínculo com a satisfação de necessidades individuais; III) a intensificação do elemento público que atribui ao Estado a responsabilidade em matéria social; e IV) a sua virtualidade como elementos que operam diante dos mecanismos do mercado <sup>4</sup>.

3044

Cumprido salientar que o reconhecimento jurídico-constitucional dos direitos sociais impõe ações positivas ao poder público, como a criação de instituições voltadas ao auxílio de determinados grupos sociais que se encontrem em situação de desigualdade estrutural. Como exemplo, podemos citar as prestações básicas para suprir necessidades nas áreas da saúde, educação e de moradia. Esse tipo de obrigação positiva do Estado não se limita à execução em si da política pública, abarcando também o dever positivo de legislar, exigindo que o poder público institua regras básicas na organização de serviços e na sua gestão administrativa. Assim, a implementação de políticas públicas e a concretização dos direitos sociais terão sua margem de discricionariedade legislativa e administrativa limitadas pela Constituição e pelas leis regulamentadoras dos direitos sociais <sup>5</sup>.

Como os direitos sociais se situam como forma de orientação das instituições públicas, pode-se afirmar que a Constituição impõe deveres ao Estado, delimitando, assim,

<sup>2</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241

<sup>3</sup> BUCCI. Maria Paula Dallari. **O conceito jurídico de política pública em direito**. In: Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 85.

<sup>4</sup> CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **As políticas públicas como concretização dos direitos sociais**. In: Revista de Investigações Constitucionais, vol. 6, n° 3, set/dez, Curitiba, 2019, p. 777.

<sup>5</sup> CARVALHO, op. cit., p. 778

o modo de concretização do Estado Social. Dessa forma, ao texto constitucional cabe realizar a articulação entre um conjunto de princípios políticos que serão efetivados pelas instituições estatais. Diferentemente dos direitos fundamentais de defesa, os direitos sociais, tipicamente de segunda geração, impõem ao Estado obrigações de fazer.

Conforme expõe Ferreira de Carvalho, a doutrina sempre teve muita relutância em abraçar essa relação íntima entre direitos fundamentais sociais e políticas públicas, evidenciando uma dificuldade em assumir a exigibilidade dos direitos sociais. Por muito tempo, prevaleceu a ideia segundo a qual a adoção dos direitos sociais como guia orientador das políticas públicas poderia “atar as políticas a esquemas rígidos, próprios do mundo jurídico, que não permitiriam responder às variáveis conjunturas e obstavam à consecução eficaz da ação pública”<sup>6</sup>.

Contudo, recentemente, tanto na jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores quanto na doutrina, tem prevalecido a ideia de que as políticas públicas têm se revelado um instrumento importante para a proteção, garantia e promoção dos direitos sociais fundamentais. Assim, diante da ausência de um desenho institucional adequado para resolver os problemas sociais que afligem o nosso país, em contextos desvantajosos, o futuro de milhões de pessoas que vivem em situação de extrema pobreza depende do manejo coerente e inteligente de uma série de estratégias políticas, sociais, jurídicas e econômicas. Nesse sentido, revela-se interessante aduzir abaixo a importante conclusão de Ferreira de Carvalho:

O Estado Constitucional, designação sintética do Estado Democrático e Social de Direito que se reconhece consagrado pela Constituição brasileira de 1988 (sem dúvida, com suas peculiaridades), afigura-se nitidamente comprometido com os direitos fundamentais e com a mudança social, conforme se observa na simples leitura do artigo 3º ao traçar os objetivos da República Federativa do Brasil, busca erigir os direitos sociais não como interesses ou aspirações éticas. Isso posto, o ato de relacionar direitos fundamentais com políticas públicas e, em especial, com políticas públicas de direitos sociais abre a porta à possibilidade de um maior controle ou intervenção judicial na ação governamental, sem violação da separação dos poderes, aumentando a transparência ao suscitar que mais cidadãos e organizações sociais possam recorrer ao Poder Judiciário sempre que o Poder Público não venha implementar políticas públicas constitucionalmente devidas ou realizar outras frontalmente contrárias ao texto constitucional.

---

<sup>6</sup>ABRAMOVICH, Víctor. **El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales**. In: ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (Org.). *La revisión de las políticas sociales: estudio de casos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009. p. 8.

## 1.1 O princípio do mínimo existencial, seu alcance e os direitos sociais

Ingo Wolfgang Sarlet informa que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em importante aresto, consagrou o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. O egrégio Tribunal entendeu que a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social, o que incluiria a assistência social aos concidadãos que, em razão de sua condição física e mental precárias, se encontrassem militados em sua vida social, sem condições de prover sua própria subsistência. Assim, a fim de assegurar as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar essas pessoas na comunidade, o Estado deveria assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas de existência digna, criando as instituições assistências indispensáveis, bem como fomentando o seu acompanhamento familiar. Deve-se salientar que essa decisão foi chancelada por outros julgados posteriores prolatados pela Corte Constitucional alemã, o que resultou na atribuição do status constitucional à garantia estatal do mínimo existencial<sup>7</sup>.

Para a doutrina alemã, a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais obrigações. Assim, a partir da vinculação com a dignidade da pessoa humana, a garantia de uma existência digna não se limita à mera garantia da sobrevivência física, situando-se acima da pobreza absoluta. Contudo, em relação ao conteúdo das prestações estatais vinculadas ao mínimo existencial, nota-se que a doutrina e jurisprudência alemãs partem da premissa de que essa obrigação pode ser realizada de várias formas distintas, de modo que caberia ao legislador dispor sobre a forma de prestação, montante, além das condições para sua fruição. Nesse caso, incumbiria aos tribunais, nos casos de omissão ou desvio de finalidade, decidir sobre esse padrão existencial mínimo, por parte dos órgãos legiferantes. A intervenção judicial poderia ocorrer, quando o legislador se mantivesse aquém das condições materiais indispensáveis a uma existência digna<sup>8</sup>.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado com frequência cada vez maior em suas decisões a noção de mínimo existencial. Um exemplo paradigmático foi a decisão monocrática proferida na ADPF nº 45, em que o então Ministro Celso de Mello afirmou a

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaneri. **Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais.** In: Revista de Investigações Constitucionais, vol. 3, nº 2, maio/ago, Curitiba, 2019, pp. 119-120

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaneri, op. cit., pp. 124-125.

dimensão política da jurisdição constitucional e a possibilidade de controle judicial de políticas públicas, desde que se trate especialmente da implementação da garantia do mínimo existencial.

Revela-se importante aduzir abaixo importante reflexão da lavra de Wolfgang Sarlet sobre a desnecessidade da previsão expressa no texto constitucional do direito ao mínimo existencial para que seja consagrado em nosso ordenamento jurídico:

Dito isso, o que importa, nesta quadra, é a percepção de que o direito a um mínimo existencial independe de expressa previsão no texto constitucional para poder ser reconhecido, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. No caso do Brasil, onde também não houve uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado. Mas é precisamente o caso de países como o Brasil (o mesmo se verifica e outros Estados Constitucionais que asseguram um conjunto de direitos fundamentais sociais no plano constitucional) que revelam o quanto a relação entre o mínimo existencial e os direitos fundamentais nem sempre é clara e o quanto tal relação apresenta aspectos carentes de maior reflexão, a começar pela própria necessidade de se recorrer à noção de mínimo existencial quando o leque de direitos sociais cobre todas as suas possíveis manifestações<sup>9</sup>.

Por fim, para encerrar esse tópico, revela-se importante apresentar a classificação aduzida por Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>10</sup>, quanto às normas constitucionais relativas à Justiça Social. São divididas em:

I) Normas concessivas de poderes jurídicos aos administrados – outorgam de imediato uma utilidade concreta, consistente em um desfrute positivo aliado à prerrogativa de exigir que se afaste a conduta de outrem que embarace ou perturbe. Não há a necessidade do surgimento de uma relação jurídica individual e concreta. Exemplos: direito de ir e vir, direito à vida, direito de propriedade, etc.

II) Normas atributivas de direito a fruir benefícios concretos imediatamente – sua fruição depende de prestação positiva alheia, que, uma vez negada, pode ser exigida do Estado judicialmente. Como exemplo, o eminente doutrinador cita o direito ao salário mínimo fixado nacionalmente, previsto no art. 7º, IV da Constituição Federal.

---

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner, op. cit., p. 127.

<sup>10</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **A Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 50

III) Normas constitucionais que veiculam uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo poder público, contudo, não indicam os caminhos a serem seguidos pelo legislador ordinário. Cumpre salientar que essas normas, de imediato, conferem aos administrados o direito de impugnar judicialmente os atos do poder público que vão de encontro a essas finalidades. Como exemplo, o autor cita a função social da propriedade.

## 1.2 Controle judicial de políticas públicas

Durante muito tempo, prevaleceu na doutrina pátria a ideia de que os juízes não deveriam dispor sobre medidas de política sociais que exigem gastos orçamentários, com fundamento no princípio da reserva do possível. Questionava-se principalmente a legitimidade democrática do Judiciário para decidir sobre políticas públicas, visto que a concretização dos direitos sociais implicaria a tomada de opções políticas em cenários de escassez de recursos. Essa ideia levaria a conclusão de que um poder não eleitor não poderia interferir na implementação dessas políticas, mas sua iniciativa deveria se limitar ao Executivo e Legislativo, os quais representariam a vontade da maioria da população.

A questão é que a Constituição estabelece as políticas públicas como os instrumentos adequados para realização dos direitos fundamentais sociais, não havendo dúvida de que se trata de matéria constitucional passível de controle pelo Judiciário. Entendimento diverso implicaria em entender que a Constituição é um mero documento político, uma carta de intenções sem qualquer normatividade, o que, em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, revela-se inaceitável. Assim, a doutrina antiga vem dando lugar a um entendimento mais moderno, no sentido de que, se é verdade que o Judiciário não pode intervir em políticas públicas orçamentárias para a realização de direitos sociais diretamente, ante a inércia do Executivo e do Legislativo, é legítimo que o Judiciário atue quando provocado, especialmente na hipótese de controle difuso, na qual os próprios destinatários dos direitos reivindicam sua concretização<sup>11</sup>.

Nesse sentido, revela-se importante trazer a balia importante lição do jurista Cláudio de Souza Neto:

A questão central é a seguinte: se considerarmos que certos direitos sociais são condições procedimentais da democracia – como fazem, p. ex., Habermas, Gutmann e Thompson –, então o Judiciário, como seu guardião, possui também o dever de concretizá-los, sobretudo quando tem lugar a inércia dos demais ramos do

---

<sup>11</sup> QUEIROZ BARBOSA, Estefânia Maria; KOZICK, Katya. **Judicialização da Política e controle judicial das políticas públicas**. In: Revista Direito GV, vol. 8, nº 1, jan/jun, São Paulo, 2012, p. 75.

estado na realização dessa tarefa. Note-se bem: se o Poder Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade<sup>12</sup>.

Conforme afirma Cappelletti, o ideal de rígida separação de poderes pode levar a “existência de um legislativo totalmente não controlado, como de um executivo também praticamente não controlado”. Esse tipo de configuração institucional, ainda segundo o jurista, teria levado a períodos de perigo na história mundial, em que poder era concentrado nas assembleias legislativas e grupos políticos que as dominavam, como no caso ocorrido na Itália pré-facista ou na Alemanha de Weimar<sup>13</sup>. Portanto, para que se tenha um controle de pesos e contrapesos dos poderes Executivo e Legislativo eficaz, revela-se inexorável a adoção pelo Poder Judiciário de um papel mais alargado no controle das políticas públicas.

No Brasil, como exemplo de controle de políticas públicas pelo Judiciário, é importante aduzir a importante decisão tomada na ADPF 45, já mencionada anteriormente, em que o Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre o cumprimento de políticas públicas. Veja-se a ementa:

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipóteses de abusividade governamental. Dimensão política da Jurisdição Constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração) (STF, ADPF 45, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 29/04/2004).

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello assentou que, embora a prerrogativa de formular e executar políticas públicas seja atribuição precípua dos poderes Legislativo e Executivo, cabe ao Poder Judiciário determinar, ainda que excepcionalmente, principalmente nos casos de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam elas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes. Assim se dá pois trata-se de omissão que descumpra encargo político-jurídico sobre o qual incide caráter mandatório, apta a comprometer a integridade de direitos sociais de estatura nitidamente constitucional.

<sup>12</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 153.

<sup>13</sup> CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 64.

Portanto, conforme afirma Estefânia Maria de Queiroz, a liberdade de conformação do legislador se dá dentro da moldura constitucional disposta pelo Poder Constituinte, não havendo liberdade na sua inércia, mas apenas na forma como os direitos constitucionais são implementados<sup>14</sup>.

Em outra importante decisão prolatada pelo STF, Recurso Extraordinário 580.963, a Corte Constitucional, em referência ao mínimo existencial, decidiu sobre o benefício de assistência social e a forma de sua regulação pela LOAS. Segue a ementa abaixo:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que: “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela Lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a Lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. A inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. O Estatuto do Idoso dispõe, no art. 34, parágrafo único, que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS. Não exclusão dos benefícios assistenciais recebidos por deficientes e de previdenciários, no valor de até um salário mínimo, percebido por idosos. Inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos

<sup>14</sup> QUEIROZ BARBOSA, Estefânia Maria; KOZICK, Katya. **Judicialização da Política e controle judicial das políticas públicas**. In: Revista Direito GV, vol. 8, n° 1, jan/jun, São Paulo, 2012, p. 77.

titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo. Omissão parcial inconstitucional. 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Nesse importante aresto, o STF, por maioria, reconheceu a existência de um processo de gradual inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, cujo teor era o seguinte: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo”. Contudo, a Egrégia Corte não pronunciou de imediato a sua nulidade, mantendo-o em vigor até 31 de dezembro de 2014, de modo a permitir, em um prazo razoável, que o Poder Legislativo e o Poder Executivo, no âmbito de seu poder regulamentar e da respectiva prerrogativa de implementação das políticas públicas de assistencial social, tivessem o tempo hábil para adotar as medidas necessárias para ajustar a Lei à Constituição Federal.

Por fim, revela-se importante aduzir a esse trabalho importante julgado do Superior Tribunal de Justiça, acerca de fornecimento de medicamento não previsto na lista do SUS. Trata-se de decisão inovadora acerca das políticas públicas relacionadas ao direito social à saúde, no âmbito dos recursos especiais repetitivos. Segue abaixo a tese fixada:

TESE FIXADA: A tese fixada no julgamento repetitivo passa a ser: A

concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018 (STJ. 1ª Seção. REsp 1.657.156/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 25/04/2018 – recurso repetitivo).

No julgamento do aludido recurso especial, a Corte da Cidadania usou como fundamento constitucional o direito à saúde, consagrado no art. 196 do texto da Constituição Federal, o qual dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Ao interpretar os arts. 5º e 196 da CRFB/88 em conjunto, consagrou-se que o direito à saúde é consequência indissociável do direito à vida, assegurado a todas as pessoas. Cumpre salientar que, no teor do acórdão, mais uma vez, o STJ sustentou a inoponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial

Para alcançar esse objetivo, a Constituição determinou a criação de um Sistema Único de Saúde, que tem no atendimento integral da população uma das suas diretrizes. Por essa razão, ante a previsão constitucional exposta, prevaleceu o entendimento de que não há nessa decisão violação ao princípio da separação dos poderes. No caso em tela, há uma intervenção do Poder Judiciário no intuito de garantir a implementação de políticas públicas, em especial, o direito social à saúde. Ademais, em seu voto, o Relator Ministro Benedito Gonçalves, cita importante acórdão de relatoria do Ministro Herman Benjamin, que afirma “Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes” (REsp 1.488.639/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/12/2014).

## CONCLUSÃO

A partir do presente estudo, verificou-se que, gradualmente, a partir da promulgação da Constituição Cidadão de 1988, a qual consagrou um extenso rol de direitos sociais, tanto a doutrina quanto a jurisprudência dos Tribunais Superiores têm evoluído seu entendimento acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário. Enquanto, historicamente, sempre houve uma maior autorrestrição do Judiciário e uma deferência à escolha dos Poderes Executivo e Judiciário, atualmente, prevalece o entendimento de que o Judiciário deve intervir nas situações em que os outros poderes, arbitrariamente, principalmente nas hipóteses de omissão inconstitucional, negam o acesso da população a importantes políticas públicas que concretizam direitos sociais fundamentais.

São inúmeros os exemplos retirados da jurisprudência pátria, especialmente do STJ e do STF. A partir do empréstimo do conceito de mínimo existencial, retirado da cultura jurídica alemã, os Tribunais tem se esforçado para garantir à população brasileira uma maior isonomia no acesso às políticas públicas, garantindo direitos sociais básicos, os quais sempre foram negados aos mais pobres.

Embora sejam louváveis aos avanços alcançados pelo Judiciário na garantia dos direitos sociais, deve-se ter cautela no uso indiscriminado de determinados direitos sociais que não possuem densidade normativa tão consistente, como é o caso do princípio econômico da busca do pleno emprego. Ou seja, o princípio do mínimo existencial não pode ser utilizado como panaceia para resolução de todos os nossos problemas sociais. Há uma linha tênue entre garantir direitos sociais básicos, com elevada densidade normativa e

arcabouço legal bem delineado ou incompleto, no caso das omissões inconstitucionais, evitando assim que a Carta Magna se converta em uma mera carta de intenções e, do outro lado, transformar o Judiciário em um Poder que substitui os outros na escolha das políticas públicas, adotando decisões ativistas, amparadas em princípios abstratos. Encontrando esse equilíbrio, que parece ser o caminho trilhado pelos nossos Tribunais, na maioria dos seus julgados, os avanços na concretização isonômica dos direitos sociais fundamentais será um legado duradouro do Direito para a nossa sociedade.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. **El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales**. In: ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (Org.). *La revisión de las políticas sociales: estudio de casos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **A Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito jurídico de política pública em direito**. In: *Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **As políticas públicas como concretização dos direitos sociais**. In: *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 6, nº 3, set/dez, Curitiba, 2019. **constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaneri. **Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais**. In: *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 3, nº 2, maio/ago, Curitiba, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.