JULIANA MAIA DANIEL

O MÍNIMO EXISTENCIAL NO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADORA: PROFA. ADA PELLEGRINI GRINOVER

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2013

JULIANA MAIA DANIEL

O MÍNIMO EXISTENCIAL NO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

ORIENTADORA: PROFA. ADA PELLEGRINI GRINOVER

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2013

Banca Examinadora

_____

_____

_____

Aos meus pais, por tudo.

"A essência da essência é desconhecida" [1]

[1] Luhmann 1965: 59s *Apud* MARTINS, Leonardo (org). Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (coletânea original de Jürgen Schwabe). Montevideo, Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, p. 94

RESUMO

O presente trabalho dedica-se ao estudo do mínimo existencial enquanto critério de adjudicação dos direitos sociais no controle jurisdicional de políticas públicas. A análise parte do conceito usualmente adotado pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, isto é, um conceito intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana que condensa em si o *núcleo duro e essencial* dos direitos fundamentais e que teria, portanto, justiciabilidade imediata, independentemente das condições fáticas presentes em determinada situação concreta. Esse critério, cujo conteúdo seria determinado *a priori*, é posto à prova diante das outras premissas adotadas em nosso ordenamento – dentre elas a reconhecida aplicação do princípio da proporcionalidade, na teoria de Robert Alexy. Nesse contexto, o mínimo existencial assume maior relevo enquanto critério se analisado *diante de uma situação concreta*, juntamente com outros parâmetros, na tentativa de estabelecer balizas *coerentes* e seguras à intervenção judicial no âmbito das políticas públicas.

Palavras-chave: mínimo existencial – controle de políticas públicas – conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

ABSTRACT

The present paper analyzes the concept of minimum core of economic and social rights as a standard for the adjudication of such rights under the judicial control of public policies. The starting point of our analysis is the concept usually adopted by Brazilian doctrine and jurisprudence, which is a standard closely linked to the principle of human dignity and which has been applied to provide determinacy and justiciability to those rights, creating immediately specific governmental obligations. This concept is confronted to other premises adopted in Brazilian legal system (specially the principle of proportionality under Robert Alexy's theory). By doing so, this paper develops a different approach to giving content to the minimum core and proposes its analysis together with other parameters for judicial control taking into account the facts under a concrete situation. This paper further demonstrates how this new approach provides consistent and reliable guidelines for judicial intervention in government policies.

Key-words: minimum core of economic and social rights – judicial control of public policy - core contents of fundamental rights.

AGRADECIMENTOS

Um trabalho acadêmico nunca é um trabalho solitário. Desde as primeiras ideias, ainda muito anteriores à redação do texto, é possível identificar uma série de pessoas que participam direta e indiretamente dele. São conversas, debates, indicação de textos, orientações, críticas, conselhos, inspirações, ouvidos (haja ouvidos!) e até mesmo aquele ombro amigo, pronto a ajudar, nos momentos que antecedem os "períodos críticos" da qualificação e depósito.

Por tudo isso eu não poderia deixar de me lembrar de todos aqueles que, de alguma forma, são responsáveis por este trabalho. É claro que a tarefa de se recordar de todos os nomes seria tão inglória quanto determinar *a priori* todos os elementos que comporiam o mínimo existencial.

Mesmo assim correrei o risco, deixando àqueles que não forem expressamente mencionados um pedido: que se sintam igualmente agradecidos, com a certeza de que tiveram uma importante contribuição neste trabalho.

Em primeiro lugar agradeço à minha família, especialmente ao meu pai, que sempre me incentivou a seguir a carreira acadêmica e assiste, agora, aos meus primeiros passos; e à minha mãe, pela força inigualável que me inspira todos os dias.

Agradeço à Professora Ada Pellegrini Grinover pela confiança depositada ao me conceder a oportunidade de ser sua orientanda, dentre tantos outros que a procuravam. Depois, agradeço pela orientação, pela paciência na correção dos meus erros e pela surpreendente capacidade de responder, mesmo nas madrugadas, aos meus e-mails aflitos. Mas agradeço-lhe, acima de tudo, pelo exemplo que é em minha vida.

Também agradeço aos professores Kazuo Watanabe e Susana Henriques da Costa. Foram os debates em sala de aula com o professor Kazuo, na disciplina da pós-graduação sobre o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, que me despertaram a curiosidade e o interesse pelo tema. À professora Susana agradeço especialmente pelos

comentários feitos no momento da qualificação, que alçaram minhas ideias prematuras que ainda planavam no abstrato e colocaram-nas com os “pés no chão”.

Sou especialmente grata ao professor Virgílio Afonso da Silva, que por duas vezes assumiu a função de ser meu orientador: primeiro, quando me auxiliou com o trabalho de conclusão de curso na Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, momento em que eu ainda dava meus primeiros passos na graduação; depois extraoficialmente, quando pacientemente se dedicou a responder todas as minhas dúvidas ao longo deste trabalho (e eram tantas que às vezes mais pareciam uma entrevista inquisitiva). Sem o seu auxílio eu certamente não teria conseguido desenvolver sequer as premissas deste trabalho.

Aos funcionários da biblioteca da Faculdade, em especial ao Aurélio, sempre pronto a ajudar.

Aos meus amigos, todos, e por tudo. Principalmente por acreditarem em mim.

Agradeço a Giselle Modé Magalhães e a Níkolas Pirani que, por já terem o título de Mestre, souberam entender minhas aflições e perdoar os meus “sumiços”. Ao Níkolas agradeço, ainda, pelo estímulo quase que diário, mesmo à distância.

Também sou grata a todos aqueles que, assim como eu, ainda buscam o título de Mestre ou de Doutor, com quem pude dividir minhas dúvidas e ansiedades: Vinicius Spaggiari Silva, Débora Fernandes, Vivian Anne Fraga, Tatiane Lins Silva, Ademir Pereira Junior, Ana Paula Joaquim, Marco Antônio da Costa Sabino, Cícero Krupp da Luz.

Àqueles que, por fruto de um acidente geográfico, foram obrigados a acompanhar de perto a redação dessa dissertação: Mateus Aimoré Carreteiro e Alfred Sioufi Filho, que dividem sala comigo no escritório; e André Schioser, Maria Paula de Mello Ribeiro, Cristina Drummond de Castro Franchi, que se sentam na sala ao lado.

Àqueles amigos inigualáveis que, cada um a seu modo, perto ou à distância, me ouviram falar repetidamente (e pacientemente) sobre o mesmo assunto, mesmo sem ter

nenhuma relação com meu trabalho: Guilherme Martins, Tiago Wigman, Bernard Abreu, Daniel Almeida, Bianca de Mello Cruz, Danielle Regina Roque, Pablo Queiroz, Lobna Issaiden, Igor Denisard, Roberto Peternelli, Olavo Pires de Camargo Filho, Rodrigo Nicolau Rodriguez, Fernando Freitas, Adriana Zaidan, Mariana Gonçalves, Rui Gutierrez.

Agradeço a Filipe Guimarães e Rodrigo Rigo Pinheiro pelo apoio e pela revisão do texto ainda embrionário. A Carolina Mascarenhas, por ser tão amiga, tão presente, tão solícita – e por que não? – pelo auxílio na edição do texto. A Bruna Angotti, franciscana nata, eu agradeço pela dedicada amizade desde o primeiro dia de aula na faculdade, por todo o apoio e pela revisão criteriosa. E a João Paulo Sabino de Freitas por atender ao pedido intempestivo de revisão, (quase) sem reclamar.

A todos aqueles que me auxiliaram na pesquisa desse trabalho: Igor Cunha Arantes de Castro, Rafael Bellem de Lima e a Felipe de Paula, pela gentileza de prontamente me encaminhar seu livro.

A Maria Stella de Moraes, Juliana Akaishi e Larissa Lancha Arruy pela amizade sincera de toda uma vida. E a Andrea Sender e Romain Freaud pela repentina amizade que certamente durará por toda a vida.

SUMÁRIO

I. **INTRODUÇÃO** 13
I.1. O TEMA E SUA RELEVÂNCIA 13
I.2. O PLANO DA OBRA 15
I.3. METODOLOGIA 18
PARTE I 20
CAPÍTULO I 21
Breve Panorama histórico 21
I.1. A FORMAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO 21
CAPÍTULO II 35
A Constituição Federal de 1988 35
II.1. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: CAUSAS E EFEITOS 35
II.I.1. AS CAUSAS 35
CAPÍTULO III 73
O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas 73
III.1. AS HIPÓTESES DE INTERVENÇÃO 73
III.2. OS LIMITES AO CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO: 79
III.3. A RESERVA DO POSSÍVEL 81
III.4. "OUTROS LIMITES" 90
PARTE II 94
CAPÍTULO IV 95
O Mínimo Existencial 95
IV.1. O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 95
IV.2. A ORIGEM DO MÍNIMO EXISTENCIAL 102
IV.3. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS 106
IV.4. SUPORTE FÁTICO, ÂMBITO DE PROTEÇÃO, INTERVENÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL 109
IV.5. RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS: A ADOÇÃO DA TEORIA EXTERNA COMO FORMA DE MAIOR PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 116
IV.6. CONTEÚDO ESSENCIAL ABSOLUTO E RELATIVO: AS TEORIAS PARA DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO ESSENCIAL 121
IV.7. CONTEÚDO ESSENCIAL, MÍNIMO EXISTENCIAL E PROPORCIONALIDADE: UMA ANÁLISE DO CONCEITO VIGENTE 124
IV.8. MÍNIMO EXISTENCIAL A PARTIR DA ANÁLISE DO CASO CONCRETO 142
CAPÍTULO V 147
Justiciabilidade imediata do mínimo existencial? 147
V.1. A EFICÁCIA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS 147
V.2. A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS – CRÍTICAS AO PROCESSO CIVIL INDIVIDUALISTA 151
V.3. PARÂMETROS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM JUÍZO 160
V.4. O ANTEPROJETO DE LEI DE POLÍTICAS PÚBLICAS 167
V.5. A NECESSIDADE DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL 171

CONCLUSÃO 176
VI. **BIBLIOGRAFIA** 182

I. INTRODUÇÃO

I.1. O TEMA E SUA RELEVÂNCIA

Não é de hoje que a doutrina e a jurisprudência do mundo todo se dedicam à análise da efetividade das normas constitucionais e o papel desenvolvido pelo Poder Judiciário para garantia dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos sociais, cuja implementação torna-se indispensável para a manutenção de um Estado Democrático de Direito. Apesar dos esforços dos estudiosos e de toda a produção acadêmica a respeito, até hoje a doutrina não alcançou – tampouco os Tribunais o fizeram – um entendimento uníssono. Ao contrário, observa-se uma "evolução cíclica[2]", um debate quase que interminável que se inicia com a possibilidade de controle dos atos (e omissões) do Legislativo e Executivo por parte do Poder Judiciário, passa pelos limites a essa intervenção (tripartição de poderes, discricionariedade administrativa e reserva do possível) e, finalmente, chega à imposição de "limites aos limites", dentre os quais se inseriria o mínimo existencial.

A situação agrava-se à medida que a doutrina relaciona o mínimo existencial com a dignidade da pessoa humana, conceituando-o, pois, como um "conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade".[3] De caráter vago e amplitude indeterminada, já não se pretende mais delimitar o conceito de dignidade humana com precisão cartesiana[4]: mais importante que isso é reconhecê-la como elemento estruturante do Estado e garantir sua efetiva aplicação.

Para além da indeterminação do conceito, o maior problema reside em estabelecer o *conteúdo* do mínimo existencial, isto é, identificar quais seriam os direitos fundamentais – e, sobretudo, em qual extensão – que estariam abarcados pelo conceito, assim entendidos como direitos suficientes para garantir uma "vida digna" aos cidadãos. E, a partir

---

[2]KRELL, Andreas. *Discricionariedade Administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle jurisdicional.* 2ª ed., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 09.

[3] WATANABE, Kazuo. "Controle jurisdicional das políticas públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis". In *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.* GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE; Kazuo (Orgs). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 217.

[4]A expressão "precisão cartesiana" é retirada de LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Devido Processo Legal Substancial", disponível em http://www.mundojuridico.adv.br, acesso em 04 de maio de 2010.

da delimitação do conteúdo, garantir-lhes imediata justiciabilidade em face do Estado, quando este lhes faltar.

É exatamente aí que o debate supera a discussão meramente conceitual e torna-se indispensável em um país como o Brasil, cuja insuficiência estrutural atinge principalmente os direitos fundamentais dos cidadãos, deixando evidente a carência de instrumentos para a efetividade dos direitos previstos na Constituição Federal.

Afinal, há algum tempo vê-se o Judiciário abarrotado de ações – coletivas ou individuais, e em todas as instâncias – pleiteando não só a implementação ou correção de políticas públicas, como direitos individuais relacionados à saúde, à educação, à moradia, etc. Os exemplos são numerosos e fazem parte do nosso cotidiano: estão no noticiário televisivo, nos jornais e revistas de grande circulação. De todos, o mais emblemático é, sem dúvida, o caso da saúde, visível no crescente aumento das decisões judiciais obrigando a internação de doentes, a concessão de medicamentos e até de tratamentos médicos no exterior. A repercussão também é visível nos debates com ampla participação popular, como ocorre nas audiências públicas.

No campo doutrinário não é diferente. Muitos trabalhos foram publicados na tentativa de fomentar o debate e tentar enxergar "uma luz no fim do túnel". Ideias, críticas, propostas, todas voltadas para a implementação de políticas públicas sob a ótica dos três Poderes do Estado Democrático de Direito – mas principalmente do Judiciário – na tentativa de estabelecer as linhas de atuação e os limites da intervenção. Também o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm se mobilizado na tentativa de construir parâmetros para essa intervenção e para o cumprimento das decisões pelo Poder Público[5]. Isso sem contar a proposta legislativa – o Anteprojeto de Lei de Políticas Públicas, de autoria de Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe – que evidencia a notoriedade e o fresco debate que circunda o assunto.

[5] Essa tentativa de criar parâmetros para a intervenção é mais sobressalente nas questões relacionadas ao direito à saúde. Nesse sentido, dois acórdãos proferidos pelo Plenário do STF são bastante emblemáticos: STA 175-AgR/CE e STA 47-AgR/PE, ambos julgados no mesmo dia 17.03.2010.

Sem embargo sobre tudo o que já foi escrito sobre o tema, ainda há muito que fazer. E haverá sempre, na medida em que todo esse debate não é capaz, por si só, de garantir os anseios sociais por uma *vida digna*[6]. Subsiste no país um abismo de desigualdade, com recordes mundiais de concentração de renda e déficit dramático nas necessidades básicas dos cidadãos[7]. Nesse sentido, ainda resta muito espaço para discutir não só o conceito do mínimo existencial, como seu caráter, conteúdo, extensão, justiciabilidade e sua própria função e utilidade à luz da Constituição Federal de 1988.

O tema é, portanto, atual e necessário. Obviamente que o trabalho desenvolvido não tem o escopo de esgotar o assunto, tampouco de uniformizar o entendimento, ou apresentar soluções pretensamente definitivas. Ao contrário, pretende-se enriquecer o debate, na tentativa de atribuir-lhe uma *interpretação coerente* e aplicação em consonância com os pilares do sistema.

I.2. O PLANO DA OBRA

Partindo desse escopo, a presente dissertação analisa, basicamente, a possibilidade de conceituar o mínimo existencial, bem como a adequação ou inadequação desse conceito na forma em que empregada pela doutrina majoritária (já encampada pelos Tribunais Superiores[8]), qual seja: (i) um conceito intimamente conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana; (ii) que condensa em si o *núcleo duro e essencial* dos direitos fundamentais; (iii) que tem justiciabilidade imediata, isto é, sem a necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica, e sem a possibilidade de questionamento, em juízo, das condições práticas de sua efetivação, vale

[6] É importante deixar claro desde o início deste trabalho que não se pretenderá, em momento algum, o estudo da dignidade da pessoa humana com a finalidade de conceituá-la, nem mesmo daquilo que este princípio assegura, que é a *vida digna.* Ao contrário, ver-se-á que o conceito, como tantos outros, é dotado de abertura semântica cuja delimitação encontra grandes dificuldades, que aumentam exponencialmente dependendo da teoria que se adota como pressuposto teórico para delinear o conceito da dignidade humana.

[7] BARROSO, Luis Roberto. *Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil,* in *Vinte anos da Constituição,* Revista do Advogado, ano XXVIII, nº 99, São Paulo: AASP, setembro de 2008, p. 84.

[8] V., nesse sentido, STF, RE n. 482.611, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 26.03.2010; e STJ, REsp nº 1.185.474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 24.04.2010.

dizer, sem a sujeição à cláusula da "reserva do possível"[9]. Ou seja, de acordo com a doutrina majoritária que se destina ao estudo do tema[10], o mínimo existencial seria, portanto, um "limite aos limites" ao controle jurisdicional de políticas públicas, inoponível às objeções do Legislativo e do Executivo, devendo ser garantido independentemente de qualquer alegação de falta de recursos[11] do Estado.

A partir desse conceito – que desde já se contesta – a dissertação pretende propor outra concepção do mínimo existencial, ponderável no caso concreto, dada a impossibilidade de se destacar os efeitos de uma norma jurídica das condições fáticas, sociais e institucionais da situação que pretende regular. Pretende-se verificar a conveniência e verdadeira utilidade decorrente de um conceito *apriorístico* de mínimo existencial, no sentido de uma fórmula condensadora de determinados direitos fundamentais e em determinada extensão pré-definidos que deveriam ser garantidos em toda e qualquer situação.

Ao longo desse trabalho, ficará claro que essa definição é, no mínimo, de difícil sustentação e utilidade reduzida. Em outras palavras, a conclusão que se propõe a alcançar é de que *todo direito fundamental é passível de restrição*, e que a adoção de um núcleo rígido e absoluto *a priori* contra o qual nada seria oponível *não é coerente* com a estrutura dos direitos fundamentais de acordo com nosso sistema.

Nesse contexto, será objeto de análise a questão da justiciabilidade desses direitos, *até onde* o Estado estaria obrigado a garanti-los, quais os reais problemas da dificuldade de se implementar os direitos (principalmente os direitos sociais) no caso concreto, as críticas ao processo civil de cunho individualista e as possíveis soluções para a

---

[9]WATANABE, Kazuo. "Controle jurisdicional das políticas públicas – 'mínimo existencial' e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis", p. 218. Esse mesmo entendimento é adotado pela jurisprudência, com destaque para o Min. Celso de Mello, que encampa a tese da inoponibilidade do mínimo existencial face à reserva do possível. A título exemplificativo, menciona-se STF, Segunda Turma, AgRg no RE com Agravo 639.337/SP, Relator Min. Celso de Mello, j. em 23.08.2011.

[10]Os principais autores que se dedicam ao tema: TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009; BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002; AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001; WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis". In *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.* GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE; Kazuo (Orgs). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

[11] Nesse caso, comprovada a falta de recursos pela administração pública, buscar-se-iam outras saídas: assim, por exemplo, faltando recursos financeiros ao município, haveria um deslocamento de verba do Estado ou até da União para suprimento do "direito mínimo" pleiteado.

interpretação a ser realizada pelos Tribunais, sem deixar de analisar, para tanto, as opções *de lege ferenda*, sobretudo o Anteprojeto de Lei de Políticas Públicas atualmente desenvolvido por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe.

É importante destacar que muito embora se reconheça o caráter heterogêneo do rol de direitos sociais inscrito na Constituição brasileira, este trabalho não se aprofundará nos direitos em espécie, mas cuidará de esboçar uma teoria geral para definição do mínimo existencial sem esquecer os demais critérios de controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Todavia, para desenvolver os pontos centrais acima descritos, serão desenvolvidos capítulos introdutórios para contextualização histórica quanto à evolução do Estado, da Constituição e do Direito, sobretudo da Constituição de 1988, suas normas programáticas e a efetividade das normas constitucionais (Capítulos I e II).

Após essa contextualização, também será desenvolvida a questão da legitimidade do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário e a existência de limites à intervenção judicial, comumente alegados pelos poderes Legislativo e Executivo para afastar a intervenção (*e.g.*, separação de poderes; ilegitimidade democrática do Poder Judiciário; discricionariedade do agente da administração pública; reserva do possível – fática e jurídica), bem como outros limites apontados pelos juristas que se dedicam ao tema. Este ponto será tratado no Capítulo III do trabalho e tem como função a contextualização do mínimo existencial dentro desse quadro – já que é geralmente definido como um "limite aos limites" – para então passar à problematização da dissertação propriamente dita, descrita nos dois primeiros parágrafos deste tópico.

Os capítulos acima descritos se inserem em uma estrutura do trabalho que é dividida em duas partes: (i) a primeira (Capítulos I a III), dedica-se ao estudo que é normalmente realizado quando se trata do controle jurisdicional de políticas públicas (a evolução do Estado de Direito até o Estado Social, a ordem constitucional vigente e a legitimidade, hipóteses e limites à intervenção do Poder Judiciário neste campo); e (ii) a segunda, (capítulos IV, V e conclusão do trabalho), parte da análise dos conceitos, ideias e premissas que sustentam os capítulos anteriores para, finalmente, reanalisar a efetividade dos

direitos fundamentais (sobretudo dos polêmicos direitos sociais), a possibilidade de restrição e sua exigência em juízo a partir do conceito de mínimo existencial (que será, igualmente, reanalisado nesse cenário).

I.3. METODOLOGIA

De um modo geral, a abordagem metodológica do trabalho segue o enfoque analítico (e, portanto, dogmático).[12] Isso porque a dissertação possui como foco central a análise de conceitos básicos e elementares envolvidos no objeto da pesquisa, partindo-se da análise do conceito de *mínimo existencial* no direito brasileiro[13].

O trabalho realiza ainda uma abordagem empírica e normativa. Empírica, porque se analisa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que assume papel indispensável na confecção da dissertação, permitindo-se verificar como se dá a aplicação prática do conceito de mínimo existencial nos casos submetidos a julgamento perante as mais altas Cortes do país[14]. Neste ponto, a pesquisa será desenvolvida também com as bases lógicas do método[15] hipotético-dedutivo (Popper), buscando, quando necessário, evidências empíricas que derrubem as hipóteses formuladas pelos julgadores. Quanto à abordagem normativa, esta é utilizada com fins de fornecer uma resposta adequada ao problema analisado[16].

---

[12]SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.* São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 30-31.

[13] A análise do conceito será desenvolvida sob a ótica da Constituição Federal de 1988, tomando-se por base os trabalhos da doutrina e jurisprudência pátria sobre o tema. Isso não exclui, contudo, a referência à obra de doutrinadores e decisões de tribunais estrangeiros (como as decisões do Tribunal Constitucional alemão), que enriquece a compreensão do mínimo existencial e outros conceitos utilizados no Brasil.

[14]Neste ponto, convém esclarecer que a jurisprudência será utilizada de forma sistemática, de forma a compreender as bases e os fundamentos do entendimento jurisprudencial do STF e STJ sobre o mínimo existencial, e não como mera exemplificação de ideias. Para tanto, a jurisprudência será relacionada também com a análise doutrinária sobre o tema, visando, contudo, analisar o conceito usualmente adotado, para, então, propor-se outro enfoque para esse conceito, fornecendo subsídios para a atividade jurisprudencial. Isso não exclui, contudo, a possibilidade de menções pontuais à jurisprudência, tanto do STF quanto de outros tribunais.

[15]Cumpre diferenciar, aqui, a abordagem metodológica do método (forma) de trabalho, conforme salienta Virgílio Afonso da Silva (*Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 30).

[16]SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 32.

Com relação ao método (forma) de trabalho, o desenvolvimento da dissertação dá-se a partir da utilização dos métodos dialético e histórico, além do já mencionado hipotético-dedutivo[17].

O método dialético será utilizado para a busca da conclusão esperada, permeando esta técnica com aspectos característicos do método histórico para alcançar um maior entendimento da questão através da evolução do Estado, Constituição e efetividade dos direitos fundamentais até os dias atuais.

Finalmente, grande importância será dada à interdisciplinaridade com os diversos ramos do estudo jurídico, sobretudo o direito constitucional, administrativo e filosofia do Direito. Embora não seja o foco do trabalho, é inevitável tratar de políticas públicas sem passar por uma análise dessas áreas do Direito, uma vez que o tema em si é, por excelência, um tema interdisciplinar. Como bem lembrou Joaquim José Gomes Canotilho[18], paira sobre a dogmática e teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da vaguidez, indeterminação e impressionismo, de sorte que, nesse cenário, não surpreende o fato de que as discussões relacionadas à efetivação dos direitos sociais tenham sido deslocadas para a teoria da justiça, as teorias da argumentação e a teoria econômica do direito.

Ademais, o estudo do direito com subdivisões estanques também é herança de um positivismo que, à época, tentava afirmar-lhe autonomia, o que hoje, além de inútil, é desprovido de sentido. Deve-se ter em mente que a análise do direito processual tem que ser feita sempre à luz do direito material a que serve, de modo que o estudo não se curve ao enfoque do processo como um fim em si mesmo, mas, ao contrário, para que seja viabilizado, sempre que possível, a efetiva implementação dos direitos fundamentais.

---

[17]Em alguns momentos, será utilizado também o método comparatístico, embora de maneira subsidiária e pontual. Mesmo que de forma reduzida, a doutrina e jurisprudência do direito estrangeiro é bastante rica ao tratar do tema em estudo e poderá auxiliar na busca das conclusões pretendidas.

[18] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. "Metodologia 'fuzzy' e 'camaleões normativos' na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais". In *Estudos sobre direitos fundamentais.* Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 100.

PARTE I

CAPÍTULO I
BREVE PANORAMA HISTÓRICO
A evolução do Estado, Direito e Constituição

I.1. A FORMAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

"Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não possui Constituição".[19] Foi com essa formulação paradigmática que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 lançou as bases do que seria o núcleo material das primeiras Constituições escritas, matéria-prima do liberalismo burguês do final do século XVIII e ao longo do século XIX: a noção da limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes[20].

Tal formulação sintetiza, ainda, um importante ponto de partida para o estudo desenvolvido no presente trabalho: os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito sempre estiveram, ao longo da história do constitucionalismo[21], intimamente conectados. Significa dizer que os direitos fundamentais integram, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material[22]. Vale dizer, só

---

[19]Artigo XVI da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Tradução livre do original: "*toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*".

[20]SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais - uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional"*. 10a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 58.

[21]Conforme Luis Roberto Barroso, *"constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of the law, Rechtsstaat). O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira. Há pelo menos um caso notório em que o ideal constitucionalista está presente independentemente de Constituição escrita – o do Reino Unido – e entre outros, muito mais numerosos, em que ele passa longe, apesar da vigência formal e solene de Cartas escritas. Exemplo inequívoco é o fornecido pelas múltiplas ditaduras latino-americana dos últimos quarenta anos. Não basta, portanto, a existência de uma ordem jurídica qualquer. É preciso que ela seja dotada de determinados atributos e que tenha legitimidade, a adesão voluntária e espontânea de seus destinatários"* (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

[22]SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 58.

existirá efetivamente um Estado Democrático de Direito se houver uma efetiva preocupação com a implementação prática dos direitos fundamentais encartados na Constituição.

De fato, falar de um "mínimo existencial" significa falar da implementação dos direitos fundamentais, ainda que em uma "parcela mínima" desses direitos, ou de seu *conteúdo essencial*, para utilizar a terminologia do Anteprojeto de Lei de Políticas Públicas[23]. Nesse contexto, a perspectiva histórica assume notável relevo para o presente trabalho. Os direitos fundamentais, assim como o Estado e as Constituições, passaram por diversas transformações ao longo do tempo, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. A história dos direitos fundamentais é, em certa medida, a história da evolução do Estado e das formas de exercício e organização do poder. E essa história desemboca no surgimento do Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. A história dos direitos fundamentais nada mais é, portanto, que a história da limitação do poder[24].

Antes de tudo é importante destacar que este capítulo (assim como toda a dissertação[25]) toma por base a análise da cultura ocidental e os valores nela desenvolvidos[26]. Mas não é difícil identificar, mesmo em alguns países da Europa oriental, um percurso semelhante no reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, principalmente no constitucionalismo que sucedeu os regimes totalitários, sejam eles fascistas ou comunistas[27].

---

[23]Conforme art. 6º, § único do Anteprojeto de Lei de autoria dos Professores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, anexo ao presente trabalho.

[24]Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, citando K. Stern. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 36.

[25]O desenvolvimento da presente dissertação, muito embora trate de conceito utilizado em diversos outros países (sobretudo na Alemanha), terá como foco a análise da Constituição de 1988 e o Estado Brasileiro. Isso porque, se por um lado não seria possível negar as semelhanças existentes no constitucionalismo dos países do Ocidente, por outro lado o controle jurisdicional de políticas públicas e seus limites têm relação íntima com o as peculiaridades do constitucionalismo de cada país, guardando, cada qual, características próprias de acordo com suas condições históricas, políticas, socioeconômicas e culturais.

[26]Hermes ZANETI JR., citando Ernst Wolfgang Bockenforde, lembra que apenas é possível falar em modelos de Estado em virtude de seu conceito ser histórico e datado. Realmente, "Estado" não é um conceito universal, mas refere-se a uma forma de ordenamento político surgida na Europa a partir do século XIII até os fins do século XVIII ou início do XIX, na base de pressupostos e motivos específicos da história europeia e que após esse período se estendeu ("A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia", in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.), *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 37).

[27]Todavia, como lembra Paulo BONAVIDES, nem todos os países que procuraram realizar o Estado social e concretizar os direitos sociais básicos o fizeram por meio do poder constituinte, em ordem a estabelecer na

De todo modo, a análise do constitucionalismo brasileiro tem origens europeia e americana, e é nelas que se fala ao traçar o breve perfil histórico das noções de Estado, Constituição e direitos fundamentais.

Feitos os esclarecimentos, convém identificar, com base na doutrina de Luis Roberto Barroso[28], três modelos institucionais diversos de Estado reservando-se, em cada um deles, um papel específico para o Direito, para a ciência jurídica e para a jurisprudência. São eles: o Estado pré-moderno, o Estado legislativo de direito e o Estado constitucional de direito.

O Estado pré-moderno é anterior à consagração da legalidade e caracterizava-se pela pluralidade de fontes normativas, pela tradição romanística de produção jurídica e pela natureza jusnaturalista de sua fundamentação[29]. Não havia, neste período, um sistema formal e unitário de fontes, mas uma multiplicidade de ordenamentos, provenientes de instituições concorrentes – o Império, a Igreja, o Príncipe, os feudos, os municípios e as corporações – o que, como a história nos ensina, permitia práticas abusivas por todas essas instituições em desfavor dos indivíduos. Tais abusos tiveram como expressão maior a reunião dos poderes na figura do monarca absolutista, que encontra exemplo emblemático na França, na figura do Rei Luis XIV e sua célebre frase *"L'État c'est moi"*.

Vem a Revolução Francesa e, com ela, a passagem do Estado absolutista para o Estado liberal. O Direito incorpora o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII e tem início a era das codificações, inaugurada pelo Código Napoleônico de 1804. Nasce o "Estado de Direito[30]" (em sua maioria, sob a forma de monarquia constitucional[31]-[32])

Constituição os fundamentos desse Estado e nela formular a Carta social dos direitos que o caracterizam. Um exemplo desse tipo é a Áustria, onde a doutrina constitucional, de inegável influência kelseniana, tinha por dispensável o emprego da Constituição para introduzir os direitos sociais básicos, preferindo trazê-los ao ordenamento jurídico por via da legislação ordinária (*Curso de Direito Constitucional.* 12ª ed., Malheiros, p. 338).

[28]BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo,* p. 243.

[29]BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo,* pp. 243-244.

[30]Conforme leciona Gustavo ZAGREBELSKY, a expressão "Estado de Direito" traz em si um valor e uma direção. O valor é a eliminação da arbitrariedade na relação da Administração com os indivíduos; a direção é a inversão da relação entre poder e Direito, que deixa de ser *rex facit legem* (o rei faz a lei) e passa a ser *lex facit regem.* Segundo o autor, até alcançar o Estado constitucional da atualidade, caracterizado pela subordinação da lei à Constituição, o Estado foi absolutista no século XVII, de polícia ou despotismo esclarecido no século XVIII e de direito no século XIX (*El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.* 3ª ed., Madrid: Trotta, 2005, pp. 21-41). No mesmo sentido, Dalmo de Abreu DALLARI afirma que é no século XVIII que se conjugam vários fatores que iriam determinar o aparecimento das Constituições e infundir-lhes as características fundamentais. São eles: "a afirmação da *supremacia do indivíduo,* a necessidade de *limitação do poder* dos governantes e a crença quase

e com ele o mito da legalidade. O núcleo essencial das primeiras constituições escritas é composto por normas de repartição e limitação do poder (Montesquieu[33]), aí abrangida a proteção dos direitos individuais em face do Estado[34]. A vigência do Estado Nomocrático[35] parte da simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares.

Juntamente com a transformação do Estado absoluto em Estado de direito, ocorreu a transformação do súdito em cidadão, isto é, em sujeito titular de direitos não apenas "naturais", mas "constitucionais" em face do Estado, que a eles fica vinculado[36]. O chamado

---

religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da *racionalização do poder"* DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado,* 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 198 – destaques do texto original).

[31]Segundo Luis Roberto BARROSO, a noção de democracia *"somente viria a desenvolver-se e aprofundar mais adiante, quando se incorporam à discussão ideias como fonte legítima do poder e representação política. Apenas quando já se avançava no século XX é que seriam completados os termos da complexa equação que traz como resultado o Estado democrático de direito:* quem *decide (fonte do poder),* como *decide (procedimento adequado) e* o que *pode e não pode ser decidido (conteúdo das obrigações negativas e positivas dos órgãos de poder)".* (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo,* p. 40).

[32] Muito embora o constitucionalismo tenha sido impulsionado pelos mesmos objetivos básicos, ele assumiu características diversificadas, segundo as circunstâncias de cada Estado. Em alguns Estados, o constitucionalismo foi instrumento de afirmação política de novas classes econômicas, enquanto noutros foi mera expressão de anseios intelectuais. Assim, houve situações de nascimento de um constitucionalismo com caráter verdadeiramente revolucionário, e outras de um constitucionalismo simbólico, como nas monarquias constitucionais, cujo absolutismo apenas perdeu seu caráter pessoal para adquirir um fundamento legal. Tal fato permite distinguir a existência de um constitucionalismo em sentido formal, em que a lei fundamental nada mais é que um conjunto de regras jurídicas de máxima eficácia concernentes à organização e ao funcionamento do Estado; e no sentido material, que se consagra como expressão dos valores de convivência e dos fatos prováveis do povo a que ela se liga (*Elementos de Teoria Geral do Estado,* pp. 199-200).

[33]*"Tout seroit perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçoient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'executer les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différents des particuliers".* MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois.* Paris: Garnier Frères, Libraires Éditeurs, 1869.

[34]Conforme Luis Roberto BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo,* pp. 09-10. Nessa mesma passagem, o autor afirma que *"o Estado moderno surge no início do século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo. Nasce absolutista, por circunstância e necessidade, com seus monarcas ungidos por direito divino. O poder secular liberta-se progressivamente do poder religioso, mas sem lhe desprezar o potencial de legitimação. Soberania é o conceito da hora, concebida como absoluta e indivisível, atributo essencial do poder político estatal. Dela derivam as ideias de supremacia interna e independência externa, essenciais à afirmação do Estado nacional sobre os senhores feudais, no plano doméstico, e sobre a Igreja e o Império (romano-germânico), no plano internacional".*

[35]COMPARATO, Fabio Konder. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas", in *Revista dos Tribunais,* São Paulo: RT, v. 737, ano 86, mar/97, pp. 16-19.

[36] Como lembra Maria Tereza SADEK, essas inovações resultaram na percepção de que a desigualdade social deixou de ser vista como natural: *"O questionamento das diferenças sociais e o repúdio ao arbítrio dos governantes são decorrências diretas da aceitação do princípio da igualdade natural. Assim, toda e qualquer desigualdade passa a ser entendida como uma desigualdade provocada pelo arranjo social, pelo ordenamento estatal, pelo acordo realizado entre os indivíduos. O Estado e a sociedade são, pois, concebidos como criações humanas, como resultantes de um pacto entre indivíduos. A desigualdade e o poder ilimitado deixam, pois, de ser justificados como naturais, isto é, como decorrentes da ordem natural das coisas ou, ainda, como*

contrato social, uma vez traduzido em pacto constitucional, deixa de ser uma hipótese filosófico-política para tornar-se um conjunto de normas positivas que obrigam entre si ao Estado e ao cidadão[37]. E é assim que a positivação desses direitos significou simultaneamente o apogeu e a superação do direito natural[38]: considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é substituído pelo positivismo jurídico do século XIX que, preocupado em criar uma "ciência jurídica pura", buscou objetividade científica apartando o Direito da moral e dos valores transcendentes. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa[39].

Nesse pano de fundo, são consagrados os direitos fundamentais de cunho individualista, os chamados *direitos de defesa* do indivíduo frente ao Estado, instituídos para demarcar uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. Costuma-se dizer que tais direitos (chamados direitos civis e políticos[40]) exigiam, para seu exercício, nada além de uma abstenção do Estado[41]. Por essa razão, são

---

materializações de uma vontade extraterrena. Os arranjos sociais e políticos tornam-se, portanto, passíveis de contestação e sujeitos à intervenção" ("Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política", in *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 9).

[37]FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal* (trad. de Ana Paula Zomer e Alexis Couto de Brito), 3ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, pp. 859-860.

[38]*"Com a promulgação dos códigos, principalmente o napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo"* (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 2ª ed., Brasília: UNB, 1986, p. 659).

[39]*"O positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas acabou se convertendo em uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter-se tornado não apenas um modo de entender o Direito, mas também de querer o Direito. Em diferentes partes do mundo, o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem."* (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, pp. 240-241).

[40]No rol desses direitos, destacam-se os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a Lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, assim, a íntima relação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, assim entendido como igualdade formal perante a lei e algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*) se enquadram nesta categoria (Conforme Ingo Wolfgang SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 47).

[41]A ideia, como se verá ao longo do presente trabalho, é falaciosa. Apenas para que não fique sem qualquer referência, é importante destacar, desde já, que o exercício das "liberdades negativas" não é assegurado com a mera abstenção do Estado, uma vez que este deve criar instituições para o pleno exercício desses direitos. Nesse sentido, v. HOLMES, Stephen; SUSTAIN, Cass R. *The Cost of Rights, 1999, Norton, New York*.

apresentados como direitos de cunho "negativo" [42] e pertencem, segundo a tão conhecida (e criticada) classificação[43], aos direitos fundamentais de primeira geração.

O modelo, obviamente, é o reflexo ao trauma absolutista. Não mais interessava a concentração do poder nas mãos do soberano. Ao invés da concentração, a dispersão[44]: três distintos polos de poder, com objetivos estanques[45] que funcionariam como freios uns aos outros, resultando assim em um sistema de *checks and balances.* A separação dos poderes idealizada em Montesquieu foi levada adiante pelo Estado liberal, em que a prevalência da lei é entendida como a solução mais adequada de defesa contra o arbítrio e contra os riscos inerentes à concentração do poder[46]. Adota-se um modelo jurídico fechado e completo, marcado pela supervalorização do Poder Legislativo e cujo espaço para a atividade interpretativa era bastante reduzido. Nesse sistema, as declarações de direitos eram apenas nominativas e a Constituição tinha por principal função ordenar os diversos ramos de poder. Ao Legislativo cabia criar as leis, ao Executivo aplicá-la, e ao Judiciário restava a interpretação nos moldes da lei, assim entendida como um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O juiz era, assim, "*la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur"*. Refém da separação de poderes, não cabe ao juiz qualquer papel criativo[47]; ao contrário, cabia à instituição prestar o serviço

---

[42] A classificação tem origem na teoria dos *status* formulada por Jellinek, que tem por base a análise da posição jurídica do indivíduo frente ao Estado: passivo, negativo, positivo e ativo (JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (traduzione italiana riveduta dall'autore sulla seconda edizione tedesca con note del Gaetano Vitagliano), Milano : Società Editrice Libreria, 1912).

[43]É comum, na história dos direitos fundamentais, atribuir-lhe uma evolução baseada em *gerações.* Originalmente, a mutação histórica dos direitos fundamentais era segmentada em três gerações de direitos, mas há quem defenda a existência de quarta, quinta e até de uma sexta geração. O termo "geração" é muito criticado pela doutrina, por ensejar a falsa impressão de substituição de uma geração pela outra. Por essa razão, a doutrina mais moderna costuma utilizar-se da terminologia *dimensão,* embora esta também já seja alvo de críticas. Dimensões, gerações, famílias ou naipes, o fato é que a terminologia pouco importa para o que se pretende desenvolver no presente capítulo. Mais importante que isso é o reconhecimento de que os direitos fundamentais foram reconhecidos paulatinamente, dos direitos de liberdade aos direitos de solidariedade e participação política (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais,* pp. 45-49). Por essa razão, adota-se neste trabalho a terminologia clássica de "geração", sem que isso signifique a superação das gerações anteriores pelas posteriores.

[44]SADEK, Maria Tereza. "Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política", p. 05.

[45]É bem verdade que mesmo Montesquieu já previa situações de exceção à separação estanque, pois admitia a intervenção do chefe de Estado, pelo veto, no processo legislativo. Mas essa, repita-se, era situação excepcional à regra da separação estanque e rígida de poderes.

[46] SADEK, Maria Tereza. "Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política", p. 11.

[47]BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo,* p. 230. O trecho destacado é de Montesquieu, *De l'esprit des lois.* Livre XI, chapitre 6, 1748.

público de aplicar a lei para a solução de conflitos, sem capacidade de adquirir o estatuto de poder estatal[48].

Nesse processo, o grande desafio do Estado de Direito era conciliar a indispensável liberdade decisória do Executivo com a observância da legalidade, na tentativa de apagar qualquer resquício de arbitrariedade monárquica[49]. Reconheceu-se a necessidade de o Poder Legislativo, através de maior "abertura normativa", conceder ao Executivo certa margem de flexibilidade para o alcance de determinado fim, sobretudo nas situações em que as circunstâncias da realidade dificilmente são previsíveis. Nessa órbita livre de decisão prevaleceria a avaliação e vontade do administrador, que seria pouco ou nada sindicável pelo Poder Judiciário. Tal controle, quando existente, visava a resgatar as liberdades e garantias ameaçadas pelo Estado, em cumprimento ao seu propósito de *government by law*[50].

O sistema acima descrito revela – e justifica – o momento histórico que marcou o surgimento do Estado liberal. Sem dúvida, a teoria foi consagrada em um período em que se pretendia o enfraquecimento do Estado absolutista e a restrição de sua interferência na esfera de liberdade individual[51]. Daí porque se costuma dizer que a separação de poderes foi concebida para assegurar "a contenção do poder pelo poder",[52] protegendo, assim, os direitos e liberdades fundamentais das investidas do poder arbitrário. Se por um lado o modelo visava refrear a contínua interferência da realeza nas decisões judiciais[53], por outro implementou a justiça da manutenção do *status quo.*[54]

A partir do final do século XIX e início do século XX a história muda seu curso. A chamada Revolução Industrial e a lógica aleatória e impessoal do mercado capitalista

---

[48] SADEK, Maria Tereza. "Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política", p. 6.
[49]KRELL, Andreas. "Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial", in *Revista Esmafe – Escola da Magistratura Federal da 5ª Região,* n. 8, p. 178, dez. 2004.
[50]Sobre a evolução da discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas, v. artigo de minha autoria publicado em GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas,* pp. 93-124.
[51]DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado,* p. 216.
[52]PENALVA, Ernesto Pedraz. *Contitucion, jurisdiccion y proceso.* Madrid: Akal, 1990, pp. 09-42.
[53]CANELA JR., Oswaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição.* São Paulo: tese defendida na USP, no prelo, p. 59.
[54] ZANETI JR., Hermes. "A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia", pp. 38-39. O autor lembra que a democracia era fraca, exercida para garantir os espaços de liberdade jurídica do indivíduo, sendo que os direitos políticos ficavam limitados aos homens, instruídos e ricos (democracia de elite).

livre mostraram aos indivíduos que o mero reconhecimento formal da liberdade e igualdade não bastava. Percebeu-se que o Estado não era o único opressor: o impacto da industrialização, da produção em massa, gerou a concentração de riqueza e, com ela, graves problemas sociais e econômicos que resultaram na existência de um contingente humano que, apesar de dispor de direitos e garantias positivados nos textos constitucionais, não tinha condições mínimas de exercê-las.[55] Entendeu-se que só há liberdade de escolha, locomoção, manifestação do pensamento, quando se tem meios para realiza-las.[56] Nesse cenário, torna-se fácil a expansão de ideias totalitárias, desenvolvidas com base no positivismo jurídico que, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência. Cria-se uma aparência de legalidade, possibilitando a implementação de "ditaduras constitucionais".[57] As consequências, como se sabe, foram colhidas no pós-guerra.

Paralelamente aos acontecimentos históricos dos séculos XIX e XX – Revolução Industrial, Revolução Russa de 1917, e Primeira e Segunda Guerras Mundiais – deu-se o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado o comportamento ativo na realização da justiça social. Pouco a pouco vai se desenhando um Estado intervencionista (*Welfare State*), preocupado em tornar efetivas as promessas do legislador. Esse perfil é claramente visto nas constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919 (Weimar).

---

[55]Conforme conta Dalmo de Abreu DALLARI, *"o industrialismo do século XIX, ao mesmo tempo em que procurara levar às últimas consequências os princípios individualistas do liberalismo, promovera a concentração dos indivíduos que nada mais possuíam do que a força de trabalho. Com isso, iria deixar muito evidente a existência de desníveis sociais brutalmente injustos e favorecer a organização do proletariado como força política"*.

[56] Conforme Konrad HESSE, *"Para os desempregados, a liberdade de profissão é inútil. Liberdade de aprender e livre escolha dos centros de formação ajudam somente àquele que está financeiramente em condição de terminar a formação desejada e ao qual tais centros de formação estão à disposição. A garantia da propriedade somente tem significado real para os proprietários, a liberdade de habitação somente para aqueles que possuem uma habitação. Se essas e outras liberdades devem ser mais do que liberdades sem conteúdo, então elas também pressupõem mais do que uma proibição de intervenções estatais, ou seja, aquele sistema de medidas planificadoras, formentadoras e conservadoras da política econômica e social, da política cultural e educacional, da política sanitária e familiar, que caracteriza o estado social atual, por exemplo, em prêmios de poupança para construção, subsídio de habitação e familiar por filhos ou de apoio estatal de formação e aperfeiçoamento profissional"* (*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998, pp. 176-177).

[57]A expressão é de Dalmo de Abreu DALLARI, destacando a aparente contradição existente entre os termos ditadura e constituição. Todavia, como a Constituição nasceu com a mística da limitação do poder e afirmação das liberdades individuais, as ditaduras procuram criar uma aparência de legitimidade, disfarçando o seu verdadeiro caráter, apoiando-se em uma Constituição formal (*Elementos de Teoria Geral do Estado,* p. 201).

São os chamados *direitos sociais*[58], ou direitos fundamentais de segunda geração. Costuma-se dizer que a nota distintiva desses direitos é a sua *dimensão positiva*, uma vez que não se trata mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas de utilizar o Estado para alcançar essa liberdade (liberdade por intermédio do Estado) [59]: em uma ponta outorgam-se aos indivíduos direitos a prestações sociais, como saúde, educação, assistência social, trabalho, etc., e noutra ponta exige-se do Estado a garantia desses direitos.[60]-[61]

Todavia, a judicialização dos direitos instituídos nestes documentos nas hipóteses de arbitrariedades cometidas pelos governantes ainda era duvidosa. É bem verdade que desde 1891 já se desenhava o sistema do *judicial review* a partir do controle de constitucionalidade "inaugurado" nos Estados Unidos da América com o juiz John Marshall[62] e que, além disso, como bem lembra a Professora Ada Pellegrini Grinover, o surgimento do sindicato como porta-voz das reivindicações das massas operárias também contribuiu para a mudança do enfoque do juiz "boca da lei".[63] A despeito dos avanços, de um modo geral a função jurisdicional continuava em sua postura passiva, e as poucas situações de atuação mais ativa resultaram nas críticas do ativismo judicial.

---

[58]Segundo Ingo Wolfgang SARLET, a expressão "social" encontra justificativa na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 48).

[59]SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 47.

[60]Como bem lembra Ana Paula de BARCELLOS, *"desde o início do século XX, portanto, tem-se procurado transformar o atendimento dessas necessidades em direitos, introduzindo-os no ordenamento jurídico. Esta a fórmula encontrada para tentar afirmar que esses bens fundamentais formam imperativos da dignidade humana, não podendo depender da provisão do mercado"*. ("O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy", in TORRES, Ricardo Lobo (org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 101).

[61]Importante destacar que, apesar da característica *positiva* desses direitos, estes englobam também as "liberdades sociais", tais como a liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores (direito a férias e repouso semanal remunerado, salário mínimo, limitação da jornada de trabalho, etc.). Inclusive, é importante destacar, desde logo, que essa polarização entre "direitos que exigem abstenção estatal" e "direitos que exigem ação estatal" é falaciosa, conforme já indicado em nota acima. Nem o mais primário dos direitos exige mera abstenção do Estado para ser realizado; ao contrário, o exercício de todo e qualquer direito pressupõe a ação estatal. Este assunto será melhor delineado no capítulo V do trabalho.

[62]Trata-se do famoso caso *Madison* versus *Marbury*, em que se afirmou a supremacia da Constituição. Segundo Raul Machado HORTA, contudo, foi Alexander Hamilton que, antes mesmo de Marshall, em sua obra *The Federalist*, atribuiu aos magistrados o direito de interpretar a Constituição para verificar o enquadramento ou não dos atos do Poder Legislativo à Lei Fundamental (*Direito Constitucional*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999, pp. 134-135).

[63]GRINOVER, Ada Pellegrini. "O controle jurisdicional de políticas públicas", in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 126.

Mas é sobretudo no pós Segunda Guerra[64] que os direitos fundamentais da pessoa humana foram novamente postos em debate: em 26 de junho de 1945 foi aprovada a Carta das Nações Unidas, destinada a fornecer a base jurídica para a permanente ação conjunta dos Estados, em defesa da paz mundial. Todavia, a experiência já tinha deixado evidente que não há paz onde não há justiça social, surgindo, portanto, a ideia de uma Declaração de Direitos que fixasse as diretrizes para a reorganização dos Estados[65].

Em 1948 vem a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela qual os Estados se comprometeram a assegurar novos bens da vida, indispensáveis para a sobrevivência da humanidade[66]. Os direitos fundamentais evoluem desprendendo-se da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos, ganhando, portanto, titularidade coletiva e difusa[67].

Esses novos direitos passam a ser integrados nas agendas constitucionais e forçaram uma nova revolução judicial: os *valores* começam a retornar ao Direito, que deixa de caber integralmente no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. O critério da subsunção apresenta deficiências para a devida aplicação do direito, sobretudo no que se reporta aos casos

---

[64] Luis Roberto BARROSO atribui como marco histórico do novo direito constitucional o constitucionalismo do pós-guerra, principalmente na Alemanha e na Itália; no Brasil, o marco foi a Constituição de 1988, e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. Ainda segundo o autor, o marco filosófico foi a construção do pós-positivismo, que surge do equilíbrio entre as ideias do jusnaturalismo moderno e do positivismo do século XIX. O pós-positivismo, segundo Barroso, inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e de legitimidade (*Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 248).

[65] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 211.

[66]Dalmo de Abreu DALLARI nota que a Declaração contém um preâmbulo no qual se afirma que a Assembleia Geral das Nações Unidas *proclama* os direitos fundamentais. O termo, bastante expressivo, *"torna evidente que não há concessão ou reconhecimento dos direitos, mas proclamação deles, significando que sua existência independe de qualquer vontade ou formalidade. Assim sendo, tratando-se de direitos fundamentais inerentes à natureza humana, nenhum indivíduo ou entidade, nem os governos, os Estados ou a própria Organização das Nações Unidas têm legitimidade para retirá-los de qualquer indivíduo"*. Ainda segundo o Autor, a Declaração revela a consagração de três objetivos fundamentais: *"a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos"* (*Elementos de Teoria Geral do Estado*, pp. 211-212).

[67]Direito à paz social, direito ao desenvolvimento, ao meio-ambiente etc.

concretos, considerando as especificidades que nem sempre o legislador consegue antever[68]. A constatação de que as normas constitucionais não trazem um sentido único, objetivo, válido para todas as situações foi um marco diferencial. Da mesma forma, a compreensão do direito como um sistema composto exclusivamente por regras impossibilita ao juiz fundamentar as decisões nos casos complexos em que nenhuma regra é identificada, passando a recorrer à discricionariedade judicial[69]. A partir daí, entendeu-se que caberia ao intérprete da norma o papel de declarar seu real sentido *diante dos casos concretos:* a visão de que as normas constitucionais são abertas, principiológicas e dependentes da realidade não se prestam mais a atribuir um sentido único e objetivo como outrora se pensava[70].

Por outro lado, o discurso científico impregnou o Direito de forma que seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo e seus fundamentos vagos e metafísicos de uma razão subjetiva. Nasce o pós-positivismo, assim entendido como a mistura entre as concepções jusnaturalista e positivista: não se descarta a clareza, a certeza e a objetividade do Direito, mas não se concebe desconectado de uma filosofia moral e política. Busca-se ir além da legalidade estrita, mas não se despreza o direito posto; procura-se empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Incluem-se os valores na interpretação jurídica e forma-se uma nova hermenêutica; desenvolve-se uma teoria dos direitos fundamentais calcada na dignidade da pessoa humana. Os valores morais compartilhados pela comunidade em um dado momento e lugar materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.[71] E mesmo aqueles que já contavam com a previsão constitucional, passaram a evoluir em seu conteúdo, assumindo novos contornos[72].

---

[68] PINHEIRO, Marcelo Rebello. *A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional: em busca da superação dos obstáculos.* Dissertação de mestrado defendida na Universidade de Brasília – UNB, no prelo, disponível em: http://repositorio.bce.unb.br/handle/10482/5143, acesso em 20.06.2012, p. 39.

[69] Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (trad. Nelson Boeira). 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

[70] SALDANHA, Ana Cláudia. "A interpretação constitucional dos direitos sociais e o mínimo existencial", in *Revista Acadêmica ESMP*, n. 1, ano IV, 2012, disponível em http://www.mp.ce.gov.br/esmp/publicacoes/revistaeletronica.asp, acesso em 11.11.2012.

[71] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, pp. 249-250. Alguns autores incluem nessa evolução o "aparecimento" do princípio da proporcionalidade como ferramenta de controle e de decisão em relação à colisão de direitos fundamentais (com estrutura de princípio). Todavia, compartilhamos do entendimento de Virgílio Afonso da Silva de que não houve um "aparecimento" do princípio da proporcionalidade em um contexto de evolução das "gerações" de direito; o princípio da proporcionalidade decorre da *estrutura* dos

O Estado constitucional de direito desenvolve-se, portanto, a partir do término da Segunda Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo como característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito. Mais do que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação[73]. A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar as normas jurídicas *conforme* a Constituição[74].

---

direitos fundamentais tal qual expostos na Constituição de 1988 (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2011).

[72]Para Ingo Wolfgang SARLET, boa parte desses direitos em processo de reivindicação e desenvolvimento corresponde, na verdade, a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se intimamente vinculados à ideia da liberdade-autonomia e da proteção da vida contra ingerências do Estado e de particulares. Assim, tais reivindicações seriam novas liberdades fundamentais, cujo reconhecimento se impõe em face dos impactos da sociedade industrial e técnica deste final de século. São, em sua essência, direitos de cunho excludente e negativo, que poderiam enquadrar-se na categoria dos direitos da primeira dimensão, evidenciando assim a permanente atualidade dos direitos de liberdade, ainda que com nova roupagem e adaptados às exigências do homem contemporâneo (*A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 50).

[73] Nesse cenário desenvolve-se a ideia de *dirigismo constitucional*, de Joaquim José Gomes de CANOTILHO, pelo qual as normas constitucionais estabeleceriam as diretrizes da forma de agir tanto do Poder Público quanto dos particulares. Posteriormente, contudo, o autor reformulou seu posicionamento, chegando a concluir que a Constituição Dirigente estaria morta: *"Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos fanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais"* (*Constituição Dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.* 2ª ed., Coimbra: Coimbra, 2001, p. XXIX). Todavia, há que se considerar o momento histórico-político de Portugal (integração à União Europeia e submissão a normas de caráter supranacional) para se analisar a mudança de posicionamento do autor. No Brasil, se não faz mais sentido falar em "dirigismo constitucional" ante a negação do conceito pelo próprio autor, ainda cabe afirmar que a Constituição de 1988 deve nortear a interpretação de todas as outras normas do ordenamento, bem como da atuação do Poder Público. Sobre a manutenção desse caráter "dirigente" da Constituição Federal de 1988 mesmo após a mudança de entendimento de Canotilho, veja-se STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - uma nova crítica do Direito.* 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Para esse autor, a Constituição brasileira ainda procura alcançar a estabilidade social através do combate a três violências: a violência à segurança e à liberdade, a violência decorrente da desigualdade política e a violência decorrente da pobreza; e teria, portanto, força dirigente na formulação e execução de políticas públicas para combatê-las. É o que o autor chama de "Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia" (pp. 122 e seguintes).

[74] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 245.

Com as novas tarefas do Estado, o livre desenvolvimento da personalidade não se fundamenta mais no apego à propriedade contra a intervenção estatal, e sim nas próprias prestações estatais. O arbítrio dos poderes públicos é evitado mediante a reserva de lei e do princípio democrático. A busca de melhorias sociais e econômicas dá-se sem o sacrifício das garantias jurídico-formais. E governar passou a não ser mais a gerência de fatos conjunturais, mas sobretudo o planejamento do futuro, com o estabelecimento de políticas a médio e longo prazo, com a participação e integração dos poderes Executivo e Legislativo, cuja "fiscalização" do cumprimento fica a cargo do Judiciário[75]. Nas palavras de Eros Grau[76], o *government by policies* substitui o *government by law.* A execução de políticas públicas torna-se tarefa primordial do Estado e, com ela, a exigência de racionalização técnica para consecução dessas mesmas políticas. Há um rearranjo que se revela incompatível com as instituições clássicas do Estado Liberal[77].

Nesse contexto, a clássica e estanque separação de poderes – que, em sua concepção original, não passou de mera ilusão – já não servia mais. Realmente, o sistema de separação de poderes tal qual originalmente desenvolvido é meramente formalista, e jamais foi praticado. A análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração: ora o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro; ora se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que um dos poderes predomine sobre os demais[78]. À separação de poderes sucedeu a *separação de funções*, marcada pela interdependência entre os poderes estatais, racionalizando o exercício das funções de soberania e o estabelecimento de limites recíprocos[79].

---

[75]"*Essas políticas, contudo, não se reduzem à categoria de políticas econômicas, englobam de forma mais ampla, todo o conjunto de atuações estatais no campo social (políticas sociais). A Expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública – o direito é ele próprio, uma política pública"* (cf. GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto.* São Paulo: Malheiros, 1996, p. 22).
[76]GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, p. 22.
[77]BERCOVICI, Gilberto. "A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro", in In *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 142, abr-jun. 1999, p. 37.
[78]DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 220.
[79]CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional.* Coimbra: Almedina, 1991, pp. 73

De mais a mais, o fato é que esse sistema jamais conseguiu assegurar a liberdade dos indivíduos ou o caráter democrático do Estado. A sociedade plena de injustiças criada pelo liberalismo, por exemplo, com suas acentuadas desigualdades e uma garantia de liberdade apenas para um número reduzido de privilegiados, foi construída à sombra da separação de poderes. Além disso, também não evitou que o Executivo transacionasse com o Legislativo, sob o manto da constitucionalidade; e tampouco impediu que o Legislativo atuasse segundo as conveniências do Executivo.[80] O poder, de uma forma ou de outra, sempre encontrou um jeito de "reinventar-se" mantendo a aparência de legalidade e constitucionalidade. Quando muito, a teoria da separação dos poderes serviu de justificativa para impedir a intervenção do Judiciário para corrigir os atos e omissões dos poderes Legislativo e Executivo, mesmo nas situações em que a atuação (ou não-atuação) desses poderes se revelassem arbitrárias. No caso do Brasil, infelizmente, isso não é novidade e tampouco faz parte de seu passado remoto[81].

[80]DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 220.

[81]Até pouco tempo, a jurisprudência era unânime no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário a revisão do "mérito" do ato administrativo, cuja análise ficaria restrita aos juízos de conveniência e oportunidade da administração pública. A grande questão, aqui, é que no conceito de "mérito" enquadravam-se atos que, não raro, ultrapassavam os limites da finalidade legal e dos preceitos constitucionais. Assim, sob o manto da "discricionariedade" e da "impossibilidade de controle do mérito do ato administrativo", evitou-se durante muito tempo o controle judiciário dos atos da administração pública. Todavia, pouco a pouco a situação foi se modificando para permitir e ampliar o controle judicial: primeiro o *détournement du pouvoir*, depois os motivos e a finalidade do ato administrativo ampliaram o conceito de "legalidade" e permitiram o controle do mérito. A Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65) teve papel fundamental nessa ampliação do conceito de "legalidade". Como lembra Ada Pellegrini GRINOVER, a Lei de Ação Popular abriu ao Judiciário brasileiro a apreciação do mérito do ato administrativo (principalmente nos casos dos artigos 4º, II, b e V,b), elevando a lesão à condição de causa de nulidade do ato, sem necessidade do requisito da ilegalidade. ("O controle jurisdicional de políticas públicas", pp. 126-127).

CAPÍTULO II

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Constituição democrática, normas programáticas e efetividade das normas constitucionais

II.1. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: CAUSAS E EFEITOS

II.I.1. AS CAUSAS

O panorama histórico do capítulo anterior tem uma razão de ser: uma Constituição, assim entendida como ordem jurídica fundamental de organização do Estado e de seu povo, só pode ser estudada a partir de sua inserção na realidade histórica a que pertence. Na feliz expressão de J. J. Gomes Canotilho, esse é "*o conceito de constituição constitucionalmente adequado*[82]".

E não há forma melhor de se entender a Constituição Federal de 1988 que situá-la no panorama histórico-político brasileiro da época: processo de redemocratização pós Regime Militar, com a superação do mito progressista do "país que vai pra frente", construído sob a manipulação da mídia estatal obstinada em ocultar o crescimento das desigualdades sociais. Era previsível, portanto, que a Constituição representasse uma reação vigorosa às práticas antidemocráticas do Regime Militar, que amesquinhou os direitos fundamentais, muito embora os mantivesse, de fachada, na Constituição anterior[83].

---

[82]Todavia, ainda segundo o mesmo autor, o fato do discurso constitucional ser um discurso centrado sobre um conceito de constituição "construído" sobre um determinado ordenamento constitucional positivo (no caso, o ordenamento brasileiro), não significa a possibilidade de problematização do conceito, estrutura e função de uma lei constitucional sem o auxílio da teoria da constituição. Até porque não há na literatura um conceito único de constituição. O recurso à teoria da constituição é indispensável por sua função hermenêutica, crítica e auxiliar do direito constitucional, possibilitadora: *"(1) de uma relativa racionalização da pré-compreensão do conceito de constituição; (2) da crítica das soluções e modelos concretamente adoptados no plano constitucional positivo; (3) de sistema de referência da constituição em relação à 'práxis' constitucional; (4) de 'ciência de conjecturas e refutações' (POPPER) relativamente às possibilidades e limites do direito constitucional"*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, pp. 75-76.

[83]ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. "Os direitos fundamentais na Constituição de 1988", in *Vinte Anos da Constituição*, Revista do Advogado, ano XXVIII, nº 99, São Paulo: AASP, setembro de 2008, p. 43.

Além disso, é importante destacar que o Brasil não atravessou integralmente a tríade do século XX: o Estado liberal (pré-modernidade), o Estado social (moderno) e o Estado neoliberal (pós-moderno). Como lembra Luis Roberto Barroso[84], o Brasil chegou à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal, nem moderno. Nossa conformação histórica decorre da mistura de tradições do ponto de vista normativo – o paradoxo metodológico, a que se refere Cândido Rangel Dinamarco[85]: por um lado, a Constituição Republicana de 1891 filiou-se ao sistema jurídico-político norte-americano; por outro lado, a doutrina, a jurisprudência e a legislação infraconstitucional seguiram basicamente o modelo francês e europeu continental. Tudo isso aliado a uma grave deficiência crônica no aspecto administrativo, resultando que, do ponto de vista de um observador externo, nosso legislador é idealista; nosso administrador, ineficaz[86].

Nesse contexto cheio de percalços[87], é inevitável que a promulgação da Constituição de 1988 resultasse em certa "euforia constitucional", com a previsão de um

---

[84]BARROSO, Luis Roberto. "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)", in *Revista Diálogo Jurídico,* Ano I, Vol. I, nº 6, Salvador, setembro de 2011, p.4. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf, acesso em 29 de junho de 2011.

[85]O autor afirma, ao tratar do pensamento jurídico-processual brasileiro, que, *"vista pelo aspecto global, a cultura processual brasileira apresenta um grande paradoxo metodológico decorrente da aceitação de conceitos e propostas técnico-processuais hauridas na obra de Mestres europeus, especialmente alemães e italianos, ao mesmo tempo em que nossa fórmula político-constitucional de separação dos Poderes do Estado tem muito mais do modelo norte-americano. Aqui, como nos países da Common Law, o controle dos atos da Administração é feito por juízes do Poder Judiciário, inexiste o contencioso administrativo que nos principais países europeus existe. Com esse feitio, o direito brasileiro deveria repelir certas ideias presentes na doutrina europeia e ligadas à distinção entre justiça ordinária e justiça administrativa (o contencioso administrativo). A presença de litígios fundados em direito administrativo, público por excelência, deveria afastar-nos, por exemplo, da clássica definição do direito processual civil como 'conjunto de normas e princípios disciplinadores do exercício da jurisdição, da ação e da defesa em matéria civil' (Liebman). Sabido que a instrumentalidade ao direito material é o canal pelo qual o processo recebe legítimas influências deste (Cappelletti), é natural que o processo civil nacional seja muito mais publicista e portanto caracterizado por graus de indisponibilidade que não estão presentes no processo civil ordinário (não administrativo) de países europeus. É conhecida a tendência dos europeus modernos a mitigar diferenças entre o processo civil ordinário e o administrativo, mas o exagerado apego da doutrina brasileira a certos conceitos arraigados na doutrina tradicional italiana, como o de lide, caracterizaria esse paradoxo entre um pensamento doutrinário ligado a pressupostos privatísticos , numa ordem jurídico-processual endereçada cumulativamente à solução de litígios fundados em direito privado e direito público"* (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil,* vol. I, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 176).

[86]ZANETI JR., Hermes. "A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia", p. 41.

[87]Como bem lembra Luis Roberto BARROSO, *"não foi uma história de poucos acidentes. Da independência até hoje, tivemos oito Cartas Constitucionais: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988, em um melancólico estigma de instabilidade e de falta de continuidade das instituições. A Constituição de 1988 representa o esforço de inúmeras gerações de brasileiros contra o autoritarismo, a exclusão social e o patrimonialismo, estigmas da*

extenso catálogo de direitos fundamentais. E a euforia foi tamanha que, paralelamente ao reconhecimento desses direitos "verdadeiramente fundamentais", houve a constitucionalização de outros que – sem qualquer crítica à nobreza de espírito do constituinte de 1988 – não deveriam ter o *status* de constitucionais, tampouco de fundamentais. Assim, por exemplo, o direito à obtenção de certidões gratuitas perante as repartições públicas, direito às criações industriais e à propriedade de marcas e signos distintivos, direito à herança, dentre outros[88]. Mais que uma falta de critério do constituinte de 1988, essa "inflação" de direitos acaba por banalizá-los. Na medida em que tudo se torna fundamental, desvaloriza-se o qualificativo. Ademais, muitos desses direitos já estavam catalogados em normas anteriores à Constituição de 1988 sem nunca ter provocado, até onde se tem notícia, qualquer reação contrária ao seu reconhecimento[89].

---

formação nacional. Nem tudo foram flores, mas há muitas razões para celebrá-la" ("Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil", p. 80).

[88] A constitucionalização de direitos "não-constitucionais", contudo, não é um fenômeno exclusivo do Brasil. Conforme leciona CANOTILHO, referindo-se à Constituição portuguesa, *"em alguns casos, o que as constituições contêm são normas que se tornaram constitucionais em virtude da importância transitória de certos assuntos (ex: a caixa pública de amortização em França, consagrada na constituição em 1926, através de lei de revisão, para garantir aos cidadãos o compromisso solene do Estado). Outras vezes, certas normas obtêm dignidade constitucional em virtude de iniciativas populares, embora os assuntos sejam de nulo alcance constitucional (ex.: a proibição de absinto na Suíça foi introduzida na constituição por iniciativa legislativa popular). Finalmente, a elevação à dignidade de constituição formal de certas normas está relacionada com o caráter compromissório da lei fundamental, onde as várias forças constituintes procuram inserir soluções normativas adequadas à 'luta por posições constitucionais' (Seifert)"*. (*Direito Constitucional.* 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 72).

[89] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. "Os direitos fundamentais na Constituição de 1988", p. 44. Segundo Luis Roberto BARROSO, esse "produto final heterogêneo" que consiste a Constituição de 1988 é resultado da abertura para todos os setores organizados e grupos de interesse, que tornou o texto final uma vasta mistura de reivindicações legítimas de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais ("Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil", p. 82). Essa seria uma das "vicissitudes históricas", nos dizeres de Antônio Junqueira de AZEVEDO, da Constituição de 1988. Discorda-se do autor, contudo, que parece sugerir que a Constituição atual, calcada nos direitos humanos, não seria suficiente. Para ele, o Direito é sistema e a interpretação já não basta. Sem se estender muito no assunto neste momento – uma vez que o posicionamento ficará mais claro no desenvolver do trabalho – convém apenas destacar que não há discordância em relação ao pensamento do autor de que o Direito é sistema e não se reduz ao texto. Todavia, o que não se concorda, é que o raciocínio desenvolvido pelo autor leva à compreensão da existência de limites imanentes e valores absolutos (vida), que é exatamente a negação do que se desenvolverá neste trabalho: *"Antes de mais nada, é preciso se conscientizar de que, como afirmava Michel Villey (o.c., passim), se todos nós temos 'direitos humanos' há necessidade, para harmonizar os direitos humanos de cada qual, de regras a eles superiores. A vida é um imperativo absoluto, mas os direitos humanos em geral não estão na mesma situação e precisam se compor; por exemplo, se a pessoa pública – Prefeito, Governador – tem direito ao resguardo da própria intimidade, como conciliar esse direito com o direito à informação da mídia e com o direito a ser informado do povo? Se há direito à proteção da casa, como residência, como admitir a cessão dela como garantia penhorável?Os problemas são muitos e não basta alegar direitos humanos para se obter solução; faltam regras mais precisas de composição"* (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. "O Direito ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos", in *Vinte anos da Constituição*, p. 13).

Apesar desse cenário, o Estado brasileiro alcançou o modelo de Estado Democrático Constitucional, tendo como objetivos fundamentais *a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3º, incisos I a IV).

O texto constitucional consolidou, de um lado, as conquistas liberais (as liberdades individuais – art. 5º e seus 78 incisos); e de outro, as conquistas decorrentes do surgimento da questão social, entendidas como conquistas igualitárias, de busca de uma igualdade substancial (a *igualdade para*, a que se refere Norberto Bobbio[90]). Para tanto, previu expressamente em seu bojo os direitos sociais[91] e trabalhistas (art. 6º a 11), e os direitos previdenciários (art. 194, 195, 201 a 204), mostrando-se comprometida também com os chamados direitos de "terceira geração[92]". Forneceu ainda os meios de garantir e efetivar esses direitos, como o mandado de segurança coletivo, a ação direta de inconstitucionalidade[93], a ação declaratória de constitucionalidade[94] e o mandado de injunção[95]. Indiretamente, criou

---

[90] *"A 'liberdade para' atribui ao indivíduo não apenas a faculdade, mas também o poder para fazer. Se houvesse apenas as liberdades negativas, todos seriam igualmente livres, mas nem todos teriam igual poder. Para equiparar os indivíduos, quando os reconhecemos como pessoas sociais também no poder, é preciso que sejam reconhecidos outros direitos, tais como os direitos sociais, os quais devem colocar cada indivíduo em condições de ter o poder para fazer aquilo que é livre para fazer"* (BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. BOVERO, Michelangelo (org.); VERSIANI, Daniela Beccaccia (trad). Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 504).

[91] Cujos conteúdos só são desenvolvidos nos artigos 193 a 224.

[92] Como já mencionado anteriormente, como direitos de terceira geração têm sido apontados o direito ao desenvolvimento, o direito a um patrimônio comum da humanidade, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à paz. É bem verdade que, diferentemente do direito ao meio ambiente, que veio encartado no art. 225 da Constituição, nem todos esses direitos foram previstos expressamente. Todavia, mesmo aqueles que não são proclamados abertamente (e.g., direito à paz e direito ao desenvolvimento), é inegável que a Constituição mostra-se comprometida com a sua promoção, ao incluir como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II) e ao prever a Cooperação entre os Povos para o Progresso da Humanidade, a Defesa da Paz e a Solução Pacífica dos Conflitos (art. 4º, respectivamente incisos IX, VI e VII). (Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. "Os direitos fundamentais na Constituição de 1988", p. 45).

[93] Inserida na Constituição Federal de 1988 por meio da Emenda Constitucional nº 3, de 1993. É fato que a ação direta de inconstitucionalidade foi, na verdade, inserida com a Reforma do Judiciário em 1965 (antes, portanto, da promulgação da Constituição atual). Todavia, até 1988 a legitimidade ativa para o ajuizamento da ADIn era restrita ao Procurador-Geral da República, que era livremente nomeado e exonerado pelo Chefe do Executivo – daí porque o remédio teve pouco e irrelevante desenvolvimento até a Constituição atual, que, inclusive, estendeu a legitimidade para a propositura dessa ação a várias autoridades e entidades. Conforme afirma Manuel Gonçalves FERREIRA FILHO, tal fato resultou na multiplicação dessas ações e, consequentemente, a extensão do papel do STF de "legislador negativo" ("O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente", in *Vinte anos da Constituição*, Revista do Advogado, ano XXVIII, nº 99, São Paulo: AASP, setembro de 2008, p. 87).

[94] Instituída com a Emenda Constitucional de 1993.

ambiente propício para o surgimento de uma grande variedade de leis infraconstitucionais que tratassem da tutela coletiva, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que complementou e aprimorou consideravelmente a disciplina da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85)[96]. E foi além: reconhece como fundamental o direito à participação do cidadão, superando a dimensão das liberdades políticas dos direitos cívicos clássicos[97].

A Constituição de 1988 construiu assim um *"Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*[98]*";* e que tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político (CF, art. 1º, incisos I a V), tendo por objetivo *"assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social"* (CF, art. 170).

É bem verdade que as Constituições de 1934 e 1946 já possuíam caráter social. A nota distintiva da Constituição de 1988 é que, além das funções de racionalizar, limitar e organizar poderes, a lei fundamental passou a (i) exigir uma *fundamentação substantiva* para os atos dos poderes públicos, a fim de que tenham nela (Constituição) um parâmetro material,

---

[95] Muito embora este tenha permanecido praticamente ineficaz durante décadas, uma vez que o entendimento majoritário era da impossibilidade do Judiciário impor ao Legislativo a obrigação de sanar a omissão e elaborar a norma regulamentadora. A jurisprudência evoluiu e, em 2007, o Supremo Tribunal Federal mandou aplicar à regulamentação do direito de greve do servidor público as normas que regem este instituto no direito privado, para fins de suprir a lacuna (STF, MI nº 670, Rel. Min. Gilmar Mendes). Sobre esse assunto, v. QUINTAS, Fabio Lima. "A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas", in *Direito Público*, v. 20, Porto Alegre, 2008, p. 82-102.

[96] Cf. Relatório Final do Projeto de Pesquisa *Tutela judicial dos interesses metaindividuais – ações coletivas*, Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário, Ideal Gráfica e Editora Ltda., Brasília, setembro de 2007, p. 17.

[97] ZANETI JR., Hermes. "A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia", pp. 42-43. Citando Perez Luño, o autor afirma, nessa passagem, que o conceito de Estado Democrático de Direito surge com a necessidade que a doutrina sentiu de interpretar a Constituição "*para potencializar a virtualidade do princípio democrático no seio do Estado Social de Direito"*. Trata-se de ir além de afirmar a convivência possível do princípio democrático com o Estado Social; exige participação, ou seja, a integração do social e do democrático em todo o Estado de Direito, em íntima e necessária conexão. Entenda-se participação, assim, como atuação "*dos destinatários do ato final de decisão nos atos intermediários de formação dessa decisão, bem como o direito de questionar, a posteriori, a decisão tomada nas esferas próprias de competência, a fim de que reflita na sua esfera de interesses*".

[98] Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

diretivo e inspirador desses atos. Nesse sentido, a fundamentação é o que dá legitimidade material para o exercício dos poderes, e esta é hoje essencialmente fornecida pelo catálogo de direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias, e direitos econômicos, sociais e culturais)[99]. Além disso, a Constituição (ii) estabeleceu um *programa de ação* que vai além da definição dos *princípios materiais estruturantes* (princípio do Estado de Direito, princípio democrático, princípio republicano, princípio da solidariedade, princípio pluralista), estendendo-se à imposição de tarefas e programas que os poderes públicos devem concretizar. Esse segundo aspecto é o que atribui à Constituição Federal de 1988 a feição de Constituição de um Estado Democrático de Direito, cujas bases fundamentais encontram-se, repita-se, no art. 3º da Carta Constitucional.

II.1.2. *OS EFEITOS*

Como se vê, o novo texto constitucional imprime uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas constituições anteriores[100].

Governar, então, passou a ser muito mais que a gerência de fatos conjunturais: passou a ser o planejamento do futuro, com o estabelecimento de políticas a médio e longo prazos. Para executá-las, contudo, é necessária maior racionalização técnica. A instituição de normas de programação finalista servem de base jurídica na implementação de políticas públicas pelas organizações burocráticas governamentais, visando à transformação social, à

[99]Nesse sentido, Antônio Magalhães GOMES FILHO lembra que não basta a proclamação desses direitos pelo texto constitucional. Para terem verdadeira força normativa, os direitos fundamentais reclamam condições de eficácia, exigem a predisposição de técnicas para sua tutela efetiva ou garantias secundárias. Dentre essas técnicas, destacam-se as vinculações dos poderes públicos à observância dos direitos fundamentais. Em relação aos órgãos judiciários, tais limitações decorrem não apenas das regras processuais (principalmente aquelas contidas na fórmula do devido processo legal), como também do próprio conteúdo material dos referidos direitos fundamentais, que devem determinar a direção das decisões jurisdicionais. É por esse motivo que, como se verá adiante, a fundamentação é um – senão o maior – dos motivos que justificam e legitimam a intervenção judicial para controle dos atos e omissões do legislativo e do executivo na implementação de políticas públicas ("A motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988: funções políticas e processuais", in *Vinte Anos de Constituição*, Revista do Advogado, Ano XXVIII, nº 99, São Paulo: AASP, setembro de 2008, p. 17).

[100]BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 12ª ed., Malheiros, 2002, p. 339.

distribuição de renda e à direção pública do processo econômico. Afirmam-se novas funções do Direito, de condução e incentivo do processo social[101].

Esses *standards* legais têm por função impor metas, resultados e fins para o próprio Estado, muitas vezes sem especificar os meios pelos quais devem ser alcançados, concedendo ao Poder Executivo – que detém o *know-how* da organização dessas políticas[102] – uma maior liberdade de decisão na implementação dessas normas. Como lembra o jurista Andreas Krell, muitos desses textos legais deixam de trazer consigo as *hipóteses de ação*, prescrevendo apenas a perseguição de determinados fins[103]. À medida que os Parlamentos criam textos legais com pouca densidade regulativa, concedem-se amplos espaços de decisão ao administrador para escolher os meios adequados para a solução dos casos concretos, cujos limites são pautados pelo princípio da "reserva de lei".

Essa nova proposta do Estado resulta em um rearranjo institucional dos poderes. Como já exposto no capítulo anterior, a separação de poderes, muito embora esteja encartada como cláusula pétrea na Constituição atual (art. 60º, § 4º, III), cede em rigidez para abarcar as novas funções e tarefas do Estado, resultando em uma interdependência entre esses mesmos poderes. Permanecem, claro, as funções originárias – ao Legislativo ainda cabe, prioritariamente, legislar; ao Executivo, aplicar as leis; e ao Judiciário, exercer o controle sobre os equívocos – mas admite-se certa interpenetração, existindo situações em que o Executivo legislará[104], o Legislativo julgará e o Judiciário implementará, no caso concreto, determinada política (e vice-versa).

---

[101]BERCOVICI, Gilberto, "A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro", pp. 37-38.

[102]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo,* 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 128.

[103]O autor afirma que, no campo do planejamento administrativo, abandona-se o tradicional esquema "se-então", substituído quase que na totalidade pelo esquema "fim-meio". Realmente, a estrutura normativa dos diplomas reguladores de áreas como educação, saúde pública, fomento econômico, planejamento espacial, controle urbanístico e proteção ambiental nem sempre são programadas na tradicional forma condicional – "se A acontecer, então seja B" – característica do Direito Privado e do Direito Penal (KRELL, Andreas. "Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial", p. 181-182).

[104]Exemplo clássico de competência normativa primária do Executivo são as medidas provisórias que, embora tenham sido concebidas como mecanismo excepcional, tornaram-se instrumento rotineiro para o Chefe do Executivo legislar. A disfunção só foi coibida, em parte, com a edição da Emenda Constitucional nº 32, de 12/09/2001, estabelecendo-lhe prazo máximo de 60 dias de vigência, prorrogáveis uma só vez por idêntico período, com trancamento da pauta até que haja deliberação sobre ela por parte de cada casa do Congresso Nacional (Cf. BARROSO, Luis Roberto. "Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil", p. 83).

Nesse rearranjo, o Poder Executivo ganha maior atuação, com ampliação da discricionariedade administrativa ante a necessidade de executar as finalidades constitucionais (muitas vezes veiculadas em normas marcadas pela *indeterminação semântica*), e impossibilidade do legislador prever, de antemão, todas as situações concretas[105]. Com efeito, nem sempre é possível estabelecer a situação de fato que ensejará uma dada conduta e o respectivo comportamento que deve ser tomado pelo agente da Administração Pública. Normalmente, o que ocorre – principalmente no campo das políticas públicas – é a impossibilidade de regular todas as hipóteses que autorizariam uma dada atuação do agente estatal para atingir a finalidade prevista pela norma. Em outras situações, ainda, a própria finalidade da norma é expressa através de conceitos indeterminados, restando relativa liberdade ao administrador, seja em relação a praticar ou não o ato diante de uma situação, seja em relação ao momento adequado para fazê-lo, seja, ainda, quanto à forma que revestirá o ato, ou, por fim, em relação à providência que deve ser tomada. Todas essas situações possibilitam ao administrador decidir entre pelo menos duas alternativas abertas e igualmente legítimas (i.e., igualmente fundamentadas constitucionalmente). Nessas situações, haverá, pois, discricionariedade[106]. É importante ter em mente, portanto, que a discricionariedade atribuída aos órgãos do Poder Executivo não é resultado de uma negligência do Poder Legislativo, e sim

---

[105]Ressalte-se que discricionariedade não se confunde com a interpretação da norma realizada pelo administrador. A interpretação, nesse caso, antecede a discrição, e solucionará apenas a delimitação de um dado conceito *empírico* contido na norma, adequando-o ao caso concreto. Tais conceitos – no pensamento liberal de Ernst Forsthoff – têm de ser determinados em sua significação concreta partindo do contexto em que se encontram e com efeitos normativos, realizando-se, pois, a interpretação. Assim, o processo de interpretação é vinculado a critérios preexistentes, nos quais a vontade do administrador é irrelevante (FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo.* Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 123-130).

[106] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional,* 2ª ed., 3ª tir., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 19. Segundo o autor, a discricionariedade atribuída ao administrador pode ter causa (i) na hipótese da norma, a partir da descrição imprecisa da situação fática que visa regular; (ii) no comando da norma, deixando ao administrador alternativas de conduta quanto a realizar ou não um ato, quanto ao momento adequado para fazê-lo ou quanto à medida mais satisfatória diante das circunstâncias; (iii) na finalidade da norma, quando esta vem expressa por conceitos imprecisos, vagos, *conceitos de valor* (e.g., segurança jurídica, bem estar social, etc). Discricionariedade é, portanto, *"a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto a fim de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente"* (trecho retirado da mesma obra, p. 48). Para maior detalhamento do tema, além dos já citados Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello e Andreas Krell, v. FREITAS, Juarez de. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais,* 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009; BOUCIER, Danièle. "Modeliser la décision administrative – Réflexions sur quelques paradigmes", in CHEVALIER, Jacques (org.). *Le Droit Administratif en mutation.* Paris: BUF, 1993; ou ainda DANIEL, Juliana Maia. "Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas", in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (orgs.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas,* pp. 93-124.

uma *opção legislativa*, diante da impossibilidade de se conhecerem todas as situações de fato que permitam antever um único comportamento ótimo e adequado da Administração Pública para consecução do programa estatal. Não raro, porém, o que se observa é que essa atribuição de maior discricionariedade à administração pública – principalmente nos ordenamentos de países de economia frágil, como o Brasil – serve de palco para o comportamento arbitrário do agente estatal, que transforma os critérios objetivos de oportunidade e conveniência em refúgio para uma atuação que pouco ou nada se amolda aos fins legais e constitucionais que deveriam ser perseguidos pela Administração[107].

No que se refere ao Poder Legislativo, houve um decréscimo de sua importância na produção de leis. Além das medidas provisórias, a maior parte dos projetos relevantes resultou de iniciativa do Executivo. É o que revela o levantamento feito pelo Anuário da Justiça Brasil 2012, que noticia um índice de 90% (noventa por cento) de inconstitucionalidade das leis brasileiras, apontando como uma das causas exatamente a hegemonia do Poder Executivo em relação à iniciativa do processo legislativo sobre variados temas. [108] Nesse cenário, a ênfase da atuação do Congresso Nacional deslocou-se para a fiscalização dos atos de governo e de administração, cujos principais instrumentos são as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). Além disso, há ainda um problema estrutural da representação política no Brasil, que gera sobre-representação de alguns Estados e sub-representação de outros[109].

Quanto ao Poder Judiciário, este vive um momento de expressiva ascensão política e institucional, que encontra as causas mais diversas: a recuperação das garantias da magistratura, a ampliação dos poderes de Promotores (com a independência do Ministério Público), o aumento da demanda por justiça por parte de uma sociedade mais consciente e

---

[107]FREITAS, Juarez de. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 374.

[108] "O Brasil não sabe fazer leis", in *Anuário da Justiça Brasil 2012*, São Paulo: Editora Conjur, 2012, pp. 24-29. Segundo o entendimento do Prof. Luis Roberto Barroso exposto nesse artigo, há pelo menos três razões que explicam o fato de a maior parte das leis estaduais submetidas a julgamento pelo Supremo não encontrar guarida na Constituição: a primeira, é que a Constituição de 1988 deixou pouco espaço de autonomia legislativa para os estados, de forma que grande parte dos temas sobre os quais se legisla regionalmente acaba esbarrando em competência federal; a segunda, é a hegemonia do Poder Executivo, que faz com que boa parte das leis padeça de vício formal porque resultaram de projetos que nasceram na Assembleia Legislativa, quando deveriam ter se originado a partir de mensagem do Executivo; a terceira, é que as assembleias dos estados legislam sobre temas irrelevantes, enquanto quase toda a legislação relevante deriva do Executivo, no Brasil e no mundo (pp. 26-27).

[109]BARROSO, Luis Roberto. "Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil", pp. 83-84.

organizada, a criação de novos direitos e de novas ações pela Constituição, e outros fatores que resultaram na expressiva judicialização das relações sociais e de questões políticas[110]. Tal expansão encontra seu exemplo mais notório no Supremo Tribunal Federal, cujo incremento do papel político é incontestável – e escancarado nas recentes decisões de grande repercussão no país: a equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis entre homem e mulher; o regime de cotas para acesso às universidades; a proibição do nepotismo; o direito ao aborto de feto anencéfalo; a liberação da marcha da maconha; o fim da lei de imprensa; a obrigação do Poder Público fornecer atendimento a crianças menores de cinco anos em creche ou pré-escola em local acessível aos pais sob pena de multa diária e, mais recentemente, o julgamento da Ação Penal 470 ("Mensalão"), deixam claro que o STF está firme no propósito de fazer as garantias constitucionais saírem do papel.

Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta alguns fatos que resultaram paulatinamente na ampliação desse papel político do Judiciário. Segundo esse autor, o processo teria se iniciado com o reconhecimento do controle de constitucionalidade difuso adotado com a República que, apesar de ser um controle negativo, envolveria, no seu entender, um aspecto político, por fazer do Supremo Tribunal Federal um "legislador negativo"; o segundo fato seria decorrente da Reforma do Judiciário de 1965 que introduziu a ação direta de inconstitucionalidade (o controle abstrato) que teve sua função ampliada após a Carta de 1988 em virtude da extensão da legitimidade ativa; o terceiro veio em 1993, com a instituição da ação declaratória de constitucionalidade, por meio da qual se pretendeu subtrair do controle difuso o debate de questões constitucionais, impondo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto; finalmente, o papel político foi acentuado com a Emenda nº 45/2004, que criou as súmulas vinculantes (art. 103-A) [111]-[112]. Mas o passo decisivo para o papel político do Supremo Tribunal Federal na conformação da ordem constitucional veio, segundo o autor, com a Lei nº 9.868/1999 (que regulamenta a ação direta

---

[110]BARROSO, Luis Roberto. "Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil", p.84.

[111]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente", pp. 86-88.

[112]*"Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei".*

de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade), ao permitir, em seu artigo 27, a modulação[113] por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Essa breve exposição sobre o rearranjo do poder resultou em uma série de críticas por parte da doutrina, algumas há muito ultrapassadas, outras que encontram eco até os dias de hoje: (i) a primeira refere-se à programaticidade de algumas normas constitucionais, que por muito tempo restaram sequer sem o reconhecimento de sua eficácia, servindo de desculpa para a inação dos poderes públicos e que hoje buscam mecanismos de "compensação" ou "dosagem"; (ii) a segunda, a interferência da Constituição no poder político, que se desdobra na crítica da falta de legitimidade do Judiciário, na crítica institucionalista e, mais recentemente, na crítica instrumental[114]; e (iii) por fim, a crise de governabilidade supostamente resultante das determinações constitucionais, ante a incapacidade de realizar no plano fático todas as previsões contidas na Carta. É sobre essas críticas que se passa a tratar nos tópicos seguintes[115].

Nesse sentido, convém destacar que embora as críticas à Constituição não sejam o foco central da discussão trazida no presente trabalho, é importante delineá-las, pois, como se verá adiante, boa parte das justificativas para negar a implementação das normas de direitos fundamentais – sobretudo as que veiculam direitos sociais – têm origem nas críticas feitas à Constituição de 1988, que teria previsto um extenso rol de direitos muitas vezes sem se preocupar em como implementá-las, sobretudo nas situações de ausência de recursos financeiros do Estado.

Nesse contexto, desenvolvem-se as mais variadas teorias e classificação das normas constitucionais para tentar justificar ou dar legitimidade à impossibilidade do Estado

---

[113]De inspiração europeia, a modulação significa que um ato inconstitucional, assim reconhecido, possa continuar a viger como se fosse válido, para sempre ou até um termo fixado pelo Supremo Tribunal Federal. A modulação, portanto, operará somente para o futuro. Isso significa que a norma inconstitucional não será sempre nula, e seus efeitos não mais serão necessariamente *ex tunc*. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente", pp. 86-88). Nessa mesma passagem, o autor afirma que a modulação é uma decisão política: primeiro, porque é tomada por dois terços e não pela maioria absoluta reclamada para a declaração da inconstitucionalidade; segundo, porque seu fundamento é político, pois a apreciação do interesse social, no seu entender, "nada tem de jurídico".

[114] Sobre a falta de capacidade instrumental do Judiciário, v. FISS, Owen. "The forms of Justice", *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, 1979, p. 31.

[115]Tais críticas são muito bem delineadas em artigo de Gilberto BERCOVICI já citado diversas vezes no presente trabalho ("A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro", pp. 38 a 43).

de garantir a todos e indistintamente uma *vida digna*. O próprio conceito de mínimo existencial, inclusive, é uma criação doutrinária importada das ideias da Corte Constitucional Alemã na tentativa de, de um lado, reduzir a obrigatoriedade do Estado em garanti-las; e, de outro, não deixar os cidadãos "a ver navios" nas situações em que a implementação desses direitos é ainda mais crítica, seja pela gravidade da situação gerada com a desatenção a esses direitos, seja pela ausência comprovada de recursos financeiros do ente estatal para implementá-los. Vale dizer que, de certa forma, o próprio conceito do mínimo existencial é uma nova tentativa de encontrar resposta às críticas da programaticidade das normas, crise de governabilidade e politização do Judiciário que se faz à Constituição.

II.1.2.1 AS NORMAS PROGRAMÁTICAS[116]

Essa é, provavelmente, a origem das maiores críticas que já foram feitas à Constituição de 1988. Sem dúvida, a Carta Constitucional é marcada por um rol extenso de normas destinadas a projetar os fins sociais que deverão ser alcançados pelo Estado. De caráter principiológico, muitas vezes essas normas são dotadas de grande abertura semântica que, além de não trazerem consigo a forma ou o *programa* pelo qual serão efetivadas, elas são, quase sempre[117], dotadas de um conteúdo *fundamental*: ainda que nem todas as normas de direitos fundamentais tenham a estrutura de princípio, é fato que, do ponto de vista "estatístico", a maioria das normas com essa estrutura são também "fundamentais".

A inserção dessas normas no texto constitucional fez surgir a discussão do caráter da normatividade das constituições, sobretudo do caráter jurídico das normas programáticas e o grau de eficácia e aplicabilidade atribuído às normas constitucionais[118].

---

[116]Ou "normas constitucionais de cunho programático", segundo denominação de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, pp. 293-294.

[117] Como se verá adiante, na teoria de R. Alexy que se adota no presente trabalho, a ideia de princípio não tem nenhuma relação com "fundamentalidade" do direito contido na norma. Ao contrário da clássica distinção entre princípios e regras feita no Brasil pela maior parte da doutrina – que se funda em um critério valorativo, pelo qual os princípios seriam hierarquicamente superiores às regras – para Alexy o conceito de princípio é um conceito *axiologicamente neutro*, que não tem absolutamente nenhuma relação com a "fundamentalidade".

[118] Há quem negue, até hoje, a exigibilidade (e consequente existência) dos direitos sociais. Nesse sentido, veja-se ATRIA, Fernando. "Existem direitos sociais?", *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto

Durante muito tempo relutou-se em atribuir eficácia às normas programáticas. Estas seriam normas destituídas de imperatividade que, estampadas de regras genéricas, vagas e abstratas, não teriam outra função senão enunciar programas políticos não vinculantes, que seriam realizados com a evolução do Estado.

Esse debate teve como marco indiscutível a tese de José Afonso da Silva[119], cuja primeira edição data de 1968, que classificou as normas constitucionais quanto à sua eficácia normativa, dividindo-as em (i) normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata; (ii) normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrições; e (iii) normas de eficácia limitada ou reduzida (dentre as quais se inserem as normas definidoras de princípio institutivo e as definidoras de princípio programático), que dependeriam de integração infraconstitucional para operar a plenitude de seus efeitos.

Nesse sentido, as normas de eficácia plena seriam "*aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular*" [120]. Teriam, portanto, incidência imediata e independeriam de providência normativa ulterior para sua aplicação.

Já as normas de eficácia contida, seriam "*aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados*"[121]. Assim, embora tivessem normatividade suficiente atribuída pelo legislador constitucional, tais normas preveriam meios normativos (*e.g.*, referências a leis, conceitos genéricos etc.) que lhes poderiam reduzir a eficácia e a aplicabilidade.

Alegre, n. 56, 2005, pp. 9-46. Para esse autor, os direitos sociais teriam exigibilidade limitada e, portanto, não seriam verdadeiros direitos.

[119] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 1998, título II, capítulos II, III e IV.

[120] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 101. Como exemplos de normas de eficácia plena da Constituição Federal de 1988, tem-se o art. 1º, parágrafo único (*"Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição"*); art.. 5º, inciso I (*"Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição"*); art. 18, § 1o (*"Brasília é a capital federal").*

[121]SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 116. São exemplos de normas de eficácia contida o art. 5º, incisos VIII, XI, XII, XIII, XIV, XVI, XXIV, LX, LXI, LXVII.

Finalmente, as normas de eficácia limitada seriam "a*quelas através das quais o legislador traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei*" [122]. Estas, portanto, não teriam recebido normatividade do constituinte, que preferiu deixar ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas tratadas.

Partindo do princípio de que todas as normas constitucionais têm eficácia[123] e que a distinção entre elas reside apenas na necessidade (ou desnecessidade) de regulamentação infraconstitucional para o exercício dos direitos nelas encartados, a classificação de José Afonso da Silva revolucionou o debate sobre a normatividade da Constituição: foi adotada pela doutrina majoritária[124] e encampada pelo Supremo Tribunal Federal durante décadas. Até hoje, inclusive, a classificação é utilizada nos julgados da Corte Constitucional, muito embora – como bem lembra Virgílio Afonso da Silva[125] – nem sempre o façam com a acuidade necessária.

---

[122]SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 126. São exemplos de normas de aplicabilidade limitada, ou normas programáticas: art. 4º parágrafo único; art. 5º, inciso VI (última parte), XXXII; art. 7º, incisos IV e V.

[123] José Afonso da Silva seguiu a evolução doutrinária que ocorreu nos Estados constitucionais, que pouco a pouco foram atribuindo normatividade aos princípios. Um dos grandes contribuidores dessa doutrina foi Crisafulli, para quem os princípios, sejam eles expressos na lei ou implícitos no ordenamento, são normas e não meras diretrizes teóricas. Nesse sentido, o jurista defende que os princípios têm dupla eficácia: eficácia imediata e a eficácia mediata (programática) (CRISAFULLI, Vezio. *La Constituzione e le sue Disposizioni di Principi.* Milano, 1952, p. 91). Com o pós-positivismo, Friedrich Müller e Ronald Dworkin admitem definitivamente os princípios como normas. E com Robert Alexy, os princípios ganham o status de *mandamentos de otimização*, cuja principal característica consiste na possibilidade de serem cumpridos em distintos graus, como será visto no capítulo IV do presente trabalho.

[124] Não se descarta a tentativa de alguns de reformular a teoria de José Afonso da Silva, dentre os quais se destacam Celso Bastos, Carlos Ayres Brito e Maria Helena Diniz. Nenhuma, contudo, teve grande repercussão. Mais adiante, no capítulo V do presente trabalho, será refutada a classificação de José Afonso da Silva. Por ora, destaca-se apenas que esse autor tomou por base a distinção entre eficácia e efetividade que são, contudo, conceitos que em muitos casos se aproximam. As condições fáticas, sociais e institucionais para a produção dos efeitos de uma norma jurídica *são parte do fenômeno jurídico*, e fazem parte do objeto de estudo da *dogmática jurídica.* São, contudo, indissociáveis. Não se pode imaginar que a real produção de efeitos das normas constitucionais seja algo destacado do fenômeno jurídico. Possivelmente, aí reside grande parte dos problemas teóricos e classificatórios no âmbito das normas constitucionais (SILVA, Virgilio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, pp. 239-240).

[125]*"O conceito de norma de eficácia contida, talvez por uma questão terminológica, é muitas vezes compreendido de forma diversa daquela defendida por seu autor. Isso pode ser percebido, por exemplo, na jurisprudência do STF. Embora, em geral, as referências a normas de eficácia contida sejam feitas nos moldes propostos por José Afonso da Silva, em muitos casos as decisões confundem o conceito de eficácia contida com o conceito de eficácia limitada. Assim, não é raro achar decisões que classificam determinado dispositivo como de eficácia contida, afirmando que isso significaria que sua eficácia depende de lei* infraconstitucional" (SILVA, Virgilio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 214). A título exemplificativo da

Mas é importante destacar que a tese não pacificou o debate. Ao contrário, não foram poucas as vozes que levantaram críticas à classificação desde a sua primeira edição. Além disso, embora o ponto de partida de José Afonso seja o reconhecimento de eficácia a todas as normas constitucionais, ainda assim as programáticas permaneceram relegadas ao "segundo plano" [126]. Nesse sentido, Eros Roberto Grau[127] observa que a positivação de normas com caráter meramente programático acaba por desestimular a luta social por esses direitos que já aparecem sem força efetiva: seriam "direitos sem garantias" que, como tal, permitiriam a acomodação da sociedade civil, *"entorpecida pela perspectiva de que esses mesmos direitos um dia venham a ser realizados"*.

A grande questão é que essas normas dotadas de "programaticidade" (ou normas com estrutura de princípio, na tão conhecida terminologia de Robert Alexy)[128] geralmente veiculam direitos sociais (direitos individuais classificados como os direitos de segunda e terceira "geração"), e nem sempre descrevem o meio pelo qual devem ser efetivados em sua plenitude. Exemplos clássicos de direitos sociais são os direitos à educação e saúde aos cidadãos, enunciados respectivamente no art. 6º da Constituição Federal e, mais adiante, no Capítulo III, Seção I, artigos 205 a 214; e Capítulo II, Seção III, artigos 196 a 200. Quanto a esses direitos, contudo, não se nega a vinculatividade, tampouco se lhes deixa de atribuir eficácia, uma vez que se encontram regulamentados na própria Constituição, através

---

impropriedade cometida pelo STF, o autor cita, na nota 23, os seguintes precedentes: ADI 827 (DJU 18.06.1993) e RMS 24.287 (DJU 01.08.2003).

[126] Além disso, boa parte das dificuldades decorrentes da classificação do autor deve-se à separação por ele realizada entre eficácia e efetividade, concebendo a *real* (no plano fático ou "sociológico") produção de efeitos das normas constitucionais como algo destacado do fenômeno jurídico, isto é, da "eficácia jurídica" das normas constitucionais. Para o autor, a questão de saber se a norma constitucional *produz efetivamente* seus efeitos é um problema que se insere na perspectiva sociológica, para estudo da sociologia jurídica, o que não seria o propósito de sua tese, que se situa no campo da ciência jurídica (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 13). Para mais discussão sobre essa crítica feita à classificação de José Afonso, v. SILVA, Virgilio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 239.

[127]GRAU, Eros Roberto. "A Constituição brasileira e as normas programáticas", in *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 40 e seguintes. Não se ignora o fato de que o referido artigo foi publicado antes da Constituição de 1988, que procurou assegurar também as garantias para exercício dos direitos. De todo modo, a inserção do texto de Eros Grau não é de inadequada: a relutância em atribuir efetividade às normas programáticas é objeto de discussão até os dias de hoje, muito embora desde José Afonso da Silva sabe-se que estas têm sim, eficácia e caráter vinculante. Conforme se verá adiante, a tese de J. Afonso já não se adéqua mais ao constitucionalismo atual. Para fins desse capítulo, contudo, a adoção dessa "tradicional" classificação cumpre o importante papel de problematizar a questão das normas programáticas e sua eficácia (sobretudo das normas que veiculam direitos sociais), que será, mais adiante, aprofundada.

[128] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, (trad. Virgílio Afonso da Silva), 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

de expressa vinculação de recursos, gerando direitos subjetivos à população em face do Estado, em caso de descumprimento do dever estatal. Em outras palavras, a própria Constituição institui uma política pública[129] para as áreas da saúde e educação, eliminando, portanto, a discussão sobre o caráter normativo desses dispositivos[130]. Com relação a esses direitos – sobretudo o direito à saúde – a discussão se restringe à *extensão* em que devem ser garantidos, isto é, até onde o Estado estaria obrigado constitucionalmente a garantir a saúde da população (se apenas preventiva; se preventiva e curativa; se haveria obrigação de fornecer todo e qualquer medicamento ou apenas aqueles incluídos na lista do SUS, etc.)[131]. Tal discussão, sem dúvida, relaciona-se com o cerne do presente trabalho, que é tratar do mínimo existencial, o qual compreenderia, segundo a doutrina majoritária que trata do assunto [132], o "*núcleo duro"* dos direitos à saúde e à educação[133].

---

[129]De acordo com Maria Paula Dallari BUCCI, políticas públicas são programas de ação governamental que resultam de um processo ou um 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 dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como se percebe, o conceito de políticas públicas pressupõe modelos de "ações", "programas" ou "atividades" públicas, evidenciando o comprometimento de todas as funções do Estado com a realização das metas e efetivação dos direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional ("O conceito de política pública em Direito", in *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39).

[130] De fato, a Constituição Federal previu verdadeiras políticas públicas em seu bojo com relação a determinados direitos, tais como: a previsão de percentuais mínimos a serem alocados nos setores da saúde e educação (art. 198, § 2º e art. 212); a possibilidade de intervenção federal na hipótese de descumprimento dos aludidos percentuais (art. 34, VII, alínea "e" e art. 35, III); a previsão da gratuidade do ensino básico como direito subjetivo que se consubstancia em verdadeira regra constitucional, prevista no art. 208, § 1º; a possibilidade de destinação das receitas dos impostos para as áreas da saúde e da educação (art. 167, IV) e, mais recentemente, na previsão do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Emenda Constitucional EC n. 31/2000.

[131] Essa preocupação foi externada no Supremo Tribunal Federal em voto do Min. Gilmar Mendes no Ag. Reg. na Suspensão de Liminar 47/PE, julgado em 17 de março de 2010: *"A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial"*. Na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 145, o STF trouxe, com base nas discussões realizadas em audiência pública, alguns parâmetros para tentar racionalizar o julgamento de demandas que pleiteiam medicamentos no Poder Judiciário.

[132]A título exemplificativo menciona-se: TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009; WATANABE, Kazuo. "Controle jurisdicional das políticas públicas – 'mínimo existencial' e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis", pp. 213 a 224; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana.* Renovar: Rio de Janeiro, 2002. Para todos os autores que tratam do mínimo existencial, é fato que ambos o direito à educação e à saúde estariam abrigados por esse conceito, ainda que haja divergências sobre a extensão do que consistiria o "núcleo essencial" de cada um desses direitos.

[133]A discussão será aprofundada mais adiante, mas apenas para que não fique sem qualquer referência, cumpre destacar desde já que, no tocante aos direitos sociais, discute-se a fundamentalidade desses direitos, isto é, se haveria um núcleo mínimo, uma prestação mínima que deveria ser fornecida pelo Estado sob pena de violar a

Afora esses direitos (que já causam bastante confusão quanto à extensão em que devem ser garantidos, apesar das diversas regras constitucionais em que se fundamentam) a questão da programaticidade das normas se agrava principalmente nas situações em que nem a Constituição, nem a legislação infraconstitucional previram meios para sua efetivação, restringindo-se a mencionar, quando muito, a existência de planos e diretrizes futuros a serem executados pelos governantes. Em outras palavras, confia-se a concretização da Constituição a instâncias políticas, deixando-lhes, nesse caso, margem ainda maior de discricionariedade[134].

Assim, por exemplo, o art. 1º, III, que atribui à dignidade humana o *status* de fundamento do Estado Democrático de Direito; ou o art. 170, *caput*, que estabelece que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma "existência digna"; o art. 3º, III, que estabelece como um dos objetivos fundamentais "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais"; o próprio art. 6º, que trata dos direitos sociais; dentre inúmeros outros.

Embora durante muito tempo a doutrina pátria majoritária considerasse essas disposições constitucionais como detentoras apenas de uma "eficácia jurídica negativa" ao legislador, impedindo-o de agir explicitamente contra os objetivos dessas normas[135], atualmente a discussão evoluiu e ultrapassa a questão da normatividade ou vinculatividade das normas programáticas. São inúmeros os trabalhos doutrinários e decisões dos nossos tribunais que reconhecem a eficácia desses direitos, independentemente da indeterminação que os caracteriza. A dificuldade hoje reside em determinar sua *justiciabilidade*, isto é, a extensão

---

dignidade da pessoa humana, ou se o Estado estaria obrigado a efetivá-lo em sua inteireza. Para Ricardo Lobo TORRES, a fundamentalidade dos direitos sociais se restringe a esse núcleo mínimo, e somente este geraria um direito subjetivo do cidadão em face do Estado. O "restante" do direito (isto é, aquilo que não está em seu núcleo, que não se relaciona com a dignidade da pessoa humana) deve ser implementado pelo Estado na medida de suas possibilidades (reserva do possível) e sem a intervenção do Poder Judiciário. (TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009).

[134]O que, repita-se, não se confunde com arbitrariedade. A amplitude e indeterminação do texto constitucional, contudo, não supõe a incapacidade da Constituição de regular a vida do Estado e da sociedade (Cf. BERCOVICI, Gilberto. "A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro", p. 39).

[135] De um modo geral, a doutrina clássica simplesmente negava eficácia a tais normas, sequer desenvolvendo as possibilidades positiva e negativa. Assim, por exemplo, o entendimento de José Cretella Jr: *"Na regra jurídica constitucional que dispõe que 'todos têm direitos e o Estado tem dever' – dever de saúde – na realidade, 'todos não têm direito', porque a relação jurídica entre o cidadão-credor e o Estado-devedor não se fundamenta em vinculum iuris gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir, em juízo, as prestações prometidas, a educacional e a da saúde, a que o Estado se obrigara, por proposição ineficaz dos constituintes, representantes do povo. O Estado deve, mas o* debet *tem conteúdo ético, apenas (...)"* (CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988.* Vol. 8, 1993, p. 4.334).

com que esses direitos seriam imediatamente exigíveis do Poder Público. E isso porque se pretende realizar os fins sociais de hoje com as técnicas do Estado de Direito de ontem[136].

Atualmente, portanto, o problema se refere à aplicação (efetividade) do programa finalístico que orientou a atividade legislativa. A norma só será efetiva quando seu objetivo for alcançado por força de sua eficácia (observância, aplicação, execução, uso), ou seja, a concretização do comando normativo no mundo real[137]. Como lembra Luis Roberto Barroso[138], o problema não reside na suposta "ausência de efeitos" das normas programáticas, até porque, desde o início de sua vigência, tais normas geram, sim, efeitos imediatos, objetiva e subjetivamente: objetivamente, porque (i) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam e (ii) carreiam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com ela forem incompatíveis; subjetivamente, porque conferem, de imediato, direito a (i) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional, e a (ii) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por elas protegidos.

Parece-nos, já nestes passos introdutórios do trabalho, que o problema ultrapassa a interpretação normativa e justifica-se, dentre outros fatores, na falta de "vontade de constituição" [139] que, aliada à desatenção aos direitos sociais básicos se torna o grande desestabilizador das Constituições (e, consequentemente, do próprio Estado). Esse fenômeno não é exclusividade do Brasil e acontece de forma mais patente nos países de economia frágil. Assim, o grande problema no momento constitucional brasileiro não é a Constituição, nem o

---

[136]Citando F. Horner (*Die sozialen Grundrechte*, Salzburg-Muenchen, 1974, p. 227), BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 338.

[137]BERCOVICI, Gilberto. "A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro", p. 39. O autor lembra a distinção de J. A. Silva, entre a *eficácia jurídica* da *eficácia social* das normas constitucionais. Nesse sentido, a eficácia jurídica seria a possibilidade jurídica de aplicação da norma, isto é, a qualidade de produzir efeitos jurídicos. Já a eficácia social (ou efetividade), diria respeito à implementação do programa previsto na Constituição (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998). A inadequação da tradicional classificação de J. A. da Silva será objeto de discussão no Capítulo V deste trabalho.

[138]BARROSO, Luis Roberto. *Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.* 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pp. 254-256.

[139]HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 19-20.

extenso rol de direitos nela previstos, tampouco a falta de critério na seleção de suas normas, ou as tão difamadas normas programáticas. A dificuldade do momento é *como* aplicar a Constituição e, nas frequentes situações de desatenção a esses direitos, *como judicionalizar* o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de torná-los efetivos[140], mesmo diante da conhecida (ou presumida) falta de recursos.

É inegável que a Constituição de 1988 constituiu um grande avanço na garantia processual desses direitos, prevendo em seu bojo o mandado de injunção, a inconstitucionalidade por omissão e o mandado de segurança coletivo. Todavia, *até onde* irá, na prática, essa garantia – isto é, até onde haverá condições materiais propícias para traduzir em realidade o programa de direitos básicos formalmente postos na Constituição – é a grande preocupação dos dias de hoje, polarizada entre, de um lado, os direitos sociais de grande latitude e, de outro, a precariedade dos recursos estatais disponíveis.

II.1.2.2 A INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NO PODER POLÍTICO

Outro efeito gerado pela Constituição de 1988 diz respeito à regulação da atuação estatal, que, para alguns, seria excessiva; para outros, seria apenas uma questão de direcionar essa atuação (o dirigismo constitucional de que falava Canotilho[141]) para propiciar o bem-estar social da população.

Nesse cenário, não foram poucas as vozes erigidas em prol da desregulamentação estatal e desconstitucionalização[142] de diversas matérias, para quem o texto

---

[140]BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, pp. 338-345.

[141]O "dirigismo" estatal tem sua origem na expressão "Constituição Dirigente", de Joaquim José Gomes CANOTILHO. Todavia, este autor reviu seu posicionamento na obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* para defender que a Constituição deve evitar converter-se em lei da totalidade social para não perder sua força normativa, dada a impossibilidade de uma Constituição absorver as mudanças e inovações sociais. Nesse sentido, a Constituição deveria exercer não mais uma função diretiva, mas apenas supervisora. Sustenta o autor o desenvolvimento de um ordenamento jurídico de coordenação que, com base nos princípios da responsabilidade social e da consciência global, desenvolveriam uma reflexão sobre os direitos sociais e suas decisões de atuação, evitando-se que se ultrapassem situações limites em que todos perderiam (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* pp. 1272-1273). Para críticas a essa teoria, v. FARIA, José Eduardo. *O Direito constitucional na economia globalizada*, São Paulo, 1997, pp.321-328.

[142]Nesse sentido, ressalte-se o entendimento de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO: *"o caminho do desenvolvimento institucional só estará aberto quando as fórmulas impositivas de políticas públicas forem*

constitucional atual, marcado pelo estabelecimento de programas e diretrizes a serem seguidos pelos governantes, acabaria substituindo o processo de decisão política, tolhendo a liberdade do Poder Legislativo e eliminando a discricionariedade do Poder Executivo, indispensável para a consecução de suas tarefas.

A crítica ganha ainda mais força quando se atinge a politização do Poder Judiciário, seja como "constituinte" e "legislador", seja como determinador de ações ou

---

varridas da Constituição, abrindo espaço para que se possa praticar uma autêntica democracia de escolhas de como queremos ser governados e não apenas de escolha de quem queremos que nos governe" ("Desafios Institucionais Brasileiros" in MARTINS, Ives Gandra (org.), *Desafios do século XXI*, São Paulo: Pioneira/Academia Internacional de Direito e Economia, 1997, p. 195). Ressalte-se ainda a existência de projetos que defendem a desconstitucionalização de direitos. Assim, por exemplo, a PEC 341/2009, de autoria de Régis de Oliveira, que *"modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria não constitucional"*. Referido projeto foi arquivado no início deste ano, conforme informações obtidas em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473l, acesso em 04 de julho de 2011. Merece destaque também o entendimento de J. E. Faria, para quem a "desconstitucionalização" não resultaria no vazio jurídico: "*Essa soberania compulsoriamente partilhada, sob pena de acabar ficando à margem da economia globalizada, tem obrigado o Estado-nação a rever sua política legislativa, reformular a estrutura de seu Direito Positivo e redimensionar a jurisdição de suas instituições judiciais mediante amplas e ambiciosas estratégias de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização de direitos sociais, implementadas paralelamente à promoção da ruptura dos monopólios públicos. A noção dessa estratégia é justificada, entre outros fatores, por uma espécie de cálculo de custo/benefício feita pelos dirigentes e pelos legisladores. Sem ter como ampliar a complexidade de seu ordenamento jurídico e de seu aparato judicial em nível equivalente de complexidade e diferenciação funcional dos diferentes sistemas socioeconômicos, eles passam a agir pragmaticamente. Afinal, se quanto mais tentam disciplinar e intervier, menos conseguem ser eficazes, obtiver resultados satisfatórios, manter a coerência lógica e assegurar a organicidade de seu Direito Positivo, não lhes resta outro caminho para preservar sua autoridade funcional: quanto menos procurarem disciplinar e intervir, menor será o risco de acabarem desmoralizados pela inefetividade de seu instrumental regulatório e de seus mecanismos de controle. A consequência desse processo de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, longe de conduzir a um vazio jurídico, abre caminho para uma intrincada articulação de sistemas e subsistemas socioeconômicos internos e externos, nos planos micro e macro. Uma parte significativa do Direito Positivo do Estado-nação, por exemplo, hoje vem sendo internacionalizada pela expansão da lex mercatoria e do "Direito da produção" e por suas relações com as normas emanadas dos organismos multilaterais (SANTOS, 1995). Uma outra parte, por sua vez, vem sendo minada pela força constitutiva de situações criadas pelos detentores do poder econômico; e, como consequência, está sendo substituída pelo veloz crescimento do número de normas privadas, no plano infranacional, na medida em que cada corporação empresarial tende a criar as regras de que precisa e a jurisdicizar suas respectivas áreas e espaços de atuação segundo suas conveniências. A desregulamentação e a deslegalização em nível de Estado significam, dessa maneira, a "re-regulamentação" e a relegalização em nível dos próprios sistemas socioeconômicos (SANTOS, 1995); mais precisamente, em nível das organizações privadas capazes de efetuar investimentos produtivos, oferecer empregos, gerar receita tributária, impor comportamentos etc"* (Cf. FARIA, José Eduardo. "Declaração Universal dos Direitos Humanos: Um cinquentenário à luz da globalização econômica", obtido em http://www.cjf.jus.br/revista/numero6/artigo5.htm, acesso em 04 de julho de 2011). A ideia de José Eduardo Faria encontra respaldo na doutrina de Canotilho que, revendo posições anteriores, defendeu em sua última obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* que a Constituição não tem mais capacidade para ser dirigente, pois perderam a capacidade de absorver as mudanças da sociedade, tendendo, portanto, a exercer função apenas supervisora. Segundo o autor, a crescente contestação da eficácia das constituições tende a torná-las meras "constituições simbólicas" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina, 1998, pp. 119-1205). Sobre constituição simbólica, v. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007).

políticas públicas. Essa crítica, aqui, assume três diferentes enfoques: (i) o primeiro, relacionado à falta de legitimidade do Poder Judiciário para essa "intromissão" na política; (ii) o segundo seria o enfoque institucionalista, preocupado basicamente com as externalidades geradas pela ação judiciária inflacionada em um contexto de desenvolvimento incompleto e de necessidade de atração de investimentos, ou seja, dos custos de uma máquina judiciária ineficiente e imprevisível; (iii) o terceiro, por fim, seria o enfoque centrado naquilo que os americanos chamam de *institutional capacity* – ou capacidade instrumental, nas palavras de Marcos Paulo Veríssimo.[143] Dada a importância do debate, intimamente ligado ao surgimento de critérios para a concessão ou negativa de intervenção do Poder Judiciário, é indispensável analisá-las individualmente, ainda que de forma superficial diante da riqueza do tema.

II.1.2.3 O ENFOQUE DA LEGITIMIDADE

O enfoque da legitimidade é o mais lembrado pelos críticos da intervenção judicial no âmbito das políticas públicas, e de longe o mais alegado pela administração pública para afastar essa intervenção.

De um modo geral, afirma-se que o Poder Judiciário, acostumando-se a decidir questões políticas, pode ceder à tentação de suprir com suas liminares ou julgamentos a atuação dos demais Poderes, vistos como omissos ou corruptos. Tal fato resultaria em infração ao princípio da separação dos poderes, encartado como cláusula pétrea na Constituição Federal.

Sustenta-se ainda o risco do Judiciário politizar-se, assumindo ele próprio viés ideológico, perdendo sua imparcialidade e assumindo papel partidário. Surgiria assim aquilo que Marcos Paulo Veríssimo[144] denomina "problema duplo de legitimidade", revelado tanto *a priori*, quanto *a posteriori*: de um lado, essa expansão transformaria os juízes em atores políticos sem que suas ações tivessem respaldo anterior de cunho representativo, uma vez que

---

[143] *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós 1988.* Tese de Doutorado defendida na USP, no prelo, pp. 12-14.

[144] Conforme VERISSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós 1988.* Tese defendida na USP, no prelo, p. 12. No mesmo sentido, veja-se FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "O papel político do Judiciário e a ordem constitucional vigente", p. 84.

estes (diferentemente dos membros do Legislativo e da chefia do Executivo nos diferentes níveis da Federação) não são eleitos por voto popular; de outro lado, esses juízes também não são pessoalmente responsabilizáveis por suas decisões, ao menos no que se refere ao mérito delas, e não podem ser destituídos do cargo em virtude do exercício equivocado da judicatura, como ocorre com os maus administradores públicos, ainda que essa punição seja indireta (e.g., quando não são reeleitos).

Por fim, como as decisões que envolvem direitos sociais consistem em decisões sobre alocação de recursos, sustenta-se que devem ser tomadas em processos nos quais esteja garantida a participação e a contestação pública. De fato, tratando-se de decisões governamentais que envolvem questões de política pública e justiça distributiva, a participação pública é indispensável justamente porque essas decisões promovem a apropriação por alguns de bens financiados por toda a sociedade[145].

As críticas não procedem. Primeiro, porque a Constituição não estabelece uma linha única de atuação para a política, reduzindo sua direção à execução dos preceitos constitucionais, substituindo-a. Muito ao contrário, a Constituição apenas estabelece um fundamento para a política, que deve ser realizada no âmbito do programa constitucional, tornando mais transparente a vinculação dos órgãos de direção política. O poder estatal passa a ser um poder com fundamento na Constituição, e seus atos devem ser considerados constitucionalmente determinados. Daí porque, inclusive, ao deixar de regular inúmeras questões (ante a impossibilidade de antever todas as situações fáticas que ensejariam uma determinada conduta desejável) atribui-se à discussão política a solução dessas questões. A função da Constituição de 1988 é, pois, fornecer um norte, um objetivo, e consagrar uma exigência de atuação estatal; cabe ao governo selecionar e especificar sua atuação a partir dos fins constitucionais, indicando os meios ou instrumentos adequados para sua realização. Isso não se confunde, em absoluto, com substituição da política[146].

Ademais, não se pode negar que a ação das cortes de justiça sobre temas de políticas públicas têm, sim, potencial democrático importante, na medida em que permite a

---

[145] LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*, p. 171.
[146]BERCOVICI, Gilberto. "A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro", p. 35.

introdução na agenda política de questões que, de outro modo, não ingressariam nela, por incapacidade dos grupos de interesse respectivos de atuar efetivamente no espaço político representativo formal. É o que ocorre no cenário brasileiro, em que as cortes de justiça acabaram se tornando particularmente permeáveis à ação de grupos minoritários originalmente excluídos do processo político tradicional, sobretudo nos segmentos intermediários da sociedade.

Quanto ao processo de participação e contestação pública, não é de hoje que se verifica a adoção de mecanismos (principalmente no âmbito das ações coletivas) que permitem essa contestação[147]. Um bom exemplo é a realização de audiências públicas para decisão das demandas que chegaram ao Judiciário pleiteando bens e serviços de saúde.

De todo modo, a judicialização da política não significa necessariamente a ruína da democracia – desde que, é claro, seja mantido o devido equilíbrio. Afinal, não é de hoje que as Cortes Constitucionais assumiram inegável papel político, e a transformação da jurisdição constitucional em parte integrante do processo de formulação de políticas públicas, como se verá, é um desdobramento das democracias contemporâneas[148]. A judicialização da política ocorre porque os Tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do

---

[147] Como bem lembra Daniel Wei Liang WANG, "*embora a associação democracia/representatividade seja correta, uma vez que dificilmente pode haver um sistema de governo no mundo atual que possa ser chamado de democrático sem contar com algum grau de representatividade, acredito que há necessidade da existência de outros espaços institucionais nos quais a participação e a deliberação dos cidadãos no processo decisório de políticas públicas possam ocorrer*" (*Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde,* Dissertação de mestrado apresentada no curso de pós graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 26).

[148] É o que constata Matthew M. THAYLOR, em ensaio publicado na *Latin American Research Review: "At their root lies the recognition that the political role of the courts is one of the thorniest questions facing new democracies and scholars alike: despite the relative inattention to their role, courts are institutions whose construction, structure and culture have concrete effects on the pace of economic, social, and political change. Understanding how courts structure, wield, and expand their power is the common threat in the diverse body of work reviewed here"* ("Beyond Judicial Reform – Courts as political actors in Latin America", *Latin American Research Review,* Vol. 41, n. 2, june 2006, p. 271). Para uma análise em português sobre o incremento do papel do Poder Judiciário – sobretudo nos países que adotaram o presidencialismo como forma de governo – veja-se SADEK, Maria Tereza. "Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política", pp. 1-32. Para uma análise recente sobre o que pensam os Ministros do STF a respeito dessa maior "intervenção" do Judiciário na política, veja-se *Anuário da Justiça Brasil 2012,* São Paulo: Editora Conjur, 2012.

Legislativo e do Executivo se mostram falhos[149]. Há, contudo, justificativas constitucionais e parâmetros para essa atuação.

Primeiramente, ressalte-se que a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário decorre do próprio sistema constitucional, originado da *common law*. Com efeito, o próprio art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, ao estabelecer que *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito"*, legitima a possibilidade de intervenção do juiz, caso provocado.

Mas mesmo antes da Constituição de 1988 o ordenamento brasileiro já havia introduzido essa possibilidade de controle, ainda que de forma mais "tímida": a Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/65) estendeu ao Poder Judiciário a apreciação do mérito do ato administrativo, ao menos nos casos dos artigos 4º, inciso II, *b*, e inciso V, *b*, possibilitando a anulabilidade do ato por lesividade[150]. Essa possibilidade veio a ser confirmada, em termos de ação popular, com o inciso LXXXIII, art. 5º, da Constituição Federal, ao estabelecer a possibilidade da propositura de ação popular para "*anular ato lesivo ao patrimônio público (...), à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico-cultural (...)*".

Indo além, a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário encontra fundamento nos deveres de imparcialidade e motivação a que o juiz está adstrito[151]. Primeiro, porque a motivação funciona como uma espécie de prestação de contas do juiz, justificando a decisão que muitas vezes suprime omissões legislativas e integra o conteúdo do texto normativo; segundo, porque a exigência de motivação concorre para propiciar a efetividade da participação popular nos assuntos do governo, que se realiza através do controle *a posteriori*

---

[149]CASTRO, Marcos Faro de. "O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política", obtido em http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm, acesso em 04 de julho de 2011.

[150] GRINOVER, Ada Pellegrini. "O controle jurisdicional de políticas públicas", p. 127.

[151]A verificação da legitimidade do Judiciário para intervir nas decisões do Executivo e decidir na área de políticas públicas depende de como a separação de poderes é concebida em determinada constituição. Na Constituição de 1988, contudo, não restam mais dúvidas: *"Deixar o Judiciário de fora do debate com base apenas em uma ideia anacrônica de separação de poderes é uma estratégia que não será considerada aqui. O mesmo pode ser dito acerca do argumento baseado exclusivamente na falta de legitimidade democrática do Judiciário. Ambos os argumentos – separação de poderes e ausência de legitimidade democrática – costumam ser usados como uma forma extremamente maniqueísta, a qual pretendo aqui evitar. Por isso, e por outras razoes argumentativas, pretendo aqui presumir que um amplo controle de constitucionalidade é um ponto inquestionável do sistema constitucional e que, nesse sentido, deve ser aceito que os juízes têm legitimidade para interferir em questões legislativas e governamentais"* (SILVA, Virgilio Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais,* 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 591-592).

sobre os fundamentos do ato do juiz[152]; finalmente, porque possibilita a verificação da harmonia do conteúdo da decisão judicial com a lei e com os preceitos constitucionais[153] (nos quais se inserem os direitos fundamentais) [154]. Nesse sentido, vale lembrar a lição de Antônio Magalhães Gomes Filho que, citando Brüggemann, assevera que o Estado de Direito é o Estado que se justifica: ao contrário do poder autoritário, que se exerce de forma absoluta e oculta, o poder democrático reclama publicidade e transparência, o que pressupõe a permanente explicitação das razões da atuação estatal[155].

Mas o fundamento principal para a legitimidade da intervenção judicial consiste no art. 3º da Constituição Federal, ao estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – dentre os quais se inserem a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III) – vinculando os três poderes a esses objetivos. Para atingi-los, contudo, é necessário que o Estado incida sobre a realidade social. E é exatamente na consecução desses objetivos (e do princípio da prevalência dos direitos humanos previstos no art. 4º, II, da Constituição Federal), que o Estado Social de Direito transforma-se em Estado Democrático de Direito[156].

Daí porque a judicialização da política, isto é, a possibilidade do controle dos atos do legislativo e do administrativo pelo Poder Judiciário em nada se confunde com o "ativismo judicial" em seu sentido pejorativo aplicado por parte da doutrina. É preciso

---

[152]Aqui, o que importa não é a real efetivação desse controle *a posteriori*, mas sim a possibilidade de exercê-lo. Ademais, a possibilidade desse controle ainda serve para condicionar o próprio conteúdo da decisão, na medida em que a necessidade de apresentar à opinião pública um discurso racional e coerente impõe determinado tipo de comportamento mental ao juiz no momento em que realiza suas opções decisórias (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "A motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988: funções políticas e processuais", in *Vinte anos da Constituição*, Revista AASP, ano XXVIII, n. 99, São Paulo: AASP, p. 16.

[153] Nesse sentido, o conteúdo material dos direitos fundamentais deve determinar a direção das decisões judiciais. Assim, a motivação das decisões torna-se a própria garantia dos direitos fundamentais, pois, de um lado, serve para verificar, através do raciocínio desenvolvido pelo juiz, se foram efetivamente obedecidas as regras do devido processo legal; de outro lado, é também por meio da fundamentação que será viável constatar se a decisão aplicou validamente as normas que permitiam a restrição e se foi apreciado corretamente o contexto fático que a autorizava (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "A motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988: funções políticas e processuais", p. 17).

[154]"*A legalidade de uma decisão não resulta da simples referência ao texto legal, mas deve ser verificada in concreto pelo exame das razões pelas quais o juiz afirma ter aplicado a lei, pois tal exame é que pode propiciar o efetivo controle daquela demonstração*" (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "A motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988: funções políticas e processuais", p. 17).

[155]GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "A motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988: funções políticas e processuais", pp. 16. Segundo o autor, a legitimidade democrática do Poder Judiciário existe a partir do respeito à garantia do juiz natural, do contraditório e do dever de motivação.

[156]GRINOVER, Ada Pellegrini. "O controle jurisdicional de políticas públicas", pp. 127-128.

compreender que, uma vez que os objetivos estão na Constituição, eles saem da esfera política, da deliberação parlamentar, para tornar-se matéria de interpretação judicial[157].

Ademais, há que se diferenciar *política* de *partidarismo*[158]. Política é participação na vida pública. A atuação das cortes na política não é só desejável, mas é inevitável e necessária nas situações em que houver arbitrariedades cometidas pelos outros poderes. Isso não se confunde com *partidarismo,* que é de fato vedado às cortes do país.

Isso porque, para a consecução desses objetivos, torna-se indispensável a existência de uma ação estatal, organizada através de *metas* ou *programas* que impliquem o estabelecimento de funções específicas aos Poderes Públicos, que serão realizadas segundo a especialização de atividades de cada um. O poder estatal, embora uno, continuará exercido em suas três formas de expressão - executiva, legislativa e judiciária -, mas estes serão, agora, instrumentos para a consecução dos objetivos estabelecidos no artigo 3º da Carta Constitucional[159] e, embora com funções destacadas, são Poderes harmônicos entre si.

É nesse contexto que as políticas públicas são, por excelência, o meio do Estado interferir na realidade social – e o faz através de uma ação coordenada entre seus três poderes: são normas, atos e decisões destinados à consecução dos fins estatais, embora o Poder Judiciário, como se verá, só estará efetivamente legitimado a intervir nas hipóteses de atuação – e omissão – arbitrária dos Poderes Executivo e Legislativo. Não se discute que nesse campo a atuação do Poder Executivo é sobressalente: assim como o legislador atua na determinação e

---

[157]Conforme L. R. Barroso, em entrevista à Revista Consultor Jurídico sobre os 20 anos da Constituição brasileira, disponível na internet em http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv, acesso em 10 de junho de 2010).O autor continua: *"Então, em uma primeira abordagem, a Constituição de 88 contribui sim para que o Judiciário tenha um papel muito mais ativo na vida do país. Mas há um segundo motivo para isso. O atual sistema político brasileiro levou a um descolamento entre a sociedade civil e a classe política. Há algumas demandas da sociedade que não são atendidas a tempo pelo Congresso Nacional. E o que acontece? Nos espaços em que havia demandas sociais importantes e o Legislativo não atuou, o Judiciário se expandia. Aqui penso ser oportuno fazer uma distinção entre judicialização e ativismo judicial, que são ideias que estão próximas, mas que não se confundem. Judicialização é um fato, que identifica a circunstância que muitas questões que antes eram próprias da política passaram a ser decididas pelo Judiciário, foram transformadas em pretensões veiculadas perante juízes e tribunais. O ativismo é uma atitude, que identifica uma interpretação expansiva da Constituição, incluindo no seu âmbito de alcance questões que não foram nela expressamente contempladas".*

[158] Cf. excelente observação de Maria Tereza SADEK em palestra sobre o controle de políticas públicas ministrada nas IX Jornadas de Direito Processual Civil no ano de 2012.

[159]CANELA JR., Oswaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição.* Tese de Doutorado apresentada no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no prelo, p. 17-19.

conformação material da Constituição, a Administração atuará na determinação e conformação material das leis e das decisões políticas a serem executadas no nível administrativo, para implementar as políticas sociais. Isso não significa, contudo, que essa atuação seja impermeável pelo Poder Judiciário[160]. Já se viu no capítulo anterior que o "mito de Montesquieu" da separação de poderes rígida e estanque nunca saiu do papel – e suas adaptações há muito são inadequadas. Aquilo que é compreendido como teoria da separação dos poderes é, na verdade, uma simples visão enviesada das ideias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista em uma sociedade infinitamente mais complexa do que aquela que Montesquieu tinha como paradigma[161].

II.1.2.4. O ENFOQUE INSTITUCIONALISTA

Essa abordagem engloba dois problemas distintos, ambos sob o enfoque da eficiência: (i) a expansão do papel político das cortes de justiça, nos moldes tratados acima; e (ii) o funcionamento da máquina judiciária no desempenho de suas funções mais tradicionais de solução de conflitos privados, adjudicação e garantia de direitos oriundos da relação credor-devedor[162].

---

[160]COMPARATO, Fabio Konder. "Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional", in *Para viver a democracia.* São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 102. Ademais, como lembra Maria Paula Dallari BUCCI, o fato de ser a política pública um "quadro normativo de ação" informado por elementos de polder público, elementos de expertise e elementos que tendem a constituir uma ordem local – todos da órbita do aparelho burocrático – faz com que a Administração desempenhe um papel relevante na análise e elaboração dos pressupostos que dão base à política pública. A ideia de uma sucessão de atos no tempo, em que o Legislativo e o governo traçam primeiro as diretrizes da política para depois a Administração Pública executá-la, passa a ser mais um tipo ideal que um dado da realidade. Principalmente no campo dos direitos sociais como saúde, educação e previdência, em que as prestações do Estado resultam da operação de um sistema extremamente complexo de estruturas organizacionais, recursos financeiros, figuras jurídicas, cuja apreensão é chave de uma política pública efetiva e bem-sucedida. Conhecer, portanto, os princípios jurídicos da Administração Pública, os condicionamentos legais à contratação de funcionários ou serviços, as formas de organização jurídica da Administração direta e indireta, além dos dados materiais geridos pela Administração em seu cotidiano, são operações que necessariamente fazem parte do processo de formulação da política pública. Por outro lado, esse processo representa o modo de formação da vontade administrativa no espaço da ação discricionária – especialmente num país de regime presidencialista, em que os aparelhos do governo e da Administração se confundem no Poder Executivo ("O conceito de política pública em Direito", in *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 250).

[161]SILVA, Virgílio Afonso da. "O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais", in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: p. 589.

[162] Guardadas as diferentes concepções de democracia e leituras do princípio majoritário, essa crítica baseia-se nos problemas postos não só no Brasil, mas pela democratização latino-americana e pela abertura das economias

A análise do papel político das cortes sob esse enfoque institucionalista parte da ideia de que o Judiciário perderia sua condição de aplicador neutro das garantias do credor e do devedor outorgadas pela legislação civil e comercial, espalhando incertezas sobre o ambiente econômico. Tais incertezas seriam continuamente transformadas em custos adicionais de investimento, criando ineficiências crescentes que funcionariam como um freio ao desenvolvimento da economia brasileira[163].

No que diz respeito ao desempenho da máquina judiciária, o enfoque institucionalista encara o Judiciário como um grande prestador de serviços de cobrança. Em linhas gerais, a politização da máquina judiciária nacional, espalhando suas incertezas sobre o ambiente econômico, adicionada à profunda morosidade e ineficiência do judiciário em sua feição de "cobrador de contas", fariam dele uma instituição atravancadora do desenvolvimento nacional.

Muito embora não se possam ignorar as adversidades do Judiciário brasileiro – que é muitas vezes moroso, ineficiente e imprevisível – os argumentos da crítica institucionalista não são determinantes, capazes de justificar uma postura totalmente refratária do Poder Judiciário frente às demandas que veiculam a discussão de políticas públicas.

Ao contrário – e isso será mais bem delineado no capítulo V deste trabalho – o Judiciário é um importante espaço de participação nas políticas públicas, principalmente para os menos favorecidos, que têm na tutela jurisdicional um espaço institucional onde reclamar bens e serviços não disponibilizados ou insuficientemente disponibilizados pelo Poder Público[164].

---

periféricas ao jogo do comércio mundial (cf. VERISSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós 1988*. Tese de Doutorado apresentada no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no prelo, p. 13).

[163] Como lembra Marcos Paulo VERÍSSIMO, *"cada decisão que interfere com uma política regulatória, por exemplo, ou que deixa de reconhecer um crédito com base em princípios sociais ou em considerações ligadas ao sinalagma real dos contratos, em outro exemplo, agregaria uma sensação de incerteza no contexto dos negócios que seria imediatamente interpretada pelos agentes econômicos como um risco de investimento, o qual, por sua vez, é imediatamente precificado"* (*A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós 1988*. Tese de Doutorado apresentada no curso de pós graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no prelo, p. 13).

[164] WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde*, pp. 8-9.

No mais, a redução do Poder Judiciário a um "mero cobrador de contas" é, no mínimo, uma interpretação malfeita da Constituição Federal de 1988.

II.1.2.5. A CAPACIDADE INSTRUMENTAL

Por fim, cumpre fazer referência a uma terceira linha de análise, que se centra na doutrina americana do *institutional capacity*, ou capacidade instrumental, conforme tese desenvolvida por Marcos Paulo Veríssimo já citado no presente trabalho.

Aqui, a crítica da invasão dos espaços políticos pelo Judiciário dá-se sob o ponto de vista da incapacidade de seus instrumentos para resolver as disputas relacionadas com políticas públicas. Nesse sentido, os órgãos judiciários seriam formuladores de políticas erráticas e geralmente regressivas, como decorrência de suas próprias características institucionais e do tipo de procedimento que utilizam para desempenhar sua função.

Características institucionais como a *inércia*, a *imparcialidade* e a *objetividade* a que os juízes estão adstritos inviabilizariam, por si só, a regulação dos assuntos políticos. Isso porque, sendo inerte, o juiz não pode identificar os problemas sociais que estão necessitando mais urgentemente de uma dada política pública. Ao contrário, a corte só pode atuar ou deixar de atuar nas políticas que lhe são submetidas, ainda que sejam irrelevantes em relação a outros problemas sociais que assolam o país e que ficaram à margem da vontade das partes de provocar a intervenção judiciária respectiva. Há, ainda, a regra da adstrição da sentença ao pedido, que impede o Judiciário de desenhar a política pública de sorte a acomodar os vários interesses em jogo, deixando-lhe restrita margem de criatividade e flexibilidade necessária para o tratamento do assunto. De fato, pela estrutura do processo civil atual, se a solução pleiteada pelo autor não for a melhor, o juiz ficará com a difícil escolha de rejeitá-la, deixando sem resposta o problema social, ou aceitá-la, atribuindo uma solução (ainda que parcialmente) inadequada[165].

---

[165] VERISSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós 1988*, pp. 16-17.

Quanto à *objetividade*, o sistema atual parte de uma necessidade de dar decisões com base em *direitos* (ou a parte tem o direito, ou não o tem) e de uma incapacidade de pensar em preferências ou em conciliação de diversos interesses, o que resulta em uma grande deficiência para lidar com as questões relacionadas às políticas públicas. Não se resolvem conflitos políticos pela investigação de quem seja o proprietário dos bens em conflito, mas pela "*acomodação das diferentes preferências*" [166] a respeito desses mesmos bens, os quais são geralmente fundados em desejos e necessidades, mas não em relações de propriedade. Daí porque a pretensão à objetividade da norma jurídica preexistente faz com que se trate a questão de maneira simplista, como se bastasse dizer àqueles que precisam de saúde que, em razão dessa necessidade, são por isso titulares de um direito à saúde. Esse pensamento individualista – quase sempre desvinculado de uma análise de seus efeitos – não leva em consideração o fato de que a concessão desse direito implica políticas redistributivas que, por sua vez, interferem em direitos alheios, ligados à propriedade de outros bens, os quais são identicamente protegidos pelo texto constitucional e devem, igualmente, ser preservados.

Dados estatísticos comprovam essa falta de análise consequencialista por parte dos juízes. De fato, conforme demonstra pesquisa publicada no *Anuário da Justiça Brasil 2010*, de um total de 75 juízes entrevistados (integrantes do STF, STJ, TST e TSE), apenas 61% consideraram que, ao julgar, o juiz deverá levar em conta o impacto de sua decisão em termos sociais, econômicos e de governabilidade. O curioso é que essa proporção foi mais alta no STJ (60,6%), no TST (62%) e no TSE (100% - dos 2 entrevistados) que no STF (54,5%).

Em suma, o Judiciário é dotado de uma *rigidez institucional*, marcada (i) pela incapacidade de lidar com a "barganha" em plano coletivo (em regra, não se transaciona com direitos indisponíveis); (ii) pela necessidade de transformar pontos de vista parciais em direitos que precisam ser ou não titulados em um jogo de tudo ou nada; (iii) pela necessidade de adstrição ao caso concreto e a correlativa impossibilidade de ampliá-lo para contemplar outras necessidades sociais; e, por fim, (iv) pela incapacidade de gerir a própria agenda. Tudo

[166] VERISSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós 1988*, pp. 17.

isso faria do Judiciário um péssimo alocador de recursos, formulador de políticas públicas erráticas, portanto[167].

Por outro lado, essas mesmas características institucionais do Poder Judiciário garantem-lhe a vantagem de ter legitimidade para funcionar como contrapeso aos órgãos representativos no jogo político do Estado de Direito. Afinal, essa mesma objetividade impede o juiz de expressar suas opiniões pessoais ou de simplesmente acolher preferências majoritárias encontradas no corpo social. Além disso, as cortes possuem garantias que asseguram sua independência em relação a pressões de grupos e instituições, decorrentes de um diálogo que se consubstancia no contraditório judicial. Nesse contraditório, (i) não são os juízes que escolhem a agenda ou os termos do debate e são, portanto, obrigados a decidir questões que talvez de outro modo preferissem ignorar; (ii) não determinam quais as vozes que devem ser ouvidas, mas, ao contrário, são obrigados a ouvir todos aqueles que têm interesse no conflito; (iii) não podem deixar sem análise um pedido que lhes seja endereçado, sendo obrigados a responder; (iv) essas respostas devem ser motivadas (fundamentação) o que garante o controle sobre eventuais arbitrariedades de decisões calcadas em preferências pessoais[168].

Como se vê, a capacidade (ou não) do Judiciário para lidar com as políticas públicas é uma situação muito controversa, que revela uma situação de crise institucional. Nessa "faca de dois gumes", é importante deixar claro que a crise não decorre unicamente da existência de disposições constitucionais contraditórias, nem da programaticidade das normas ou de um dogma intocável como o da separação de poderes. Há vantagens e desvantagens em

---

[167] VERISSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós 1988*, pp. 17-18. Tais dificuldades foram lembradas pelo Supremo Tribunal Federal em voto do Ministro Ricardo Levandowski no recente julgamento do RE 368.564/DF, tratando da concessão de tratamento no exterior a um indivíduo portador de doença ocular progressiva. Citando Cass Sustein, o Ministro ressalta: "*Assim, além do problema da definição de atribuições e competências, é necessário discutir-se os instrumentos que cada um dos poderes tem para levar a cabo as suas funções e os respectivos limites. A Carta Magna, dentro do desenho institucional eleito pelos constituintes, definiu determinados limites à atuação de cada Poder. Dentre os parâmetros dentre os quais o Judiciário atua estão: i) os limites da coisa julgada; ii) a legitimação política para decidir; iii) o processo contraditório bilateral; e iv) a inércia institucional. Tais restrições fazem com que o Judiciário tenha dificuldades em dar concreção às políticas públicas, mediante uma lógica própria da justiça distributiva, uma vez que sua atuação está muito mais identificada com a lógica da justiça comutativa"* (STF, RE 368.564/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 13 de abril de 2011).

[168] Conforme Marcos Paulo VERÍSSIMO, citando Owen Fiss (*The forms of Justice*). *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós 1988.* Tese de Doutorado apresentada no curso de pós graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no prelo, pp. 17-18.

cada um dos enfoques analisados, evidenciando que as mesmas características aparentemente desfavoráveis à intromissão do Judiciário nas políticas públicas são legitimadoras dessa intervenção.

Ressalte-se que este trabalho não tem por objetivo tomar partido de qualquer dessas críticas, tampouco de propor uma nova e irrefutável solução. Mas não se pode deixar de exibir um panorama geral das críticas endereçadas à Constituição Federal de 1988 e, sobretudo, ao incremento do papel do Judiciário e o tratamento atribuído às políticas públicas nesse cenário.

De todo modo, não se pode fechar os olhos para a realidade: a judicialização da política não é mais uma profecia "ameaçadora", e sim um fato com o qual lidamos há algum tempo. Os magistrados de todas as esferas da federação se revelaram verdadeiros atores da arena política e se manifestam sobre as mais diversas matérias envolvendo políticas públicas, decidindo direitos relacionados à saúde, à educação, ao saneamento, à habitação, dentre outros.

Ao menos em parte, isso se deve ao modelo institucional adotado[169] e à Carta de 1988, que fornecem parâmetros para o incremento do papel do Judiciário (sobretudo a democratização do acesso à justiça com a tutela dos direitos difusos e coletivos). Por outro lado, a existência de um cenário favorável não é garantia de que as previsões constitucionais se concretizarão, e a prova disso é a interpretação que foi dada ao texto constitucional durante muitos anos em relação à (in)eficácia das normas programáticas. O modelo presidencialista e a Constituição são, assim, indicadores que delineiam possibilidades, que moldam papéis e sustentam expectativas. Mas a dimensão, a profundidade e o ritmo da efetivação dessas previsões dependerão do empenho, da habilidade e do grau de ativismo de seus integrantes,

[169] Conforme lembra Maria Tereza SADEK, o desenho institucional presidencialista determinado pela Constituição de 1988 conferiu estatuto de poder ao Judiciário, garantindo-lhe uma independência e autonomia que o regime militar não lhe atribuíra. De aplicador das leis e dos códigos, o Judiciário foi configurado como agente político, cabendo-lhe controlar a constitucionalidade e arbitrar conflitos entre o Executivo e o Legislativo ("Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política", in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (orgs.), *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 15).

bem como das reações encontradas por parte das demais instituições e atores na arena política[170].

Nesse sentido, assiste-se a fenômenos correlatos que propiciam a participação dos magistrados na condição de protagonista privilegiado. Há, de um lado, a combinação da engenharia institucional presidencialista e a ampla constitucionalização de direitos que resultam na ampliação das possibilidades de interferência do Judiciário nas políticas públicas; e, de outro, a limitação da margem de discricionariedade do Executivo e do Legislativo[171]. E é assim que, nos últimos anos, muitas políticas públicas têm encontrado ressonância no Judiciário, quer na forma de contestação, quer na exigência de realização[172], quer ainda no questionamento de sua execução[173].

O Poder Judiciário torna-se, assim, um novo interlocutor e uma nova arena, tanto para seus confrontos, quanto para contestar políticas governamentais e decisões de maiorias legislativas. Tal fato resultou em uma extraordinária procura por soluções judiciais, o que pode ser comprovado pelos números relativos à entrada de processos: em 2003,

---

[170] SADEK, Maria Tereza. "Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política", p. 10.

[171] A discricionariedade observa limites claros que remontam, para a doutrina clássica, à finalidade legal. Realmente, se por um lado a absoluta vinculação dos atos administrativos – ainda que possível – nem sempre resulta em boa administração, a atribuição de discricionariedade ao administrador não lhe garante um salvo-conduto. Exatamente porque seu propósito não é outro senão permitir o alcance da finalidade legal (e constitucional), não se pode tomar a discricionariedade como um pretexto para decisões ineficientes, sejam as que não atendam o interesse público implícito na finalidade legal, sejam as que o atendam de maneira deficiente. Daí porque pouco importa se o ato administrativo é "vinculado" ou "discricionário", na clássica diferenciação doutrinária. Todas as possibilidades, em maior ou menor escala, têm de guardar fundamentação na intimidade do sistema, para evitar dois fenômenos simétricos igualmente nocivos: tanto a vinculação dissociada da subordinação a outros princípios que vão além da estrita legalidade, quanto a discricionariedade tendente a dar as costas à vinculação ao sistema. Sobre a discricionariedade em matéria de políticas públicas, v. DANIEL, Juliana Maia. "Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas", pp. 93-124.

[172] Assim, por exemplo, na regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Em junho de 2011, o Supremo julgou quatro mandados de injunção que requeriam a efetividade do direito previsto pela Constituição, mas sonegado por falta de regulamentação do Congresso Nacional. E decidiu que iria regulamentar temporariamente o direito, até que o Legislativo o fizesse. Essa mesma situação ocorreu no caso de direito de greve de servidores públicos. Tais decisões provocaram um amplo diálogo institucional e, em menos de quatro meses após a decisão (antes mesmo que o STF tivesse concluído o julgamento e explicitado o regime aplicável), foi editada a Lei 12.506/2011, que regulamentou o dispositivo constitucional e estabeleceu o tempo máximo de 90 (noventa) dias para o aviso prévio (*Anuário da Justiça Brasil 2012*, pp. 40-41).

[173] Como ocorreu no "caso dos autistas", na Ação Civil Pública que tramitou perante a 6ª Vara Cível da Fazenda Pública de São Paulo (Processo nº 053.00.027139-2).

registrava-se uma média de um processo para cada 10,2 habitantes; cinco anos depois, em 2008, essa média atingiu um processo para cada três habitantes[174].

Nesse contexto, houve considerável aumento do número de ações civis públicas propostas (tabela 1), embora seja ainda muito inferior se comparado com o número de ações individuais ajuizadas perante o Judiciário (tabela 2), evidenciando uma cultura do processo civil individualista:

Tabela 1: Número de Ações Civis Públicas ajuizadas – MPRS e MPSP[175]

Número de ACPs ajuizadas pelo MP	**2000**	**2001**	**2002**	**2003**	**2004**	**2005**	**2006 (até julho)**	**Total**
Rio Grande do Sul	537	674	1041	1031	1211	1511		6005
São Paulo			2404	2395	3306	2453	1658	12216

Fonte: informações fornecidas pela Subprocuradoria Geral de Justiça do MPRS e da Corregedoria do MPSP

Tabela 2: Participação do número de Ações Civis Públicas no acervo geral de distribuições cíveis relativo ao período de 2002 a 2006 – TJMT, TJRS e TJSP

São Paulo	**Mato Grosso**	**Rio Grande do Sul**
0,10%	0,15%	0,01%

Fonte: informações fornecidas pelas Corregedorias do TJMT, TJRS e TJSP. (*) Dados obtidos a partir da comparação entre o número de ACPs e o número geral de processos em curso no mês de agosto de 2003. Se considerado apenas o movimento da capital paulista, a taxa em questão seria de 0,12%.

[174]SADEK, Maria Tereza. "Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política", p. 17.
[175]Tabela constante do Relatório Final do Projeto de Pesquisa *Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais – ações coletivas.* Brasília: Ideal, 2007, p. 42.

Mas o dado mais importante – e que denota uma verdadeira atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas – é o índice de procedência dessas ações civis públicas em primeiro grau: o percentual médio para os estados do Mato Grosso e Rio Grande do Sul foi de 32,73%, dividindo-se nos seguintes assuntos[176], em ordem decrescente: (i) tutela do meio ambiente, habitação e urbanismo, patrimônio histórico e cultural e acidentes trabalhistas; (ii) direitos da cidadania e políticas públicas; (iii) interesses do consumidor.

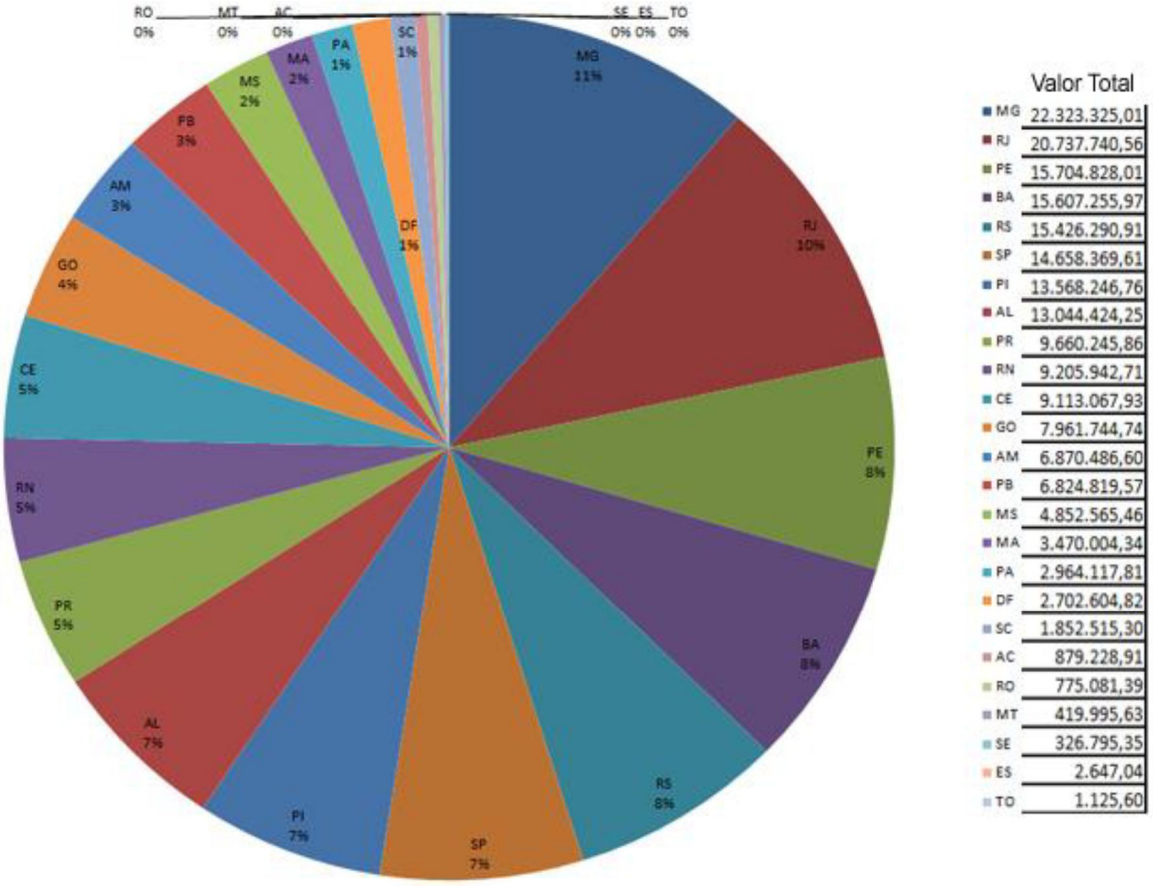
Com relação às demandas individuais, não é novidade que o Poder Judiciário recebeu uma enxurrada de ações nos últimos anos, principalmente relacionadas com o direito à saúde, cujos autores pleiteiam liminarmente a concessão de medicamentos que não constam das listas do Sistema Único de Saúde (SUS), equipamentos, tratamentos no exterior, dentre outros assuntos relacionados.

O fato é que, seja por meio de ações coletivas, seja através das demandas individuais, o impacto financeiro dessas demandas não pode ser desconsiderado. Segundo informações publicadas pelo Ministério da Saúde, no ano de 2011 o montante despendido com aquisição de medicamentos, equipamentos e insumos concedidos em decisões judiciais na Justiça Federal[177] foi de R$ 243.954.000,00 (duzentos e quarenta e três milhões novecentos e cinquenta e quatro mil reais), isso sem considerar os valores relativos às despesas com o procedimento de compra e entrega do medicamento (tais como publicação em Diário Oficial, pagamento de transportadora para entrega da medicação em domicílio, pagamento de seguro para o transporte do medicamento e, quando for o caso, custos com importação). O gráfico abaixo denota a distribuição de gastos por estado no ano de 2011 com insumos e medicamentos:

---

[176] A relação da natureza e tipo de interesses envolvidos nas ações civis públicas refere-se ao estado do Mato Grosso, uma vez que os dados encaminhados para a pesquisa referentes aos estados do Rio Grande do Sul e de São Paulo revelaram-se incongruentes (*Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais – ações coletivas*, p. 42).

[177]Dados obtidos em Parecer da Advocacia Geral da União – Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde – intitulado *Intervenção Judicial na saúde pública (panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais),* disponível em http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Ago/21/Panorama.pdf, acesso em 22.10.2012. Ainda que não se tenha como atestar a fidedignidade desses dados, é fato que funcionam como um bom exemplo da situação.



Fonte: Ministério da Saúde – Advocacia Geral da União – Consultoria Jurídica

A situação não difere muito nas Justiças Estaduais, que enfrentou expressivo aumento nos gastos relativos às demandas judiciais de saúde. Segundo esses mesmos dados do Ministério da Saúde, o Estado de São Paulo gastou, somente no ano de 2010, o equivalente a R$ 700.000.000,00 (setecentos milhões de reais) no atendimento às demandas judiciais de saúde. Para que se tenha uma ideia do abrupto crescimento desses gastos, no ano de 2006 o valor estimado foi de 60 milhões[178]. Ainda no ano de 2010, o Estado do Pará informou ter gasto R$ 913.073,81 (novecentos e treze mil e setenta e três reais e oitenta e um centavo) para atendimento de apenas seis pacientes[179]. Vale lembrar que essas despesas concorrem com os

[178]Parecer da Advocacia Geral da União – Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde – intitulado *Intervenção Judicial na saúde pública (panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais).*

[179] Parecer da Advocacia Geral da União – Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde – intitulado *Intervenção Judicial na saúde pública (panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças*

gastos destinados ao Sistema Único de Saúde, o que evidencia a complexidade da questão. De fato, o problema tem muitas dimensões e, sob uma ótica macro, envolve os enfoques das críticas vistas neste capítulo sobre a (falta de) legitimidade e capacidade instrumental do Judiciário. Sob uma ótica micro, contudo, o juiz depara-se com situações dramáticas, como se tivesse uma espada nas mãos tendo que optar entre a vida e a morte do cidadão que o procura. Nessas circunstâncias, a tendência tem sido garantir o direito do solicitante e desconsiderar ou relativizar os constrangimentos de natureza material[180].

Acontece que o impacto financeiro dessas decisões não pode ser desconsiderado. O cobertor é curto[181] e envolve escolhas (*tragic choices*) [182]. Sabe-se que boa parte da população brasileira ainda não tem acesso a direitos básicos, como saneamento, educação fundamental, moradia, assistência social. Por outro lado, não se pode enxergar o Judiciário como um "superpoder" que se sobreponha aos demais, desconsiderando qualquer planejamento já feito pelos outros poderes. A questão é: até onde estaria o Judiciário legitimado a interferir nas políticas públicas, determinando gastos não previstos no orçamento e desviando recursos destinados a outras políticas? Trata-se de questão complexa que suscita as mais variadas discussões. De início, sabe-se que há limites que devem ser levados em conta, visando a atingir um equilíbrio que não deixe os cidadãos a ver navios, nem resulte no tão criticado ativismo judicial exacerbado.

Nessa busca pelo equilíbrio, surgem as mais variadas propostas de interpretação dos dispositivos constitucionais. Tenta-se atribuir uma série de critérios, balizas e até preferências, geralmente ligadas à "fundamentalidade" de determinados direitos, como se tivessem uma hierarquia superior. Vale dizer, realiza-se uma classificação de *grau*, pela qual seria mais "urgente" a garantia de determinados direitos supostamente mais "fundamentais". Imprime-se uma carga valorativa de caráter apriorístico e busca-se justificar essa situação preferencial em uma relação com a dignidade da pessoa humana, que teria, assim, o grau

---

Estaduais), disponível em http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Ago/21/Panorama.pdf, acesso em 22.10.2012.

[180] SADEK, Maria Tereza. "Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política", p. 25.

[181] A expressão é usualmente utilizada pelo professor nas aulas da disciplina da pós-graduação "Tutela Jurisdicional de Políticas Públicas", ministrada em conjunto com a Professora Ada Pellegrini Grinover.

[182] CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices (the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources).* New York: Norton, 1978.

máximo de importância no ordenamento jurídico. Nesse contexto, o mínimo existencial é apontado como uma das saídas para o problema, uma nova tentativa desenvolvida pela doutrina e adotada pelo Judiciário de concretizar o texto constitucional, obrigando os poderes Executivo e Legislativo a garantir, de qualquer forma e sob quaisquer condições, um mínimo de direitos para garantir aos cidadãos uma *vida digna*. Trata-se, portanto, de um conceito originariamente pensado para *proteger, garantir* – ainda que em uma extensão mínima – a realização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal no plano concreto. Todavia, como se verá nos capítulos seguintes, na forma com que desenvolvida o mínimo existencial analisa o problema sob uma ótica parcial e de forma incoerente, ajudando pouco, às vezes nada. Nesse *"sincretismo metodológico"* [183], adotam-se teorias incompatíveis como se compatíveis fossem. E é assim que o mínimo existencial, na forma em que vem sendo tratado pela doutrina e pelo Judiciário, funciona menos como um critério de proteção e acaba tendo apenas função declaratória, ou pior, torna-se muitas vezes um critério *restritivo* da concessão desses direitos.

Independentemente de se caracterizar como limite, *limite aos limites*, parâmetro de concessão ou critério de restrição, o mínimo existencial é pensado sob a ótica de nortear a atuação do Poder Judiciário nas demandas relacionadas com os direitos sociais. É por isso que, para contextualizar a discussão, passa-se no próximo capítulo a analisar as balizas desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência nesse protagonismo judicial para, após, adentrar o tema específico deste trabalho, que é o mínimo existencial.

[183]Nessa feliz expressão de Virgílio Afonso da SILVA, o autor afirma a necessidade de coerência nas classificações adotadas: *"Classificações ou são coerentes e metodologicamente sólidas, ou são contraditórias – quando por exemplo, são misturados diversos critérios distintivos – e, por isso, pouco ou nada úteis"* ("Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção". In *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1* (2003): 607-630, disponível em http://xa.yimg.com/kq/groups/19604888/1457260705/name/Virg%C3%ADlio%20Afonso%20da%20Silva%20-%20Princ%C3%ADpios.pdf, acesso em 05/06/2012).

CAPÍTULO III

O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

As hipóteses e os limites à intervenção

III.1. AS HIPÓTESES DE INTERVENÇÃO

Como visto no Capítulo II deste trabalho, a despeito das críticas ao incremento do papel do Judiciário nas questões ligadas às políticas públicas, essa intervenção é uma realidade há algum tempo e decorre dos seguintes fatores: do modelo institucional presidencialista adotado; do extenso rol de direitos sociais previsto na Carta Constitucional de 1988 e dos instrumentos para tutelá-los de maneira coletiva; e, por fim, de boa dose de ativismo dos agentes, notadamente do Judiciário, em contraposição à limitação da margem de discricionariedade do Executivo e do Legislativo.

Daí porque não há, a priori, exclusão de qualquer função do Estado quanto ao compromisso para a promoção e efetivação dessas políticas, uma vez que, como exposto no capítulo anterior, a Constituição Federal dá a direção e regula a atuação do Estado, assim compreendido na totalidade dos Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário[184].

Sem dúvidas, mesmo na concepção atual da harmonização dos poderes há divisão de atribuições distintas dentro do aparato estatal. Na realidade, o que se verifica é que a elaboração dos planos de governo, que encerram políticas públicas em todas as áreas da Administração, costuma ficar a cargo do Executivo e do Legislativo. Não raro, porém, esses

[184]Nesse sentido, v. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO: *"Costuma-se dizer que os atos emanados no exercício da função política não são passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário (…) a vedação persiste, desde que considerem como questões exclusivamente políticas aquelas que, dizendo respeito à polis, não afetam direitos subjetivos. No entanto, se houver lesão a direitos individuais e, atualmente, aos chamados direitos difusos protegidos por ação popular e ação civil pública, o ato de governo será passível de apreciação pelo Poder Judiciário"* (*Direito administrativo.* São Paulo: Atlas, 2007, p. 47). Vale dizer, muito embora a formulação das políticas públicas estivesse sempre na esfera de competência dos poderes Legislativo e Executivo, cabendo a este último sua implementação, é importante destacar que todas as funções do Estado estão comprometidas com a realização das metas do bem-estar social da população, expressas ou não no texto constitucional. Por essa razão, não há, de início, exclusão de qualquer função do Estado quanto ao compromisso de promoção e efetivação de seus objetivos previstos na Constituição Federal, art. 3º e 4º (Cf. CORTEZ, Luis Francisco Aguilar. "Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas", in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (orgs.), *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 286-287).

poderes são comandados pelas mesmas forças políticas que vencem as eleições. As possibilidades de escolha atribuídas ao Executivo neste momento são amplas e pequeno é o número de situações nas quais os investimentos têm finalidade vinculada, como ocorre com a educação e a saúde[185]. Além disso, mesmo nas hipóteses de vinculação de um percentual mínimo dos recursos, não raro verifica-se a desatenção a esse percentual[186]. E é assim que a omissão arbitrária da administração na realização dos direitos sociais é dilema corriqueiro no cenário do país, legitimando a intervenção judicial para coibir o desajuste da escolha de prioridades orçamentárias adotadas pelo governo.

Vê-se, pois, que a exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema. Isso se reflete em dúvidas quanto à vinculatividade dos instrumentos de expressão das políticas – o seu caráter cogente em face dos governos e condições políticas que mudam – e quanto à justiciabilidade dessas mesmas políticas, isto é, a possibilidade de exigir o seu cumprimento em juízo[187].

A questão da justiciabilidade dos direitos fundamentais e, sobretudo, dos direitos sociais, é o grande foco de discussão quando se fala em controle de políticas públicas. Superada a crítica à sua falta de legitimidade com base na ideia (mal interpretada) da separação dos poderes, é necessário delinear as hipóteses de intervenção do Poder Judiciário para realização de determinada política pública quando este é intimado a agir. Em tese, não há decisão, seja proferida pelo Executivo, seja aprovada pelo Legislativo, que não seja passível de apreciação judicial[188]. Mas sabe-se que não é porque o Judiciário é chamado que está autorizado a agir. Aliás, a intervenção judicial não é – ou pelo menos não deveria ser – a regra,

---

[185]DAL BOSCO, Maria Goretti; VALLE, Paulo Roberto Dalla. "Novo conceito da discricionariedade em políticas públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais", disponível na internet, em http://www.compedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_adm_pub_maria_dal_bosco_e_paulo_valle.pdf, acesso em 09 de junho de 2010, pp. 09-10 (artigo integrante da Tese de Doutorado da autoria, intitulado Políticas Públicas e improbidade: uma aproximação garantista).

[186] Conforme destaca Maria Tereza SADEK, com base em dados do Ministério da Justiça, do total de 27 Estados, 13 alocaram menos recursos que o percentual obrigatório de 12% (doze por cento) de investimento na saúde pública. São eles: SC, MT, PB, AL, RJ, ES, MA, PR, CE, GO, PI, MG, RS ("Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política", p. 27).

[187]BUCCI, Maria Paula Dallari. "O conceito de política pública em Direito", in *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006, p. 257.

[188] Por "apreciação judicial" entende-se, aqui, a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário (direito de ação) e não a concessão da tutela jurisdicional, isto é, uma decisão determinando a implementação ou correção de determinada política pública. É fato que existe o acesso amplo e irrestrito ao Poder Judiciário, mas este nem sempre, contudo, estará autorizado a intervir.

e sim a exceção: este poder entrará em ação somente quando houver falha dos poderes Legislativo e Executivo, a quem cumpre prioritariamente elaborar e executar as políticas públicas. Ou seja, a intervenção Judicial não está autorizada sempre, mas apenas e tão somente quando houver ilegítima atuação ou omissão estatal.

Embora a ideia pareça óbvia, é muitas vezes esquecida por parte da doutrina que, ávida por ver concretamente reconhecidos os direitos sociais, resulta em boa dose de exagero, autorizando, *a priori*, a intervenção, quando na verdade deveria ocorrer o contrário. Essa doutrina encontra eco nas decisões judiciais que muitas vezes são desvinculadas de uma real análise da situação fática, principalmente quando se trata do direito à saúde, pleiteado através de liminares, com todo o apelo à vida que essas situações envolvem, deixando o juiz entre a cruz e a espada.

Nessa ordem de considerações, os dois principais vícios do Executivo e do Legislativo no exercício de sua discricionariedade revelam-se (i) na arbitrariedade por ação, situação em que o agente público ultrapassa os limites impostos à competência discricionária, optando por solução sem lastro em regra válida ou desviando-se da finalidade constitucional-legal; e (ii) na arbitrariedade por omissão, hipótese em que o agente deixa de exercer a escolha administrativa ou a exerce de forma insuficiente. Nessa segunda modalidade igualmente patológica, o (não) comportamento do agente estatal traduz-se como descumprimento das diligências impositivas.[189] Tanto numa quanto noutra situação deverá ocorrer o controle pelo Judiciário. Vale dizer, o mérito da escolha legislativa e da decisão administrativa podem até permanecer "incontroláveis", não podendo ser substituídos pelo entendimento judicial, mas o demérito nessas escolhas – seja o excesso arbitrário, seja a omissão antijurídica – será sempre controlável[190].

Na primeira hipótese, a da ação arbitrária, encontram-se as situações mais visíveis – e com as quais o Judiciário, desde a Lei de Ação Popular, já está mais "acostumado" a lidar – são as hipóteses de "discricionariedade excessiva" (arbitrariedades) praticada pela administração pública. Vale dizer, as situações em que o agente da administração comete, sob

[189] FREITAS, Juarez de. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.* 4ª ed, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 372.
[190] FREITAS, Juarez de. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 372.

o manto da "discricionariedade" aparentemente insindicável, comete atos que não se coadunam com a finalidade da lei e com os ditames constitucionais[191]. Nessas hipóteses não há grande dificuldade em reconhecer a possibilidade de intervenção judicial para declarar a inconstitucionalidade do ato e sua nulidade, uma vez que a própria Carta Constitucional prevê mecanismos para a sindicabilidade dessas situações[192].

Isso não significa, repita-se, que não existam limites à intervenção judicial. E o primeiro grande limite que se coloca à atuação judicial é lembrar que lhe cabe a função de *controle*, e não de substituição do processo de decisão política. Significa dizer que o controle deve, sim, ser subsidiário, nas hipóteses em que o legislador ou o administrador falharem na consecução das tarefas do Estado. Mais uma vez, o controle não é de mérito, mas de *demérito*[193].

Mas é importante destacar que *demérito* inclui não só a ação ou omissão estatal, como a própria atividade procedimental realizada para a implementação da política: as decisões fundamentais à luz das possibilidades orçamentárias. Quer-se dizer que poderá ser objeto de controle, por exemplo, a adequação da política às diretrizes orçamentárias e aos princípios magnos; a destinação das verbas vinculadas à saúde e à educação; o exame das prioridades[194]. Isso porque, muito embora não se discuta que é o administrador quem melhor

---

[191]Como já se expôs anteriormente neste trabalho, a discricionariedade é uma opção legislativa, ante a impossibilidade de regular *a priori* todas as possíveis situações e formas de atuação da administração pública. Todavia, a discricionariedade do administrador não lhe garante um salvo-conduto. Exatamente porque seu propósito não é outro senão permitir o alcance da finalidade legal, não se pode tomar a discricionariedade como um pretexto para decisões ineficientes, sejam as que não atendam o interesse público explícito na finalidade legal, sejam as que o atendam de maneira deficiente. Ademais, a atuação da administração pública encontra limites hoje não só na finalidade legal, mas na Constituição e no primado harmônico dos direitos fundamentais, buscando sempre a efetividade do direito à boa administração pública. Assim, se o agente estatal, no momento de sua decisão diante de uma dada situação concreta, realizar uma escolha que não se coadune com os princípios estabelecidos na Constituição, sua conduta não estará pautada pela discricionariedade, e sim pela arbitrariedade – o que não pode ser tolerado.

[192]Assim, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade por ação ou a ação por descumprimento de preceito fundamental, esta última de caráter subsidiário àquela. Reconhecida a inconstitucionalidade da atuação estatal, o ato será declarado nulo. Tradicionalmente, tais ações visam tutelar as chamadas liberdades públicas (ou direitos de defesa) que são os direitos fundamentais de primeira geração, que têm como objetivo garantir uma esfera de autonomia ao indivíduo.

[193]FREITAS, Juarez de. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 373.

[194]Maria Paula Dallari Bucci, contudo, discorda desse entendimento. Para essa autora, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal faz referência a "lesão ou ameaça a direito". Por essa razão, o Judiciário tutelaria as políticas públicas na medida em que elas expressem direitos. Excluem-se, portanto, os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo (BUCCI, Maria Paula Dallari, "O conceito de política pública em Direito", p. 31). Embora não se esteja a defender a judicialização de toda e

conhece a realidade administrativa e financeira do ente público, é necessário evitar que, na prática, a discricionariedade se torne um "cheque em branco" ao agente estatal para desenvolver as políticas públicas.

O problema reside na segunda hipótese de controle, a das situações de omissão arbitrária, sobretudo quando cometida pela Administração Pública[195] que deixa de cumprir sua tarefa constitucional, geralmente fixada por normas programáticas (com toda a abertura semântica e consequente dificuldade de implementação que essas normas implicam). E não é difícil prever que a maior ocorrência de omissões arbitrárias dá-se exatamente no campo das políticas públicas de caráter social, cuja efetivação exige um dever prestacional por parte do Estado-Administração e, como tal, impacta nos cofres públicos[196].

Diante dessa realidade, torna-se necessária atuação mais presente do Poder Judiciário para garantir aos cidadãos o direito social reconhecido na Constituição, muitas vezes até regulamentado por lei, isto é, atribuindo-lhe uma política pública, mas que não é

---

qualquer política, não nos parece razoável excluir, a priori, a sindicabilidade do *modus operandi* da administração na implementação da política pública. Afinal, se estiver sendo realizada em discordância com os ditames legais e constitucionais, nada impede que o Judiciário intervenha para realizar o controle. Por outro lado, quanto mais *crítica* for a situação (uma vez que não se pretende transformar o Judiciário em um superpoder, que se sobrepõe aos demais), maior será a exigência de fundamentação que dê legitimidade à intervenção realizada no caso concreto.

[195]Nas hipóteses de omissão arbitrária do Poder Legislativo em regular determinada situação segundo os ditames constitucionais, o remédio previsto pelo ordenamento jurídico é o mandado de injunção que, após longo período de inocuidade, passou a ter o caráter efetivo para possibilitar que o juiz determine ao legislador a correção da omissão apontada.

[196] Convém destacar novamente – embora o assunto será melhor desenvolvido nos capítulos seguintes – que a diferenciação entre liberdades públicas e direitos sociais a partir da ideia de que os primeiros exigem meramente uma abstenção do Estado para sua realização, enquanto os segundos exigem uma atuação Estatal (*praestare, facere*), não é adequada. A realização e a proteção de direitos sempre custam dinheiro, seja no caso dos direitos sociais, seja no caso dos direitos civis e políticos. Nesse sentido, os recursos públicos são indispensáveis também para a proteção da liberdade de imprensa, do direito de propriedade, do direito de associação, etc., uma vez que a realização desses direitos depende da criação e manutenção de instituições públicas, judiciárias e de segurança, que necessariamente implicam gastos para o Estado (ABRAMOVICH, Vitor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles.* Madrid: Trotta, 2002, p. 23). Todavia, como bem lembra Virgílio Afonso da Silva, os direitos sociais e econômicos distinguem-se sim dos direitos civis e políticos pelos gastos que sua realização pressupõe. Muito embora a realização e garantia de qualquer direito implique gasto estatal, não se pode negar que a realização dos direitos sociais e econômicos custem *mais dinheiro* (SILVA, Virgilio Afonso da. "O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais", in *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 591-592).

efetivada na prática. Nessas situações, a margem de discricionariedade do administrador é mínima, e sua omissão é passível de responsabilização[197].

Aqui, portanto, não se discute mais a possibilidade do controle pelo Poder Judiciário, mas sua "extensão": na medida em que os direitos sociais custam mais (e muito mais) dinheiro, até onde o Estado estaria obrigado a garanti-los? Partindo do fato de que os direitos sociais estão encartados na Constituição, seria possível concluir que são imediatamente exigíveis do Estado, e na máxima extensão possível? Como fica a efetivação desses direitos diante do orçamento restrito, do "cobertor curto" de que fala o Professor Kazuo Watanabe[198]? Se por um lado são direitos indispensáveis para a consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º), por outro não há milagre da multiplicação orçamentária: aquilo que é destinado a um setor, não o será em outro. E a definição dessas prioridades cabe, por Excelência, aos poderes Legislativo e Executivo. Até que ponto, portanto, estaria o Judiciário autorizado a intervir para determinar a realocação de recursos, a implementação de determinada política, ou até mesmo conceder tratamentos àqueles que o pleiteiam?

Essas questões revelam que toda e qualquer discussão de omissão administrativa na efetivação de políticas públicas recai sempre sobre o orçamento. De um modo geral, a polarização dá-se entre a necessidade de se efetivar determinado direito e a "reserva do possível", limite tão invocado pela administração para afastar o controle judicial de sua conduta omissiva. Mas se por um lado não se pode negar a vinculação do administrador ao dever de realizar os direitos sociais, por outro é notório que a Administração não tem condições de acabar com a totalidade das mazelas sociais, garantindo um serviço público eficiente em saúde, educação, moradia, previdência etc. Sabe-se que se devem coibir as atitudes irresponsáveis, as omissões arbitrárias que coloquem em xeque a própria efetividade do sistema. Mas saber quais exatamente seriam as omissões arbitrárias praticadas pelo agente estatal em matéria de políticas públicas, autorizando, portanto, o ingresso do indivíduo ou de

---

[197] Nesse sentido, v. FRISCHEISEN, Luisa Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público.* Max Limonad, 2000, p. 95.

[198] A expressão é usualmente utilizada pelo professor nas aulas da disciplina da pós-graduação "Tutela Jurisdicional de Políticas Públicas", ministrada em conjunto com a Professora Ada Pellegrini Grinover.

determinada coletividade ao Poder Judiciário para obrigar a administração à implementá-la, é questão de difícil resposta.

Difícil, mas não impossível. E nessa busca por uma resposta, as soluções propostas foram as mais variadas: dentre os extremos, há quem diga que, uma vez previstos na Constituição, esses direitos devem ser garantidos, sendo irrelevante qualquer alegação sobre a ausência de recursos; da mesma forma, há quem sustente que o Judiciário não poderia jamais conceder esses direitos, de sorte que a escolha das prioridades só poderia ficar a cargo do Executivo, e só ele sabe fazê-lo. Mas, aqui, interessa-nos as soluções mais equilibradas, desenvolvidas a partir da imposição de limites, tanto para evitar a intervenção excessiva do Poder Judiciário (que pode ser tão ou mais maléfica que a omissão dos outros poderes), quanto para impedir que os cidadãos fiquem à mercê da disposição de recursos do Município, perpetuando-se as mazelas sociais.

Nem tanto ao céu, nem tanto ao mar, portanto. Embora a imposição de limites seja indispensável[199], é importante saber, também, *de que forma* e *em que momento* esses limites devem ser impostos. Vale dizer, seria razoável afirmar que a realização de determinados direitos – principalmente direitos sociais – encontram limites *a priori*, que, apesar de serem previstos pela Constituição não seriam judicializáveis em face do Estado?

III.2. OS LIMITES AO CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO:

Quando se fala na imposição de *limites* ao controle jurisdicional de políticas públicas, a doutrina[200] e a jurisprudência enumeram, basicamente, os limites (i) da reserva do

[199]Segundo Luis Francisco de Aguilar CORTEZ, *"a necessidade de regulação e contenção do exercício do poder pelo Estado e pelos demais polos de poder dominantes na sociedade demonstra que a função jurisdicional igualmente deve ter seus limites fixados. Historicamente, tais limites pareciam bem estabelecidos, tendo em vista a natureza 'passiva' da atuação do Judiciário, agindo apenas quando provocado, pela natureza 'garantista' de sua intervenção em prol das liberdades civis e políticas ou mesmo pelas técnicas processuais exigidas para sua atuação em casos individuais. Todavia, se aqueles limites atendiam à configuração da sociedade, do Direito e da democracia já não mais presentes em sua integralidade, novos parâmetros devem ser reconhecidos, a fim de promover aqueles valores e princípios em cujo nome o Judiciário é autorizado a atuar"* ("Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas", p. 289).

[200]Nesse sentido, veja-se: GRINOVER, Ada Pellegrini. "O controle jurisdicional de políticas públicas", pp. 125-150. Para outros limites, v. CORTEZ, Luis Francisco de Aguilar, "Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas", pp. 285-307. Esse autor enumera a existência de limites fáticos, isto é, aqueles relacionados à

possível, normalmente utilizado como argumento pela Administração Pública para impossibilitar a intervenção judicial em toda e qualquer situação, notadamente naquelas em que não há dotação orçamentária para fazê-lo; (ii) do mínimo existencial, que seria um *direito às condições mínimas de existência humana digna*[201] que autorizariam a imediata sindicabilidade dos direitos, independentemente da existência de lei ou atuação administrativa; e, finalmente, (iii) a razoabilidade, que equilibraria a tensão entre os limites acima, ponderando-os diante de uma determinada situação concreta[202]. Nessa ordem de considerações, a reserva do possível seria inoponível ao mínimo existencial, isto é, o *direito mínimo* deveria ser garantido em qualquer hipótese, independentemente da existência ou não de dinheiro em caixa. Funcionaria, assim, como um "limite aos limites" - ou *pressuposto*, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover[203].

Por tudo o que já se disse, a ideia de impor "limites" ao controle jurisdicional relaciona-se com a "demarcação" da competência do Poder Judiciário e sua extensão, e não como um impedimento ao controle. Os limites acima descritos seriam, assim, balizadores da intervenção judicial, buscando efetivar as políticas sociais sem que isso signifique a sobreposição do Poder Judiciário de forma ilimitada sobre os demais poderes, desorganizando o orçamento público e substituindo o processo de decisão política.

Nesse contexto, é importante delinear, ainda que superficialmente, a análise dos principais "limites" à intervenção judicial, definidos pela doutrina e pela jurisprudência. Por razões de estrutura do presente trabalho, o mínimo existencial será apenas mencionado neste capítulo, e voltaremos à sua análise mais aprofundada na Parte II do presente trabalho.

---

disponibilidade de recursos, critérios e fases de alocação, além de questões relacionadas ao planejamento administrativo; limites políticos, fundados na atuação do Judiciário com respeito às atribuições políticas das funções estatais; e, finalmente, limites jurídicos. Realmente, há outros limites além da tríade comumente enunciada pela doutrina. Nesse sentido, destaca-se a exigência de motivação qualificada, além da própria separação de funções entre os poderes, que devem ser exercidos de forma harmônica, não sendo possível a intervenção do Poder Judiciário no âmbito de toda e qualquer escolha política realizada pelo Executivo e pelo Legislativo.

[201]GRINOVER, Ada Pellegrini, "O controle jurisdicional de políticas públicas", p. 132.

[202]Vale dizer, para Ada Pellegrini Grinover, o mínimo existencial não é inoponível à reserva do possível. Ao contrário, ele é ponderável a partir da razoabilidade em uma determinada situação concreta. Como se verá, a autora discorda da existência de um conceito apriorístico e rígido de mínimo existencial, assim entendido como um núcleo duro de direitos fundamentais que devem ser necessariamente garantidos, em toda e qualquer hipótese. No que diz respeito ao presente trabalho, já ficou claro que se compartilha da ideia da autora, muito embora com algumas especificidades.

[203]GRINOVER, Ada Pellegrini. "O controle jurisdicional de políticas públicas", p. 133.

III.3. A RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) surge como a grande defensora do cumprimento das determinações orçamentárias, argumento principal utilizado pela Administração Pública para afastar a intervenção judicial. Trata-se de conceito desenvolvido originalmente pela doutrina constitucional alemã a partir do julgamento de dois casos levados à Corte Constitucional daquele país em meados da década de 70, apresentados respectivamente pelos Tribunais Administrativos de Hamburg e da Baviera[204], relacionados à regulamentação das admissões de estudantes no curso de medicina. A questão teve origem na pretensão de estudantes que exigiam o acesso ao ensino superior, em um momento em que a Alemanha contava apenas com universidades públicas, e que estipulavam um limite máximo de alunos por classe visando a garantir a qualidade do ensino ministrado (*numerus clausus* absoluto). Os estudantes, então excluídos do ensino superior, recorreram ao Poder Judiciário pleiteando seu acesso. O Tribunal Constitucional alemão concluiu que eventuais restrições ao acesso só seriam aceitáveis se observadas certas condicionantes: (i) a existência de regulamentação local prévia; (ii) a comprovação da insuficiência material do Estado para atender a toda a demanda; e (iii) a comprovação de que teriam sido envidados esforços legislativos e governamentais visando ao incremento das vagas mediante planos de governo e ações administrativas[205]. Com isso, o Tribunal Federal Constitucional Alemão concluiu que a prestação exigida do Estado deve corresponder àquilo que o indivíduo pode *razoavelmente* exigir da sociedade. Em outras palavras, a origem do conceito está mais ligada à razoabilidade das prestações dirigidas ao Estado que à limitação de recursos propriamente dita[206]. Esse entendimento fica claro em trecho do julgamento[207]:

---

[204] BVerfGE 33, 303 (*Numerus clausus*).

[205] Conforme JACOB, Cesar Augusto Alckmin. "A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação de verba", in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (orgs.), *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 250.

[206] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível.* Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 211. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3084/Dissertação%20-%20Ana%20Carolina%20Lopes%20Olsen.pdf;jsessionid=77EB2F6144D3D23B4F8891B5F0199D6E?sequence=1, acesso em 05/11/2012.

[207] MARTINS, Leonardo (org). Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (coletânea original de Jürgen Schwabe). Montevideo, Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, pp. 663-664.

> "*Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. A ele compete também a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior, devendo se atentar para o fato de que ampliação e novas construções de instituições de ensino superior fazem parte, consoante o Art. 91ª GG, das tarefas em prol da coletividade a serem cumpridas em atuação conjunta da União e dos Estados-membros. Junto a tais decisões, os órgãos estatais competentes deverão se orientar, de um lado, pelas reconhecíveis tendências de demanda por vagas no ensino superior, pois uma orientação exclusiva por investigações de necessidade, de qualquer forma difíceis de serem realizadas, poderia provocar direcionamento profissional e exame de necessidade não permitidos, e na qual restaria reduzido o significado da livre auto-determinação enquanto elemento constitutivo de um ordenamento de liberdade. Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia do Estado social. Como o Tribunal Constitucional Federal repetidas vezes enfatizou em relação ao direito fundamental da liberdade geral de ação (cf. BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 344 [351]), a* Grundgesetz *decidiu a tensão indivíduo-coletividade na acepção de dependência e vinculação com a coletividade da pessoa (*Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit); *o indivíduo deve, por isso, tolerar aqueles limites à sua liberdade de ação que o legislador prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível, contanto que permaneça protegida a individualidade da pessoa*".

Do trecho acima se verifica que a discussão envolve o direito à livre escolha profissional e dos locais de ensino, bem como o princípio geral da igualdade e o princípio do Estado social, de onde decorre o direito à admissão ao curso universitário. Entendeu o Tribunal Constitucional Federal Alemão que esse direito, contudo, pode ser limitado, independentemente da existência ou não de recursos. A aplicação do instituto da reserva do

possível, na origem, nada mais foi que a ponderação dos elementos constantes daquelas determinadas situações concretas.

No Brasil, contudo, a adoção da "reserva do possível" pela doutrina atribuiu-lhe outra compreensão, assumindo as mais variadas facetas [208]: há quem defenda que se trata de um limite intransponível, seja qual for o direito discutido, zelando pelo cumprimento rigoroso dos orçamentos; por outro lado, existem aqueles que afastam integralmente a aplicação da reserva do possível, por entenderem que o orçamento é uma questão de menor importância em face da necessidade de efetivação dos direitos sociais; e, finalmente, existem aqueles que defendem o argumento com reservas, sujeito a um exercício de ponderação dos valores, para aplicá-lo somente nas hipóteses em que o direito pleiteado não deva se sobrepor à necessidade de previsão orçamentária da despesa decorrente de sua concessão[209]. Em qualquer dessas facetas, contudo, a "reserva do possível" tratou sempre de um limite utilizado em defesa do Estado para negar a implementação de determinado direito, com fundamento na falta de recursos financeiros para fazê-lo.

Há muita discussão quanto à natureza jurídica da reserva do possível, sendo que a maioria a qualifica como um *princípio*[210]. Essa classificação, contudo, depende da ideia

---

[208]JACOB, Cesar Augusto Alckmin. "A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação de verba", p. 250.

[209]Com relação a essa última corrente, cite-se Ada Pellegrini GRINOVER, para quem os limites da reserva do possível e do mínimo existencial seriam aferíveis no caso concreto, a partir da aplicação do limite da razoabilidade ("O controle jurisdicional de políticas públicas", pp. 125-150). No mesmo sentido, v. Gustavo AMARAL, que descarta a teoria da "máxima eficácia" dos direitos sociais, por não levar em consideração os dados da realidade, tais quais a escassez dos recursos financeiros ("Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes", in TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais.* 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 99-120).

[210] Para Ana Carolina OLSEN, a possibilidade de ponderação da reserva do possível não seria suficiente para legitimá-la como um princípio (*A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível.* Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 211. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3084/Dissertação%20-%20Ana%20Carolina%20Lopes%20Olsen.pdf;jsessionid=77EB2F6144D3D23B4F8891B5F0199D6E?sequence=1, acesso em 05/11/2012). Para Walber Araújo CARNEIRO, a reserva do possível seria uma causa excludente da ilicitude do Estado que deixa de conferir eficácia a um direito fundamental social. Segundo o autor, *"a escassez de recurso, como um fato inexorável, servirá, desde que esteja caracterizado, como uma excludente para a efetivação da medida, o que não desnatura a existência de um direito subjetivo e correlato dever do Estado"* ("Escassez, Eficácia e Direitos Sociais"., in *Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFBA.* Salvador: EDUFBA, jan-dez 2004, p. 383). Finalmente, para Marcelo Rebello PINHEIRO, a reserva do possível seria um "elemento de realidade" que traria limitações à efetividade dos direitos fundamentais (*A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional: em busca da superação dos obstáculos.* Dissertação de Mestrado. Brasília: UNB, 2008, p. 118. Disponível em http://repositorio.bce.unb.br/handle/10482/5143, acesso em 05.11.2012).

prévia embutida no conceito de princípio, que também pode variar a depender da classificação das normas sob a ótica de sua *estrutura* (conforme Alexy) ou *qualitativa* (no sentido de que os princípios teriam maior carga semântica e seriam, portanto, hierarquicamente superiores às demais normas). Apesar da relevância do tema, não cabe a este trabalho trazer a discussão sobre a natureza jurídica da reserva do possível, razão pela qual se adota – por ora sem maiores explicações – a ideia de que a reserva do possível constitui uma *restrição à efetivação de um direito fundamental*, limitando, portanto, a intervenção judicial em determinada situações.

A análise da reserva do possível dá-se geralmente sob dois aspectos, quais sejam, a reserva do possível *fática* e a reserva do possível *jurídica*. Do ponto de vista fático, não seria possível exigir uma prestação positiva do Estado se não há, de fato, materialmente, dinheiro em caixa. Nestes casos – que são extremos – não há direito que se faça valer, uma vez que qualquer determinação judicial no sentido de implementar determinada política pública restaria inócua[211]. Já sob o ponto de vista jurídico, haveria impossibilidade de implementação de determinada política em razão da ausência de previsão orçamentária para fazê-lo dentro do sistema vigente.

Vale dizer, nesse caso o administrador teria optado direcionar os recursos do Estado para outro direito, que não o direito pleiteado. Nessa última situação, caberia ao julgador analisar, diante das condições fáticas da situação concreta[212], se a escolha do administrador é constitucionalmente legítima: se o é, não está autorizada a intervenção judicial; caso contrário, pode o julgador estabelecer a correção da política ou mesmo a realocação de recursos prioritariamente destinados para outra política, bem como a inclusão da

[211] Para Daniel SARMENTO, a reserva do possível fática não se resume à "*absoluta exaustão dos recursos públicos*", mas deve ser interpretada como "*uma avaliação focada na tolerabilidade do impacto econômico da pretensão individual do titular do direito fundamental sobre o universo de recursos públicos existentes*" ("A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", p. 571).

[212] Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. "Em torno da reserva do possível", in SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 192: "*o Tribunal não está posto para proclamar 'principiologicamente' que o Poder Público deve 'pagar o devido', mas para discernir e realizar um juízo concreto (ou seja, deve levar em conta de forma concreta as defesas apresentadas) a respeito do 'caso' que lhe está posto à frente*".

política na peça orçamentária para executá-la no exercício seguinte. Afinal, não raro a escassez de recurso decorre de escolhas equivocadas da Administração Pública[213].

De qualquer forma, independentemente de se tratar de impossibilidade fática ou jurídica, a comprovação de ausência de recursos ou de previsão orçamentária caberá sempre ao administrador[214], a quem compete demonstrar também que os recursos são aplicados eficientemente, sem desperdício.

A necessidade de efetiva comprovação da falta de recursos é uma preocupação diversas vezes expressada na jurisprudência. Com efeito, há o entendimento reiterado do STF, acompanhado pelos demais Tribunais, de que não basta a mera alegação da ausência de recursos financeiros para afastar a intervenção judicial, devendo a Administração comprovar efetivamente essa alegação. É o que se verifica no voto do Min. Celso de Mello no agravo regimental de suspensão de liminar nº 47/PE[215]:

> *"Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.*

---

[213]Nesse sentido, v. LOPES, José Reinaldo de Lima. "Em torno da reserva do possível", p. 182.

[214]Ada Pellegrini GRINOVER defende que a falta de recursos deverá ser provada pela própria administração, aplicando-se, ainda, por analogia, a regra da inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor ("O controle jurisdicional de políticas públicas", p. 138). Contra esse posicionamento, v. JACOB, Cesar Augusto Alckmin, "A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba", p. 253. Para esse autor, as normas do microssistema do CDC seriam excepcionais e, portanto, não seriam aplicáveis às relações entre Estado e particular por se supor que esteja em condição de hipossuficiência. Mas nada impediria a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus a prova, já que a reserva do possível pode ser enquadrada na categoria de "fato impeditivo do direito do autor". Neste trabalho, compartilha-se com a ideia de C. A. Jacob, sem embargo da existência de proposta pela inversão do ônus da prova no Anteprojeto de Lei de Políticas Públicas.

[215] STF, Tribunal Pleno, SL 47-AgR/PE, j. em 17.03.2010. Convém desde logo chamar a atenção para o fato de que o Min. Celso de Mello, em suas decisões, recorrentemente lança mão da "fundamentalidade" e "essencialidade" do direito para justificar sua implementação, mais do que à análise da situação concreta. Tal entendimento é um exemplo de que muitas vezes falta coerência metodológica nas decisões dos Tribunais, dificultando o devido tratamento da questão. Isso ficará mais claro na Parte II da presente dissertação, em que se verá que esses parâmetros, critérios ou "limites" são utilizados como mera retórica e pouco ajudam na decisão de necessidade ou não de intervenção judicial para criar, implementar ou corrigir determinada política pública.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF nº 345/2004).

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar em nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade".

Se por um lado a alegação da escassez de recursos deve ser objetivamente comprovada, por outro não pode o juiz presumir a existência de recursos, como ocorre em diversas decisões. De fato, a análise do orçamento é um assunto árido e desconhecido dos magistrados, que costumam se esquivar da efetiva verificação da escassez e eficiência no emprego dos recursos financeiros pelo Poder Público[216].

Apesar da utilidade do conceito na tentativa de impor limites ao controle judicial, é necessário empregar muita cautela na transposição de ideias estrangeiras no ordenamento nacional, principalmente se consideradas as diferenças socioeconômicas entre o Brasil e a Alemanha. A discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações não pode ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi efetivamente implantado[217].

O que ocorre é que muitas vezes essas peculiaridades são desconsideradas no emprego da "reserva do possível", principalmente pela jurisprudência pátria, que não raro limita-se a acatar o argumento e afastar a intervenção judicial sem, contudo, verificar a situação concreta. Isto é, o argumento serve apenas como retórica. Nesse sentido, convém trazer alguns acórdãos analisados sobre o tema.

---

[216] AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 173.

[217] KRELL, Andreas. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, pp. 108-109.

Em breve pesquisa[218] realizada no *website* do Supremo Tribunal Federal[219], foram identificados dez acórdãos[220] utilizando-se como filtro "reserva do possível" no campo "Pesquisa Livre". Destes, dois acórdãos proferidos pelo Plenário do STF julgados no mesmo dia (17.03.2011) [221], são bastante emblemáticos, por demonstrar a existência de inúmeras divergências dentro do próprio Supremo no tratamento do assunto.

O primeiro (SL 47-AgR/PE) refere-se a um agravo regimental manejado pelo Estado de Pernambuco contra a decisão que negou a suspensão da liminar obrigando o Município de Petrolina (PE) a adotar medidas administrativas para melhorar a operacionalidade do Hospital Municipal Don Malan. O agravante alegou que o cumprimento da liminar resultaria em grave lesão ao erário sob a roupagem da "reserva do possível", argumento que foi afastado pelo Ministro Nelson Jobim ao indeferir a suspensão de liminar, entendendo que essa "grave lesão" não teria sido comprovada pelo ente da Administração Pública. No mais, o Ministro lembrou que *"a orientação do SUPREMO é de que sejam*

---

[218] Destaque-se que a pesquisa realizada tem caráter mais ilustrativo, seja porque o presente trabalho não se destina a uma extensa análise da jurisprudência constitucional brasileira, seja pelas inúmeras dificuldades que envolvem a realização de pesquisas nesta seara. Conforme apontou Jean Paul Cabral Veiga da Rocha em Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, é possível apontar ao menos quatro elementos que demonstram a dificuldade na realização de pesquisas de jurisprudência constitucional no caso brasileiro: (i) a imensa quantidade de ações julgadas e em trâmite nos Tribunais Superiores, decorrente do próprio sistema de controle de constitucionalidade adotado; (ii) a dificuldade em se falar em uniformização da jurisprudência; (iii) as estratégias informais de decisão do STF que, diante de situações de grande impacto político e/ou econômico, utiliza-se de outros meios que não a deliberação de mérito; (iv) a instabilidade verificada na história constitucional brasileira (7 constituições alternadas entre períodos de autoritarismo e democracia), que inviabiliza a percepção de um coerente *iter* argumentativo e suas mudanças (ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. *A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira.* Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2004). Felipe de Paula acrescenta ainda outro elemento que dificulta a realização de pesquisas de jurisprudência constitucional no Brasil: a dificuldade na escolha dos critérios para indexação dos julgados nos repertórios de jurisprudência, com relativa confusão entre *ratio descindendi* e *obter dictum* (DE PAULA, Felipe. *A (de)limitação dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 150).

[219] www.stf.jus.br.

[220] RE 368.564/DF, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 13.04.2011; Intervenção Federal 470-5/SP, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 26.02.2003; Intervenção Federal 1.262-7/SP, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 26.02.2003; AgReg no RE com Agravo 639.337/SP, Relator Min. Celso de Melo, julgado em 23.08.2011; AgRg no RE 410.715-5/SP, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 22/11/2005; AgReg na Suspensão de Liminar 47/PE, Relator Min. Gilmar Mendes, j. em 17.03.2010; ADIn 3.768-4/DF, Rel. Ministra Carmen Lúcia, j. em 19.09.2007; ADIN 4,167/DF, Relator Min. Joaquim Barbosa, j. em 27/04/2011; AgReg na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE, Relator Min. Gilmar Mendes, j. em 17.03.2010.

[221] Embora o critério tenha se mostrado razoavelmente falho, por acusar acórdãos que não tratavam exatamente da questão, além de não apontar outros que analisam a polarização da reserva do possível com o mínimo existencial, esses dois acórdãos analisados servem como uma boa amostragem da análise da questão pelo STF, seja para demonstrar ausência de um entendimento pacificado sobre o tema, seja para demonstrar que já se reconhece a necessidade de comprovação inequívoca da falta de recursos pela Administração Pública.

inequivocamente demonstradas as graves lesões decorrentes do ato decisório que se pretende suspender".

O segundo (STA 175/CE) consiste em um agravo regimental interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF que indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada, mantendo a decisão de fornecer o medicamento Zavesca (miglustat) de alto custo à paciente. Assim como o Estado de Pernambuco na SL 47-AgR, a União alegou que o cumprimento da tutela antecipada concedida resultaria em "grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas", o que foi afastado pelo STF por ausência de comprovação da alegada lesão.

Os votos de cada um dos Ministros nesses acórdãos são muito semelhantes, razão pela qual se toma por modelo exemplificativo o acórdão proferido no julgamento do agravo regimental na suspensão de liminar (SL 47-AgR/PE). Muito embora a conclusão dos Ministros tenha sido idêntica – manter a decisão liminar de obrigar o Município de Petrolina a melhorar as condições do hospital – a fundamentação dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello é totalmente diferente, revelando que a matéria é controversa mesmo dentro do STF. De um lado, o Ministro Gilmar Mendes constrói uma argumentação que (i) considera a escassez dos recursos; (ii) remete a um juízo de ponderação; (iii) traz diversos parâmetros para a intervenção judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde, calcados tanto na interpretação do art. 196 da Constituição Federal quanto nos elementos trazidos em Audiência Pública para, ao final, concluir que *naquela determinada situação concreta*, já havia uma política pública definida constitucionalmente cujo cumprimento o Poder Público não poderia se esquivar. De outro, o Ministro Celso de Mello profere um voto "apaixonado", invocando a *fundamentalidade*[222] e a *essencialidade* do direito à saúde e direito à vida para, ao final, concluir que sempre haverá uma escolha trágica e que esses direitos *devem sempre prevalecer*,

[222] Essa mesma ideia é exposta em voto anterior do Ministro Celso de Mello, referente ao direito à educação (atendimento em creche e pré-escola), no julgamento do AgRg no RE 410.715-5/SP: *"Esse caráter de fundamentalidade, de que se acha impregnado o direito à educação, autoriza a adoção, pelo Judiciário, de provimentos jurisdicionais que viabilizem a concreção dessa prerrogativa constitucional, mediante utilização, até mesmo, quando for o caso, de medidas extraordinárias que se destinem (...) a tornar efetivo '(...) o atendimento dos direitos prestacionais que congregam os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, como é o caso do direito à educação fundamental'"* (STF, RE 410.475-AgR/SP, Segunda Turma, j. em 22.11.2005).

sob pena de negar efetividade aos comandos constitucionais. Os trechos abaixo transcritos evidenciam a polarização:

Ministro Gilmar Mendes

"Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender) configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem "escolhas trágicas" pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados, etc."

Ministro Celso de Mello

"Salientei, então, que, entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, 'caput', e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, impõe-se, ao julgador, uma vez configurado esse dilema, uma só e possível opção: precisamente aquela que privilegia, por razões de natureza ético-jurídica, o respeito indeclinável à vida e à saúde humana".

A análise dos trechos dos votos acima mencionados demonstra que há uma preocupação contínua com o estabelecimento de parâmetros que facilitem o tratamento da matéria e garantam relativa uniformização dos julgamentos. Apesar desses esforços, verifica-se que a matéria está longe de ser pacificada. Daí porque se recorre à adoção de outros parâmetros.

É nesse contexto que se insere o mínimo existencial que, de acordo com a doutrina nacional, funcionaria como uma forma de restringir a omissão administrativa pela falta de recursos financeiros. Originalmente, o mínimo existencial é uma criação doutrinária igualmente de origem alemã que, segundo se afirma, corresponderia ao núcleo central de direitos fundamentais indispensáveis para uma *vida humana digna.* Vale dizer, cada direito fundamental teria um *núcleo central, duro,* e o mínimo existencial seria a "reunião desses núcleos" que, uma vez descumpridos, justificaria a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implementá-las, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa[223]. Tradicionalmente, a doutrina costuma relacionar o mínimo existencial ao *princípio da dignidade da pessoa humana*, no sentido de que a desatenção desse núcleo mínimo de direitos significaria a violação da própria dignidade. Nesse sentido, o princípio erige-se à categoria de "princípio absoluto", acima de todo e qualquer outro valor constitucional e impassível, portanto, de ponderação.

E é assim que a discussão entre a possibilidade ou não de controle jurisdicional de política pública na maior parte das vezes restringe-se a uma polarização entre a reserva do possível e o mínimo existencial: de um lado, o orçamento e as escolhas políticas que devem ser preservados; de outro, o direito fundamental que não pode ser esquecido, sob pena de tornar-se "promessa constitucional inconsequente" [224].

III.4. "OUTROS LIMITES"

Embora a polarização acima descrita seja o cerne das discussões na doutrina e jurisprudência, há quem ainda identifique a existência de *outros limites* à intervenção judicial no campo das políticas públicas. Segundo Luís Francisco Aguilar Cortez[225], os critérios do mínimo existencial e da reserva do possível não solucionariam por completo o problema, uma vez que também se caracterizam pela abertura semântica. Desse modo, a existência de outros

[223]GRINOVER, Ada Pellegrini. "O controle jurisdicional de políticas públicas", pp. 132-133.
[224] Expressão utilizada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello em decisão proferida no RE 271.286/RS, publicada no DJU em 24.11.2000.
[225] CORTEZ, Luis Francisco Aguilar. "Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas", pp. 285-307.

parâmetros teria a função de suprir (ou ao menos reduzir) a indeterminação desses conceitos. O autor sugere, então, outros parâmetros que poderiam ser classificados entre *fáticos, políticos* e *jurídicos.*

Os limites fáticos estariam relacionados à disponibilidade de recursos, critérios, fases de alocação e questões relacionadas ao planejamento administrativo. É aqui que se inseriria, por exemplo, a análise da existência ou não de recursos disponíveis, mas sem deixar de considerar o princípio da eficiência da Administração Pública. Outro limite fático corresponderia à verificação do cumprimento do planejamento econômico, nos termos determinados pelo art. 174 da Constituição Federal, isto é, verificar o real compromisso dos entes da Administração Pública às peças orçamentárias para decidir sobre a possibilidade ou não de intervenção.

Já os limites políticos diriam respeito à separação de poderes e governabilidade, no sentido de que o controle judicial deve, sempre que possível, preservar a competência original de formulação das políticas públicas pelo Legislativo e Executivo. E, em caso de intervenção, caberia considerar a responsabilidade social e política dos magistrados, no sentido de garantir que estes não se omitam em virtude das deficiências nos quadros burocráticos estatais do Brasil, mas, ao mesmo tempo, que essa intervenção seja efetivamente fundamentada, permitindo seu controle.

Finalmente, com relação aos limites jurídicos, Cortez os relaciona à análise das condicionantes impostas pelo ordenamento jurídico que resultam na maior ou menor efetividade da prestação jurisdicional. Aqui, funcionariam como critério para possibilidade ou não da intervenção (i) o princípio da impessoalidade e isonomia, isto é, um direito social individualmente pleiteado deve sempre ser visto com cautela, para que não haja violação da isonomia nem implique a negativa pura e simples de toda pretensão individual; (ii) a omissão legislativa e as leis regulamentadoras, garantindo-se, de um lado, a efetividade a um mínimo do direito ao qual a Administração Pública se omitiu; e, de outro, evitando limitações/restrições excessivas pela legislação infraconstitucional; (iii) os critérios de legitimação, motivação e coerência da decisão judicial; (iv) por fim, as questões processuais também podem consistir limites à intervenção, sendo indispensável que os juízes visualizem

os efeitos coletivos de suas decisões, bem como a fixação de critérios gerais pelos Tribunais para tratar as questões coletivamente (e.g. o instituto dos recursos repetitivos e o critério da repercussão geral).

Como se vê, o autor traça uma série de parâmetros para tentar auxiliar a difícil decisão – que envolve questões de justiça distributiva – de conceder ou negar a tutela jurisdicional no campo das políticas públicas. Como bem lembra o autor, nenhum desses "limites" é absoluto, *devendo ser analisados diante de uma situação concreta*. Embora pareça óbvia, essa constatação faz toda a diferença no tratamento do mínimo existencial e de qualquer outra restrição que se tente fazer quando se trata de direitos fundamentais – e daí decorrerá a conclusão do que é ou não possível exigir do Estado, sem que isso implique uma inefetividade das normas constitucionais, ou na excessiva intervenção judicial.

Como se observa, os limites à intervenção judicial funcionam, em verdade, como legitimantes da atuação do Judiciário nesta seara. Daí porque – convém destacar desde já – não existem limites absolutos, que sejam estabelecidos a priori e em abstrato, sem qualquer análise da situação concreta. Sem embargo sobre o delineamento de alguns institutos para contenção do exercício abusivo do poder, seja pelo Executivo ou Legislativo, seja pelo Judiciário, é somente na análise de uma situação concreta que se pode verificar a legitimidade ou não de uma intervenção judicial, a partir da análise de diversos "limites" fáticos, políticos e jurídicos que, naquela determinada situação, se torna condicionantes da atuação do Judiciário.

A Segunda Parte deste trabalho será dedicada à análise do conceito de mínimo existencial que, segundo a doutrina majoritária, seria um limite absoluto, imponderável, ou pressuposto da intervenção jurisdicional no controle de políticas públicas – conceito este que será posto à prova. Mas não para decidir entre uma e outra definição, fundada em uma ou outra teoria. É bem verdade que a adoção de algumas premissas levam, inevitavelmente, a determinadas consequências. E neste momento ficará clara a opção de determinado "conceito" de mínimo existencial (ou negação dele). Mais importante que isso, contudo, é o que se pretende com este trabalho, que é contribuir para a discussão sobre o controle jurisdicional de

políticas públicas e seus limites e fornecer subsídios para a atividade jurisprudencial[226] visando orientar o debate sempre para a efetivação dos direitos sociais encartados na Constituição Federal.

[226]Este propósito encontra fundamento na Tese de Titularidade do Professor Virgílio Afonso da SILVA, que ressalta, inclusive, a ausência de trabalhos mais extensos sobre o "núcleo essencial" dos direitos fundamentais (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, pp. 23 e 37).

PARTE II

CAPÍTULO IV

O MÍNIMO EXISTENCIAL

IV.1. MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A análise da existência ou não de um conceito de mínimo existencial e sua justiciabilidade pressupõe, como se verá, a adoção de uma série de premissas teóricas para, partindo-se do conceito de mínimo existencial usualmente adotado, reformulá-lo na tentativa de atribuir maior coerência metodológica à discussão. Daí porque este capítulo – que deveria ser o capítulo central da dissertação – é, na verdade, uma decorrência natural da análise que se faz em duas partes desse trabalho: de um lado, a análise do mínimo existencial como um possível limite dentro do contexto do controle jurisdicional de políticas públicas; de outro, a análise dos pressupostos, implicações e utilidade do conceito. E adquire, assim, uma dimensão ao mesmo tempo sistematizadora e desmistificadora.[227] Claro que esta dissertação não se destina à negação absoluta, tampouco ao desrespeito a tudo o que foi desenvolvido até este momento em relação ao mínimo existencial. Todavia, em muitos trechos dos próximos capítulos ficará clara a adoção de pontos de partida totalmente distintos da doutrina majoritária e que, consequentemente, alcançará conclusões também distintas.

Falar em "mínimo existencial" leva intuitivamente à ideia de um conteúdo essencial de direitos fundamentais. Essa mesma intuição leva-nos, ainda, a tentar delimitar esse conteúdo, isto é, a refletir sobre os direitos que o constituiriam: direito à educação, saúde, moradia, e outros direitos sociais[228] – portanto, de caráter "prestacional" [229] – que o Estado

---

[227] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* p. 184. Tratando sobre o *conteúdo essencial* dos direitos fundamentais, o autor afirma que a primeira dimensão sistematiza toda a análise das principais teorias que tratam do assunto, enquanto a dimensão desmistificadora demonstra que o conceito de "conteúdo essencial dos direitos fundamentais" não pode ser utilizado como mero *topos* argumentativo, mas envolve uma compreensão global da função dos direitos fundamentais, suas estruturas analíticas mais elementares e, sobretudo, da definição do que é por eles protegido e quais as restrições possíveis.

[228] Isso não significa que os direitos tradicionalmente classificados como liberdades públicas não possuam um *conteúdo essencial* que mereça ser protegido. Nesse sentido, Ricardo Lobo TORRES fala da dimensão negativa do mínimo existencial, que envolveria o direito a não ser tributado quando a renda estiver em patamares abaixo daquele fixado em lei para incidência do imposto de renda, por exemplo (*O direito ao mínimo existencial,* pp. 35-36). De qualquer modo, é evidente que o ponto crítico que levou à necessidade de criação de um mínimo existencial envolve principalmente os direitos sociais, que sempre tiveram difícil aplicabilidade na história constitucional brasileira.

estaria obrigado a fornecer. E como se fala de um *mínimo,* é evidente que não se trata de garantir esses direitos sociais em sua inteireza, mas, obviamente, na garantia de um mínimo sem o qual os cidadãos não conseguiriam ter uma *vida digna.*

Nesse sentido, costuma-se dizer que a Constituição de 1988 fornece alguns parâmetros para definir quais seriam esses direitos mínimos que comporiam o mínimo existencial[230]. O exemplo mais clássico seria o direito à educação que, muito embora a Constituição Federal assegure tanto o ensino fundamental, quanto "a progressiva universalização do ensino médio gratuito", e o acesso ao ensino superior, estabelece a obrigatoriedade da educação básica e creche (art. 208, incisos I e IV). Esse, portanto, seria o mínimo existencial em relação ao direito à educação e seria esse, também, o *conteúdo essencial* desse direito, ou, para Ricardo Lobo Torres[231], aí se restringiria a *fundamentalidade* do direito social à educação.

---

[229] Isso não exclui, todavia, a possibilidade de entender que faz parte de um "mínimo existencial" direitos de dimensão negativa, como o direito à imunidade tributária, assim entendida como dispensa do pagamento de impostos por aqueles que não têm condições financeiras de fazê-lo.

[230] Cláudia Honório cita as seguintes referências da Constituição Federal como fundamentos para a proteção do mínimo existencial: (i) o preâmbulo da Carta, que menciona a instituição de um "*Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social";* (ii) o art. 1º, III, que dispõe a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República; (iii) os fundamentos da soberania e cidadania (art. 1º, incisos I e II); (iv) o art. 3º, inciso III, que aponta que um dos objetivos do Estado brasileiro é "*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais";* (v) o art. 23, inciso X, que estabelece como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios *"combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos"*; (vi) o art. 6º, que estabelece que *"são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados"*; (vii) o art. 7º, inciso IV, que garante o salário mínimo *"capaz de atender suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo";* (viii) o título VIII ("da ordem social") que dispõe nos arts. 193 e 194 os objetivos de bem estar, justiça social e seguridade social. A autora também enumera diversos fundamentos com base nos Pactos Internacionais e na Declaração de Direitos do Homem (HONÓRIO, Cláudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros.* Dissertação de mestrado apresentada na Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009, disponível em http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17942/claudia1.pdf?sequence=1, acesso em 10.01.2012).

[231]O autor distingue direitos sociais de direitos fundamentais sociais, sustentando que somente o núcleo dos direitos sociais teria o caráter de fundamental, e somente esse núcleo, portanto, seria sindicável em face do Estado: *"os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos interesses fundamentais ou pela jusfundamentalidade. A ideia de mínimo existencial, por conseguinte, coincide com a ideia de direitos fundamentais em seu núcleo essencial"*. (TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, p.42).

Ainda no campo *intuitivo*, a frequente utilização da ideia de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais guarda relação com um núcleo protegido, impassível de restrição, sob pena de "esvaziar-se".

Muito embora a relação conteúdo essencial e mínimo existencial seja corriqueira e, como se disse, intuitiva, é importante ressaltar que o mínimo existencial pode ter diversos outros sentidos e, a depender do sentido adotado, assumir diversas variáveis.

Segundo Virgílio Afonso da Silva[232], de início é possível identificar ao menos três significados para o conceito de mínimo existencial: (i) aquilo que é garantido pelos direitos sociais, vale dizer, o mínimo existencial equivaleria ao "direito fundamental social" em sua inteireza[233]; (ii) aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, seria justiciável, isto é, mesmo que os direitos sociais tenham amplitude maior, somente o mínimo existencial seria passível de concessão mediante tutela jurisdicional, e todo o restante seria mera questão de política legislativa; (iii) finalmente, o significado coincidente com conteúdo essencial, algo que não corresponde à inteireza do direito social, mas que também não tem relação direta e necessária com a justiciabilidade.

Também a denominação atribuída ao "mínimo existencial" varia: há quem chame de "mínimo vital" (e há quem diferencie o "mínimo vital" [234] do "mínimo existencial"), "conteúdo mínimo", "núcleo essencial", "substância mínima", dentre muitos outros.

Por fim, há diferentes fundamentos morais que justificariam a obrigação estatal de conceder esse mínimo existencial aos cidadãos, sendo três os principais: (i) o mínimo

---

[232]SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, restrições e eficácia.* São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 204-205.

[233] Tal posicionamento é defendido por Ricardo Lobo TORRES, que distingue "direito social" de "direito fundamental social". Para ele, só seria um "direito fundamental" esse conteúdo mínimo, o núcleo de cada direito. Se apenas o mínimo é um "direito fundamental", então o mínimo existencial corresponderia a todo o "direito fundamental social". Nesse sentido, todos os direitos fundamentais sociais, sem exceção, teriam aplicabilidade imediata e, consequentemente, tutelabilidade jurisdicional, independentemente de prévia aprovação de política pública pelo Legislativo ou pelo Executivo (*O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009) Esse posicionamento é defendido também por CUNHA JR., Dirley. *Controle judicial das omissões do Poder Público*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva.

[234]Nesse sentido, o "mínimo vital" consistiria apenas nas prestações relacionadas à sobrevivência, e não abarcariam, por exemplo, direitos culturais.

existencial seria uma exigência necessária para a garantia da liberdade real[235]; ou (ii) para a proteção dos pressupostos da democracia[236]; ou, ainda, (iii) em caráter não-instrumental, simplesmente porque o atendimento das necessidades materiais humanas essenciais constitui um fim em si mesmo[237].

A despeito das diferenciações de nome, sentido ou fundamento, não se exclui a existência, até certo ponto[238], de elementos comuns entre os significados, que decorre da adoção de premissas (teorias) comuns. Nesse sentido, a doutrina nacional majoritária, formada por autores da chamada "escola carioca" que se dedicaram ao tema (tais como Ana Paula de Barcellos[239] e Ricardo Lobo Torres[240]), além de outros de relevo (como o Professor Kazuo

---

[235] Esse é o fundamento encontrado em John Rawls, *Political Liberalism.* New York, Columbia University Press, 1996.

[236] Nesse sentido, Friedrich Müller. *Teoria estruturante do Direito,* I, (trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza), 2ª ed., São Paulo: RT, 2009.

[237] SARMENTO, Daniel. "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", in *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie,* (org. Claudio Souza Pereira Neto e Daniel Sarmento), 2ª tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 574-575.

[238]Diz-se até certo ponto porque há algumas diferenciações no conceito de mínimo existencial mesmo para a doutrina majoritária. Para Ana Paula de BARCELLOS, por exemplo, o mínimo existencial seria a "parte sindicável do princípio da dignidade humana" (BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002); já para Ricardo Lobo TORRES, o mínimo existencial, em seu sentido de prestação positiva e não de imunidade tributária, seriam os direitos fundamentais sociais (*O direito ao mínimo existencial,* pp. 35-36); e para Ingo Wolfgang SARLET (*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988,* p. 400 e seguintes) e Kazuo WATANABE, o mínimo existencial corresponderia ao núcleo essencial dos direitos sociais, deixando claro, contudo, que a fundamentalidade dos direitos sociais não está reduzida ao mínimo existencial. ("O controle jurisdicional de políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos imediatamente judicializáveis", pp. 217-219).

[239]*"O efeito pretendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna. Como é corriqueiro acontecer com os princípios, embora esse efeito seja indeterminado a partir de um ponto (variando em função de opiniões políticas, filosóficas, religiosas etc.), há também um conteúdo básico, sem o qual se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade"* (BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, pp. 304-305). Para essa autora, portanto, o mínimo existencial seria o "núcleo sindicável" da dignidade da pessoa humana.

[240] O autor equipara as expressões "mínimos sociais" (Lei nº 8.742/93), "*social minimum",* de John Rawls, "mínimo existencial" e "direitos constitucionais mínimos" e os conceitua como *"um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas. O direito é mínimo do ponto de vista objetivo (universal) ou subjetivo (parcial). É objetivamente mínimo por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens, independentemente de suas condições de riqueza; isso acontece, por exemplo, com os direitos de eficácia negativa e com os direitos positivos como o ensino fundamental, os serviços de pronto-socorro, as campanhas de vacinação pública, etc. Subjetivamente, em seu status positivus libertatis, é mínimo por tocar parcialmente a quem esteja abaixo da linha de pobreza"* (TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial,* pp. 35-36).

Watanabe), costumam definir o mínimo existencial como um núcleo básico, formado por um conjunto de prestações materiais mínimas, ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, sem o qual poderia se afirmar que esse princípio foi violado. E, para boa parte dos autores que acompanham esse entendimento, somente o mínimo existencial poderia ser exigido judicialmente de forma direta e independentemente da existência, ou não, de recursos e outras condições do Estado para sua implementação[241]. Em todos eles identifica-se, portanto, a remissão a termos comuns: conteúdo essencial, núcleo de direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e justiciabilidade imediata[242].

Mas há ainda outro importante ponto em comum para essa doutrina, que é a definição de um mínimo existencial que existe *a priori*, isto é, os direitos que comporiam esses mínimos seriam pré-estabelecidos, contra os quais nem a administração pública, nem o legislador poderiam se opor[243]. Funcionaria, assim, como um "limite aos limites", ou, na maior parte das vezes, como um limite ao limite da reserva do possível: se o Poder Público não pode ser obrigado a atender toda e qualquer demanda relativa aos direitos sociais ante a escassez

---

[241] *"Em síntese, a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Esse é o caminho que leva à superação da tese do primado dos direitos sociais sobre os direitos da liberdade, que inviabilizou o Estado Social de Direito e da confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que não permite a eficácia desses últimos sequer na sua dimensão mínima"* (TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, p. 41). Para Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial seria equivalente ao "núcleo da dignidade humana", que representaria *"um subconjunto, dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais, menor – minimizando o problema dos custos – mais preciso – procurando superar a imprecisão dos princípios – e, mais importante, que seja efetivamente exigível do Estado, sob a forma da eficácia jurídica positiva ou simétrica"*. (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 118).

[242] Ingo Wolfgang SARLET chama a atenção de que não há uma identidade necessária, mas ainda assim existe uma relação: *"para além de outras considerações, insistimos aqui na tese de que o núcleo essencial dos direitos fundamentais não se confunde com o maior ou menor conteúdo da dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, assim como também a assim designada garantia do mínimo existencial, mesmo no caso dos direitos sociais, não pode ser pura e simplesmente identificada com o núcleo essencial de tais direitos, pelo menos não no sentido de que se trata de categorias absolutamente idênticas, o que, todavia, não significa que não haja uma relação entre tais figuras jurídicas. Por outro lado, é preciso enfatizar que a garantia do conteúdo (ou núcleo) essencial não equivale, pelo menos não necessariamente, a uma salvaguarda de um conteúdo mínimo, em outras palavras, como bem averba Ignácio Villaverde Menéndez, a qualificação do conteúdo protegida em face das restrições se dá precipuamente não pelo fato de ser um conteúdo mínimo, mas sim, pela circunstância de que se está imune à ação do poder público e, portanto, segue à disposição do titular do direito"* (*A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 404).

[243] Segundo Daniel SARMENTO, haveria um conteúdo mínimo de direitos fundamentais, um *"núcleo essencial* [que] *traduz o 'limite dos limites', ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição"* (*A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 111).

dos recursos, por outro não pode negar, em hipótese alguma, a atenção ao núcleo mínimo desses direitos sociais, sob pena de negar efetividade à Constituição.

Trata-se, portanto, de um conceito "em abstrato", que não sofre a interferência da situação concreta que será posta à análise do julgador. Vale dizer, a desatenção a qualquer das prestações integrantes do mínimo existencial geraria imediatamente um *direito subjetivo* ao indivíduo para pleiteá-lo judicialmente. E o julgador, nesse caso, estaria *obrigado* a garantir essas prestações integrantes do mínimo existencial.

É aí – e exatamente aí – que mora o problema. Quais seriam, então, as "prestações" integrantes do mínimo existencial? Quais direitos sociais estariam abarcados pelo conceito e em qual exata medida da extensão mínima que deveriam ser garantidos?

Parte da doutrina arrisca estabelecer esse conteúdo mínimo como imediatamente judicializável, mas, à exceção do direito ao ensino básico e creche, previstos expressamente pela Constituição Federal (art. 208, incisos I e IV), não há convergência doutrinária em relação a outros direitos. Sobretudo quando se inclui, nesse conteúdo do mínimo existencial, o direito à saúde. Muito embora ninguém ouse deixá-lo de fora do conceito (afinal, não há *vida digna* sem saúde), as divergências surgem em relação à extensão em que deve ser garantido. Pois, se é o direito mais *dramático*, por relacionar-se com o próprio direito à vida, também é um dos direitos de mais difícil implementação, dado o altíssimo custo e a necessidade de organização que o envolve[244]. Assim, mesmo para aqueles que, como Ana Paula de Barcellos[245], tentam atribuir elementos objetivos à composição do

[244]Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres afirma que, no que toca ao direito à saúde, a *fundamentalidade* abarcada pelo mínimo existencial se restringiria à medicina preventiva (e.g., campanhas de vacinação), ao passo que a medicina curativa seria prestada mediante cobranças tarifárias, exceto aos que comprovadamente não tenham condições de fazê-lo. Identificam-se, aí, dois problemas: o primeiro em relação à impropriedade do conceito. Se mínimo existencial reúne, em si, os direitos fundamentais; se a fundamentalidade no caso da saúde se restringe à medicina preventiva; não há sentido em afirmar que a medicina curativa seria concedida aos mais necessitados. Vale dizer, essa última afirmação nega as anteriores, pois se estaria, nesse caso, incluindo a medicina curativa no mínimo existencial. O segundo refere-se à dificuldade de sustentar, em um país como o Brasil, em que 32,75% são considerados pobres e 16% indigentes, a não garantia da medicina curativa (dados obtidos na internet, no site do IPEA: www.ipeadata.gov.br).

[245] Para Ana Paula de BARCELLOS, o mínimo existencial compreenderia a esses quatro elementos. A autora chega ainda a delinear o que consistiria o mínimo existencial dentro do direito à educação e à saúde, por exemplo. No primeiro caso, o mínimo existencial corresponderia ao atendimento em creches e pré-escolas às crianças de até seis anos; o direito à educação fundamental associado a programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde; e a oferta de ensino noturno, ao menos fundamental. No caso do direito à saúde, o mínimo seria composto pela prestação do serviço de saneamento, o

mínimo existencial (educação básica, saúde, moradia, assistência social e acesso à justiça), ainda assim não fica clara a exata extensão desses critérios. Além disso, é inevitável pensar em certa dinamicidade desse conteúdo, que pode variar entre as diferentes regiões. Assim, por exemplo, o direito à indumentária pode não ser essencial, fundamental, nas tribos indígenas no Estado da Amazônia; todavia, não se pode negar a inafastabilidade desse direito para aqueles que vivem na região Sul do país, que atinge baixíssimas temperaturas[246].

Essa breve exposição do conceito usualmente adotado de mínimo existencial já permite identificar que o maior problema reside no estabelecimento do *conteúdo* do mínimo existencial. Essa dificuldade decorre da adoção, como premissa, da *teoria absoluta* do conteúdo essencial dos direitos fundamentais *e teoria interna* de restrições ao exercício dos direitos fundamentais, e não da *teoria relativa* e *teoria externa*. Por essa razão, os tópicos seguintes serão dedicados à sucinta exposição dessas e de outras teorias indispensáveis para a (re)formulação do conceito de mínimo existencial. É importante repetir que a adoção de uma ou outra teoria não é só uma questão de escolha, mas de *coerência*. Essa "escolha" resulta em diversas implicações, em um complexo de fundamentações necessárias para justificar eventuais não-realizações dos direitos fundamentais. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva[247], o recurso a conceitos como o "mínimo existencial" ou a "reserva do possível" só fazem sentido diante de um determinado arcabouço teórico, quase sempre desconsiderado em sua aplicação, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência.

Para tanto, parte-se, neste trabalho, do significado de mínimo existencial relacionado com o *conteúdo essencial* dos direitos fundamentais, especialmente por duas razões: primeiro, porque é esse o conceito adotado pelo Anteprojeto de Lei de Políticas Públicas em elaboração pelos Professores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe[248], o qual será tratado mais adiante; segundo, porque a despeito dos diferentes significados que se

---

atendimento materno infantil, as ações de medicina preventiva e as ações de prevenção epidemiológica (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*, pp. 173-179).

[246]Esse exemplo é utilizado frequentemente em sala de aula pelo Prof. Kazuo Watanabe no curso de pós graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

[247] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.* São Paulo: Malheiros, 2a ed., 2011, p. 186.

[248] Conforme art. 6º, parágrafo único, do Anteprojeto: "*Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana*".

lhe podem atribuir todos eles se relacionam, em maior ou menor medida, à ideia de *conteúdo essencial.*

IV.2. A ORIGEM DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Assim como a "reserva do possível", o mínimo existencial (assim entendido como *conteúdo essencial*) tem origem na doutrina alemã e surgiu como um mecanismo de amparo aos direitos fundamentais. Para além da nobreza do propósito, esse "amparo" tinha duas razões de ser: primeiramente, a Constituição alemã de 1949 ("Lei Fundamental de Bonn") à época era notavelmente reduzida quanto à proteção dos direitos fundamentais[249]; segundo, não havia, naquele momento, a possibilidade de controle de constitucionalidade. Assim, a atividade conformadora dos direitos fundamentais, executada pelo legislador, era considerada extremamente restritiva, aumentando o caráter de fragilidade dos direitos fundamentais[250]. É nesse contexto que a doutrina construiu a teoria do núcleo essencial, baseado no reconhecimento de um conteúdo mínimo do direito fundamental que não estaria sujeito a qualquer restrição[251].

Posteriormente a Lei de Bonn passou a prever explicitamente em seu artigo 19, II, a garantia da inviolabilidade do conteúdo essencial, determinando que *"em nenhum caso pode um direito fundamental ser atingido em seu conteúdo essencial"*. A partir daí, diversas Constituições passaram a incluir em seu bojo a proteção desse mínimo essencial, como a Constituição Portuguesa de 1976 (art. 18, III) e a Constituição Espanhola de 1978 (art. 53, I).

---

[249] Segundo Andreas KRELL, a não inclusão dos direitos sociais na Lei de Bonn explica-se, ao menos em parte, pela experiência mal sucedida da Constituição de Weimar. Partindo-se do princípio de que os direitos sociais dependem de determinadas circunstâncias fáticas e jurídicas, acreditou-se que a positivação desses direitos resultaria na perda de força normativa da Constituição. Assim, a Lei Fundamental de Bonn limitou-se a declarar a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana (art. 1º, § 1º) e apontar o Estado de Direito Social como objetivo geral (art. 20, § 1º) (KRELL, Andreas. "Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais", in SARLET, Ingo Wolfgang (org). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 45-49).

[250] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível.* Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 163. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3084/Dissertação%20-%20Ana%20Carolina%20Lopes%20Olsen.pdf;jsessionid=77EB2F6144D3D23B4F8891B5F0199D6E?sequence=1, acesso em 05/11/2012.

[251] LOPES, Ana Maria D'Ávila. "A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais". In *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n. 164, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, out-dez 2004, p. 13.

Como se vê, a preocupação com um mínimo existencial não é nova, nem exclusividade da doutrina e jurisprudência constitucional alemã. *Core content*, conteúdo central mínimo, obrigações centrais mínimas, limiar mínimo ou conteúdo essencial são todas denominações para tratar da possibilidade de definição de um "grau mínimo" dos direitos (sobretudo sociais e econômicos) sem o qual esse direito se tornaria irreconhecível ou perderia seu significado[252], justificando sua previsão em diversos diplomas normativos, inclusive de soft law[253].

No Brasil, como se sabe, não houve essa preocupação de incluir na Constituição Federal de 1988 a garantia a um conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Para Gilmar Ferreira Mendes, essa preocupação seria exagerada, pois *"é fácil ver que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas"* [254]. Não se trata, a nosso ver, de uma "preocupação exagerada". A proteção do conteúdo essencial não se destina a afastar possíveis reformas constitucionais que possam alterar a configuração desse direito (papel desempenhado pelas cláusulas pétreas); a proteção do conteúdo essencial assume papel diverso: destina-se ao legislador ordinário que, em sua tarefa de concretizador dos direitos fundamentais, deve tomar em consideração esse conteúdo essencial.

Com relação à proteção do conteúdo essencial pela Constituição alemã, convém fazer duas observações. Em obra organizada por Leonardo Martins, percebe-se que mesmo lá a discussão já envolvia a dificuldade de definição do que seria o "conteúdo essencial", razão

---

[252] COURTIS, Christian. "Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração", in SARMENTO, Daniel, *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie* (coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, pp. 503-504.

[253] Nesse sentido, o Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, assinado em Janeiro de 1997, dispõe no art. 9: *"9. Violations of the Covenant occur when a State fails to satisfy what the Committee on Economic, Social and Cultural Rights has referred to as 'a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights [...]. Thus, for example, a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, prima facie, violating the Covenant." Such minimum core obligations apply irrespective of the availability of resources of the country concerned or any other factors and difficulties'"*, disponível em http://en.wikipedia.org/wiki/Maastricht_Guidelines_on_Violations_of_Economic,_Social_and_Cultural_Rights, acesso em 10/12/2012.

[254] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.* 3ª ed., 2ª tir., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

pela qual se optou por determinar as hipóteses em que esse conteúdo essencial seria atingido, sem, contudo, defini-lo explicitamente[255]. Além disso, o mesmo autor dá conta de que esse conteúdo essencial não corresponde à dignidade da pessoa humana, seja porque, se assim o fosse, a cláusula pétrea do Art. 79 III GG[256] tornaria o Art. 19 II GG supérfluo, seja porque nem todos os direitos têm relação com a dignidade humana.

Logo se vê que a delimitação do *conteúdo essencial* de determinado direito não se reduz à sua correlação com o princípio da dignidade humana que, aliás, pouco auxilia nessa tarefa, principalmente pela indeterminação semântica que traz consigo. Essa correlação acaba por resultar em um conceito circular e muitas vezes teratológico, dado que, apesar de todos os esforços, a definição da dignidade humana ainda é tormentosa[257]. Ademais, a definição do

---

[255] MARTINS, Leonardo. (org). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão,* pp. 93-94.

[256] Referido artigo dispõe que o princípio da inviolabilidade da dignidade humana firmado no Art. 1 GG não pode ser atingido por emenda constitucional. Com relação à interpretação desse princípio pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, menciona-se a decisão BVerfGE 30, 1 (*Abhörurteil*) que, na análise de outros parâmetros do controle de constitucionalidade (art. 10 I e art. 79 III GG), reforçou a necessidade de se verificar eventual violação ao princípio da dignidade humana sempre diante do caso concreto: "*No que diz respeito ao princípio da inviolabilidade da dignidade humana firmado no Art. 1 GG, o qual, segundo o Art. 79 III GG, não pode ser atingido por emenda constitucional, tudo depende de se determinar que condições devem estar presentes para que a dignidade humana possa ser considerada como violada. Evidentemente não se pode falar em termos gerais, mas sempre em face do caso concreto. Formulações gerais, como as de que a pessoa humana não pode ser reduzida a um simples objeto do poder público, podem tão somente indicar a direção na qual podem ser encontrados casos de violação da dignidade humana. Não raramente a pessoa humana é, sim, mero objeto, não apenas das relações e do desenvolvimento da sociedade, mas também do Direito, na medida em que deve se submeter em detrimento de seus interesses. Somente desse dado [portanto] não se pode deduzir uma violação da dignidade humana. Ao contrário, para estar presente uma violação da dignidade humana o atingido precisa ter sido submetido a um tratamento que coloque em xeque, de antemão, sua qualidade de sujeito [de direitos], ou haver no caso concreto um desrespeito arbitrário à sua dignidade. O tratamento da pessoa humana pelo poder público que cumpre a lei deve, para se verificar se a dignidade humana foi atingida, ser expressão do desrespeito ao valor a que o ser humano tem direito por força de sua existência como pessoa, configurando, portanto, nesse sentido, 'um tratamento desrespeituoso* (sic)*'*" (MARTINS, Leonardo. (org). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão,* pp. 179-181).

[257] Para uma análise aprofundada do debate sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, v. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais,* 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Para Ana Paula de Barcellos, apesar da indeterminação do conceito da dignidade humana, seria possível traçar alguns caminhos: "*Assim como se passa com a fundamentação da decisão judicial, através da qual se observa o percurso trilhado pelo juiz, permitindo identificar facilmente onde ele porventura se tenha desviado da rota original, da mesma forma a exposição de como uma determinada opinião jurídica se relaciona com os princípios constitucionais aplicáveis permitirá certo balizamento e, em consequência, o controle constitucional do processo de interpretação e de suas conclusões através da sindicabilidade da eficácia interpretativa dos princípios constitucionais*" (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana,* p. 147). Em que pese o esforço da autora, entende-se que a relação entre a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial é pouco frutífera, seja porque pretende definir o indefinido com ainda outras indefinições, seja porque o princípio da dignidade humana é, muitas vezes, utilizado como um "conceito guarda-chuva", que justificaria todos os demais direitos, o que não seria correto. A este assunto voltaremos no tópico IV.2.4.

conteúdo essencial requer a análise de uma série de problemas inter-relacionados, que evidenciam um fenômeno complexo. De fato, essa delimitação envolve: (i) a análise do que é protegido pela norma de direito fundamental; (ii) a relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; e (iii) a fundamentação daquilo que é protegido e de suas restrições[258].

Toda essa análise pressupõe ainda a identificação dos direitos fundamentais dentro de um determinado modelo normativo. O modelo adotado por este trabalho, conforme já exposto anteriormente, é o modelo de Robert Alexy, de classificação *estrutural* das normas de direitos fundamentais entre *regras* e *princípios.*

É fato que o modelo já foi exaustivamente exposto e exaltado e hoje é abertamente acolhido – não sem algumas críticas de peso, como o faz Humberto Ávila[259] – pela doutrina e jurisprudência nacionais. De qualquer forma, não é o propósito deste trabalho trazer grandes discussões sobre o tema. Por ora, parte-se de sua notória aceitação pela doutrina e jurisprudência pátria para estabelecer a *Teoria dos Princípios* de Robert Alexy como premissa teórica para este trabalho para futuramente demonstrar que, não raras vezes, a noção de mínimo existencial usualmente adotada não "casa" com essa premissa. Vale dizer, a mesma doutrina e jurisprudência que adota a Teoria dos Princípios, relaciona-a com um conceito de "mínimo existencial" que lhe é incoerente. Repita-se, uma vez mais, que o que está em jogo não é a simples escolha de um melhor ou pior conceito de mínimo existencial, dentro de uma ou outra teoria; ao contrário, é preciso ter em mente que a adoção de uma determinada teoria leva, inequivocamente, a uma determinada conclusão, que lhe deve ser coerente. Só assim é que será possível construir verdadeiros parâmetros para a intervenção judicial nas políticas públicas.

É por essa razão que é premissa fundamental do conceito de mínimo existencial o reconhecimento da *estrutura normativa* como traço distintivo entre regras e princípios, conforme será exposto no tópico seguinte. Para tanto, será feita menção a diversos trabalhos

---

[258] SILVA, Virgílio Afonso da. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", in *Revista de Direito do Estado* 4 (2006), p. 24, disponível em http://static.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/VAS-Conteudo_essencial.pdf, acesso em 05/04/2012.

[259] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 8ª ed., São Paulo: Malheiros editores, 2008.

do Professor Virgílio Afonso da Silva[260], por duas razões: primeiro, porque é quem, na atualidade, trata o assunto com grande propriedade e clareza ímpar; segundo, porque é quem melhor defende o posicionamento adotado nesta dissertação.

IV.3. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS:

O ponto de partida da definição de um *conteúdo essencial* dos direitos fundamentais não pode ser outro senão a Teoria dos Princípios. Isso porque a distinção entre *princípios e regras* é o primeiro pressuposto teórico adotado no presente trabalho, sendo que todas as conclusões nele alcançadas dependem da opção da teoria adotada nesse âmbito.

A Teoria dos Princípios ganhou força nas vozes de Ronald Dworkin[261] e Robert Alexy[262] que, diferentemente dos demais autores que anteriormente se dedicaram ao estudo do tema[263], encamparam a distinção *qualitativa* entre regras e princípios, vale dizer, passaram a distinguir esses dois tipos de normas com fundamento em seu caráter lógico, e não de grau (pelo qual princípios seriam normas mais importantes que as regras) ou de generalidade (pelo qual princípios teriam caráter mais abstrato e geral que as regras). Isso significa que o conceito de princípio para Alexy e Dworkin é um conceito que não guarda nenhuma relação com a fundamentalidade da norma: uma norma será um princípio em razão de sua *estrutura normativa*, podendo ou não ser "fundamental". Trata-se, portanto, de um conceito *axiologicamente neutro*[264], nas palavras de Alexy. É essa a teoria que se toma por pressuposto.

---

[260] Basicamente, as ideias deste tópico foram retiradas das seguintes obras do autor: "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção". In *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630; "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", in *Revista de Direito do Estado* 4 (2006), pp. 23-51, disponível em http://static.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/VAS-Conteudo_essencial.pdf, acesso em 05/04/2012; *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed., 2ª tir., Malheiros: São Paulo, 2011.

[261] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (trad. Nelson Boeira). 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

[262] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* (trad. De Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2010.

[263] Conforme lembra Virgílio Afonso da SILVA, a tese majoritariamente adotada no Brasil até então partia da *distinção de grau* entre princípios e regras, seja de generalidade, abstração ou fundamentalidade ("Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", p. 609).

[264] SILVA, Virgílio Afonso da. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", pp. 612-615. Como lembra o autor, tradicionalmente na literatura jurídica brasileira "princípios" são conceituados como as

O ponto central da teoria de Alexy é o conceito de princípios como *mandamentos de otimização*. Isso significa que "*princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes"*[265]. Disso decorre que os princípios podem ser realizados em diversos graus. O objetivo será sempre a realização máxima, mas que raramente ocorre, uma vez que a realização total de um princípio quase sempre encontra barreiras na proteção de outro(s) princípio(s). É por isso que um princípio garante um direito *prima facie*, podendo ser limitado pela incidência de outros princípios.

Essa é a grande diferença estrutural entre princípios e regras pela teoria de Alexy: enquanto os princípios garantem direitos (ou impõem deveres) *prima facie*, as regras garantem direitos (ou impõem deveres) definitivos. Vale dizer, se um direito é garantido por uma norma que tenha estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. É por isso que se costuma dizer que a aplicação das regras ocorre no âmbito do "tudo-ou-nada" [266]. O conflito entre regras se resolve pelo método da subsunção: se duas regras preveem consequências distintas para o mesmo ato ou fato, uma delas é necessariamente inválida, ainda que em parte[267].

Situação diferente ocorre quando dois princípios preveem consequências distintas para um mesmo ato, fato ou posição jurídica. Como *mandados de otimização*, os princípios têm uma "tendência expansiva", que tende a fazer com que sua realização seja sempre restringida pela realização de outro princípio. Há a fixação de *relações condicionadas de precedência*[268] e a solução da colisão dá-se pelo método do *sopesamento*. Um resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não se pode falar que um princípio *sempre* prevalecerá sobre outro. O que pode ocorrer é a prevalência de um

---

normas mais fundamentais do sistema, enquanto as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental.

[265] SILVA, Virgílio Afonso da. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", p. 609.

[266] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 25.

[267] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, pp. 47-49: *"(...) todo conflito entre duas regras cujas consequências jurídicas, para o mesmo ato ou fato, sejam incompatíveis deve ser resolvido no plano da validade. Sempre que há conflito entre regras, há alguma forma de declaração de invalidade"*. O autor equipara, aqui, a instituição de uma cláusula de exceção como uma declaração parcial de invalidade.

[268] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, pp. 50.

princípio sobre outro *diante de determinadas condições concretas* que, na fórmula proposta por Alexy, poderia ser expresso da seguinte maneira: (P1 **P** P2) C[269].

Feita essa breve exposição da distinção entre regras e princípios (e dos métodos de solução nas hipóteses de *colisão normativa*[270]), há duas premissas indispensáveis que devem ser adotadas para desenvolvimento do conceito de conteúdo essencial. A primeira consiste no reconhecimento do caráter principiológico da maioria[271] dos direitos fundamentais encartados na Constituição Federal de 1988 – notadamente os direitos sociais – conforme já descrito nos capítulos anteriores deste trabalho. A segunda é o reconhecimento de que *não existem direitos absolutos*, conforme extensamente reconhecido em nosso ordenamento[272], tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência. Essa segunda premissa, embora pareça óbvia, é por vezes esquecida no trabalho de elaboração de critérios e limites ao controle de políticas públicas – daí sua relevância em destacá-la.

Assumindo que direitos fundamentais são, em sua maioria, veiculados por normas com estrutura de princípio e que esses direitos não são ilimitados, conclui-se que (i) entre a existência de um direito *prima facie* garantido pelos princípios e o *direito definitivo* garantido pelas regras existe um "longo caminho" a ser percorrido; e (ii) esse "longo caminho" é marcado por *restrições* a esses direitos. Restrições – e não limites ou regulamentações – como ficará claro mais adiante.

Como exposto acima, a definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais requer a análise (i) do âmbito de proteção da norma de direito fundamental; (ii) a relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições e, por fim, (iii) a fundamentação daquilo que é protegido e de suas restrições. Assim, antes de passar a análise das restrições aos

---

[269] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais* (trad. de Virgílio Afonso da Silva), p. 93. Por essa fórmula, P1 e P2 seriam dois princípios em colisão, P seria a relação de precedência (por isso P1 P P2) e C a situação concreta.

[270] É claro que pode ainda existir colisão entre regras e princípios. Todavia, este é o ponto mais complexo da Teoria dos Princípios e não cabe debate-la no presente trabalho. Para um estudo aprofundado dessas colisões, v. LIMA, Rafael Schavone Bellem de. *Otimização de princípios, separação de poderes e segurança jurídica: o conflito entre princípio e regra.* Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, no prelo.

[271] Há direitos fundamentais sociais que são veiculados na forma de regras, como, por exemplo, a licença-gestante, prevista no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal.

[272] A título exemplificativo citam-se as seguintes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal: HC 93250/MS, 2ª Turma, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 27.06.2008; RE 45.5283/RR, 2ª Turma, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 05.05.2006; ADI 2566 MC/DF, Pleno, Rel. Ministro Sydney Sanches, DJ 27.02.2004;

direitos fundamentais é necessário tratar de seu âmbito de proteção, a partir da análise do *suporte fático* das normas constitucionais de direitos fundamentais.

IV.4. SUPORTE FÁTICO, ÂMBITO DE PROTEÇÃO, INTERVENÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL:

Definir o suporte fático das normas de direitos fundamentais não é tarefa fácil – o que talvez explique a falta de interesse da doutrina por muito tempo em se dedicar à análise do suporte fático dessas normas.

Preliminarmente, pode-se definir suporte fático como *"os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental"* [273].

A definição do suporte fático não se resume a identificar aquilo que é protegido pela norma (o *âmbito de proteção* do direito fundamental); ao contrário, envolve a resposta a quatro perguntas: (i) o que é protegido? (2) contra o quê? (iii) qual a consequência jurídica? (4) o que é necessário ocorrer para que a consequência também possa ocorrer?[274]

Aquilo que é protegido, portanto, é apenas o início da definição. Ao *âmbito de proteção* deve ser agregado aquilo *contra o qual* é protegido. É o que ocorre, por exemplo, quando se pensa no direito à livre manifestação do pensamento (art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal). Não basta a definição daquilo que é protegido (a liberdade de manifestação), é necessário definir *contra o que* esse direito é protegido – no caso, a *intervenção*, em geral estatal. Isso porque sem a intervenção (estatal ou não), não haverá a consequência jurídica (a exigência de cessação da intervenção). É necessário que alguém

[273] SILVA, Virgílio Afonso da. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", p. 31.

[274] SILVA, Virgílio Afonso da. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", p. 29. Isso não significa, contudo, que o direito à livre manifestação do pensamento (CF, art. 5º, IV) se restrinja ao dever de não-intervenção. Como já mencionado no trabalho, todos os direitos fundamentais têm também uma dimensão positiva que, nesse caso, é a criação de condições estruturais para que a livre manifestação do pensamento seja exercida.

intervenha no direito à livre manifestação de pensamento para que se possa exigir a cessação dessa intervenção[275].

Mas não é só. Há ainda um último elemento que faz parte da definição do suporte fático da norma de direito fundamental, que é a exigência de *fundamentação constitucional*. De fato, não basta a ocorrência da manifestação do pensamento e da intervenção nessa liberdade para gerar a consequência de exigir a cessação da intervenção. É necessário que essa intervenção não tenha fundamentação constitucional. Se houver fundamentação para a intervenção, não haverá uma violação ao direito fundamental, mas tão somente uma restrição constitucional, o que impede a ativação da consequência jurídica (declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*) [276].

De um modo geral, o debate sobre o suporte fático das normas de direitos fundamentais divide-se em duas correntes, relacionadas à sua amplitude: os adeptos do suporte fático amplo e os adeptos do suporte fático restrito. Mais uma vez, aqui, ressalte-se que a questão não se resume à escolha entre uma ou outra teoria; a adoção de uma delas implica a adoção de premissas que levarão a resultados inevitáveis, e totalmente distintos dos resultados que seriam atingidos com a adoção da outra teoria. Por ora, mencione-se que a opção de uma dessas correntes tem efeitos na definição do controle das restrições aos direitos fundamentais, na fundamentação do conteúdo essencial desses direitos (mínimo existencial) e, finalmente, na eficácia das normas que garantem direitos fundamentais[277].

IV.4.1. SUPORTE FÁTICO RESTRITO:

A adoção de uma teoria que pressupõe um suporte fático restrito das normas de direito fundamental parte da ideia da *exclusão em abstrato* de algumas ações, estados ou posições jurídicas do âmbito de proteção dessas normas. Vale dizer, por essas teorias exclui-

[275] Esse é o modelo defendido por ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 72 e seguintes.
[276] SILVA, Virgílio Afonso da. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", p. 31.
[277] SILVA, Virgílio Afonso da. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", p. 32.

se, *a priori*, uma série de condutas que não seriam abarcadas pela norma de direito fundamental, isto é, não seriam condutas por ela protegidas[278].

Retomando-se o exemplo do direito à livre manifestação do pensamento, a adoção de um suporte fático restrito para essa norma resultaria na exclusão, a priori, de condutas como a calúnia, a injúria e a difamação. Nenhuma dessas três condutas, por serem ilícitas (tipificadas no Código Penal), estariam no âmbito de proteção da livre manifestação do pensamento. O raciocínio, aqui, é de que a manifestação do pensamento é livre *salvo se constituir calúnia, injúria ou difamação.* É o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental à livre manifestação do pensamento, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui da respectiva esfera normativa esses tipos de situações[279]. Em outras palavras, a definição do suporte fático restrito é a própria definição daquilo que é definitivamente protegido pela norma.

Uma importante observação em relação às teorias que adotam o suporte fático restrito às normas de direito fundamental é que, se todas as condutas que não estão no âmbito de proteção dessas normas já estão excluídas *a priori* – isto é, independentemente da análise da situação concreta – então não há que se falar em *restrição* a direitos fundamentais e, consequentemente, não há espaço para se falar em sopesamento entre princípios[280].

E é aí que mora o grande problema do suporte fático restrito, isto é, a necessidade de obter uma *precisa definição* daquilo que é protegido pela norma de direito fundamental. Os autores que recorrem ao suporte fático restrito dos direitos fundamentais

---

[278] Nesse sentido, o exemplo de Virgílio Afonso da SILVA é bastante elucidativo das consequências da adoção de um suporte fático restrito – que serão melhor tratadas no tópico sobre as restrições aos direitos fundamentais: *"Quando o Min. Sepúlveda Pertence afirma que o sigilo bancário não é garantido pela 'intimidade protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal', está ele (...) excluindo de antemão uma conduta, um estado ou uma posição jurídica do âmbito de proteção de um direito fundamental. A consequência dessa exclusão não é pequena: de acordo com ela, não importa que interesses haja na proteção do sigilo bancário dos indivíduos, esa é uma proteção que a lei ordinária criou e que, portanto, poderá abolir quando quiser. E, o que é mais importante: para isso não é necessária nenhuma fundamentação constitucional. Bastam juízos de conveniência e oportunidade. Em outras palavras: se o sigilo não é protegido pelo direito à privacidade – ou por qualquer outra norma de direito fundamental – isso significa que intervenções nesse sigilo, ou a sua total abolição, são questões meramente legais e excluídas, portanto, do controle de constitucionalidade"* (SILVA, Virgílio Afonso da. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", p. 32).

[279] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.* 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 297.

[280] SILVA, Virgílio Afonso da. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", p. 33.

buscam, de modo geral, a *essência* de cada direito fundamental e rejeitam a ideia de colisão de direitos fundamentais (ao menos no momento de definição do âmbito de proteção da norma[281]). O problema é definir o que está nessa "essência", nesse âmbito de proteção de cada norma de direito fundamental. Partindo-se da premissa de que não existem direitos absolutos – premissa que é aceita por todos – os limites de cada direito fundamental têm que ser, *a priori*, muito bem definidos, uma vez que esses autores não aceitam o sopesamento.

Consequentemente, boa parte das teorias que adotam um suporte fático restrito possui certa dose de *conservadorismo*, decorrente da *impossibilidade de atualização do âmbito de proteção* dos direitos fundamentais a uma realidade cambiante[282], uma vez que se busca quase sempre definir essa "essência" a partir daquilo que, na época da promulgação da Constituição, queria se proteger. A busca pela "intenção do legislador" é, assim, um anacronismo dificilmente sustentável diante de uma realidade de mais de vinte anos após a promulgação da Constituição de 1988[283].

Em outras palavras, a principal dificuldade que qualquer teoria que pressuponha um suporte fático restrito terá que enfrentar é o método de definição desse suporte. Isto é, com base em quais critérios pode haver a exclusão *a priori* de condutas que poderiam estar garantias (*prima facie*) por esses direitos? Vale lembrar que a exclusão dessas condutas se dá de forma definitiva – e sem qualquer fundamentação constitucional para tanto. Sobre este

---

[281] Como se verá mais adiante, no Brasil ocorre um verdadeiro "sincretismo metodológico", em que se misturam conceitos e classificações imiscíveis, deixando de lado a coerência metodológica indispensável para tratamento da matéria. Mantendo-se essa coerência metodológica, pode-se dizer que os autores que adotam um suporte fático restrito afastam qualquer possibilidade de sopesamento para se alcançar o direito protegido. A título exemplificativo, mencionam-se John Rawls (*Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993) e Friedrich Müller (*Teoria estruturante do Direito*, I, (trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza), 2ª ed., São Paulo: RT, 2009). A expressão "sincretismo metodológico" é de Virgílio Afonso da SILVA em "Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico", in SILVA, Virgílio Afonso da. (org.), *Interpretação Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 115-143.

[282] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 95 (destaques no original).

[283] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 96. Nessa crítica ao conservadorismo, o autor faz a seguinte observação: *"O problema do conservadorismo não surge apenas após decorrido um longo período da promulgação da constituição. A constituição brasileira tem apenas 20 anos, mas na época de sua promulgação a privacidade das pessoas não era ameaçada pela crescente digitalização de informações ou pela Internet; não se pensava, à época, que a realização da igualdade poderia necessitar de ações afirmativas; não se sabia que a liberdade de expressão e seu potencial às vezes ofensivo seriam exponencializados pelo uso do computador e da Internet – para ficarmos em alguns poucos exemplos. Buscar a intenção do legislador constituinte para delimitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais é uma estratégia que, em parcos 20 anos, demonstra um anacronismo e um conservadorismo dificilmente sustentáveis".*

ponto voltaremos a tratar mais adiante. Por ora, passemos à análise do suporte fático amplo dos direitos fundamentais.

IV.4.2. SUPORTE FÁTICO AMPLO*:*

A principal característica das teorias adeptas de um suporte fático amplo das normas de direito fundamental é a rejeição da ideia de exclusão, *a priori*, de condutas ou situações do âmbito de proteção dessas normas. Aqui, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais não é a definição daquilo que é definitivamente protegido; ao contrário, essa definição é apenas um primeiro passo. Explica-se.

O ponto central da adoção de um suporte fático amplo para as normas de direito fundamental é a separação entre aquilo que é protegido *prima facie* e aquilo que é protegido *definitivamente*. Esse modelo de suporte fático amplo é o modelo adotado na teoria de Alexy: em um primeiro momento, toda ação, estado ou posição jurídica que possua alguma característica que, isoladamente considerada, esteja dentro do "tema" de um determinado direito fundamental, deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção[284]. E só posteriormente essas condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção do direito fundamental serão eventualmente submetidas ao sopesamento diante de uma situação concreta para decidir pela proteção definitiva desse direito ou não[285]. Assim, no modelo de suporte fático amplo, não há necessidade de, no momento de definição do âmbito de proteção da norma, alcançar a *definição precisa* do direito e seus limites, como ocorre com o suporte fático restrito.

Novamente recorre-se ao exemplo do direito à livre manifestação do pensamento. Pelas teorias do suporte fático amplo das normas de direito fundamental, "*toda e qualquer manifestação de pensamento, não importa o conteúdo (ofensivo ou não), não*

[284] SILVA, Virgílio Afonso da. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", p. 34.

[285] Note-se que a definição de suporte fático amplo é bem mais aberta, exatamente para abranger todas as condutas que tenham relação com o determinado direito fundamental em jogo. É por isso que a definição do âmbito de proteção partindo de um suporte fático amplo é muito mais simples, pois não é necessário excluir nenhuma conduta *a priori*. As *restrições* são externas e vêm depois, incidem sobre aquilo que *a priori* é protegido.

importa a forma, não importa o local, não importa o dia e o horário" [286] estará, ***a priori***, dentro do âmbito de proteção do direito previsto no art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988. É só depois do sopesamento, diante de uma determinada situação concreta (em que incidirão as restrições) que se chegará à conclusão se houve ou não violação a esse dispositivo.

Assim, retomando-se as quatro questões necessárias para definir o suporte fático da norma de direito fundamental sob sua "ótica mais ampla", tem-se que o suporte fático do direito fundamental à livre manifestação do pensamento será toda e qualquer manifestação do pensamento que tenha sofrido intervenção não fundamentada constitucionalmente, gerando a consequência jurídica de exigir a cessação da intervenção. Se, contudo, em determinada situação concreta, a intervenção tiver fundamento constitucional (ex., o pensamento manifestado fere a honra de outrem), não haverá violação, mas uma *restrição* a esse direito. Novamente nas palavras de Virgílio Afonso da Silva[287]:

> *"Ocorre que é perfeitamente possível que haja, ao mesmo tempo, uma intervenção estatal em um direito fundamental e uma fundamentação para essa intervenção. Nesses casos, fala-se em* intervenção estatal fundamentada. *Quando isso ocorre, não se está diante de uma* violação *a um direito fundamental, mas diante de uma* restrição. *Essa formalização ilustra bem, portanto, o caráter não-absoluto dos direitos fundamentais e a centralidade do exame da* fundamentação das restrições *para a dogmática dos direitos fundamentais e para a decisão final acerca de sua constitucionalidade (restrição permitida) ou inconstitucionalidade (violação)".*

A partir desse modelo, o decisivo não é o trabalho com âmbito de proteção ou com o conceito de intervenção estatal, mas com a argumentação possível no âmbito da fundamentação constitucional das intervenções.

A grande diferença entre a adoção de um suporte fático restrito ou amplo, portanto, reside no foco da argumentação: no primeiro caso, o foco está no momento da definição daquilo que é protegido e daquilo que caracteriza uma intervenção estatal; no segundo caso, essas definições se dão apenas *prima facie*, de sorte que a argumentação se

---

[286] SILVA, Virgílio Afonso da. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", pp. 34-35.
[287] SILVA, Virgílio Afonso da. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", pp. 34-35.

concentrará *no momento da fundamentação da intervenção*[288], no qual se verificará se há, ou não, um direito definitivo que foi violado. A garantia de toda e qualquer manifestação de pensamento *prima facie* não implica resposta alguma acerca de sua garantia definitiva, que somente poderá ser dada a partir de um sopesamento que leve em consideração as variáveis de uma situação concreta.

Acontece que esses elementos do suporte fático assumem um caráter diferenciado quando se trata de "direitos prestacionais", isto é, direitos que exigem atuação positiva por parte do Estado para serem realizados no plano concreto[289]. De fato, enquanto na reflexão sobre o suporte fático de normas que garantem liberdades públicas (ou melhor, que dispõem sobre a *dimensão negativa* das liberdades públicas) o preenchimento do suporte fático ocorrerá quando houver uma *ação* estatal não fundamentada que intervenha no âmbito de proteção de um direito fundamental, tendo como consequência jurídica a exigência de abstenção estatal (isto é, a declaração de inconstitucionalidade da intervenção em questão para voltar ao *status quo ante*), quando se trata da *dimensão positiva* desses direitos, esse cenário se altera.

No caso dos direitos sociais (ou da dimensão positiva das liberdades públicas) - o âmbito de proteção da norma será composto por ações estatais que fomentem a realização desses direitos[290]. Também o conceito de intervenção é invertido nesse caso: intervenção estatal não significa restringir o âmbito de proteção de um direito; ao contrário, na esfera dos direitos sociais, intervir é *não agir* ou *agir de forma insuficiente*. Já quanto à fundamentação constitucional, o que se deve fundamentar, nesse caso, não é uma ação, mas uma omissão ou,

---

[288] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* p. 94 (destaques no original).

[289] Na verdade, melhor que falar em direitos prestacionais é dizer sobre a dimensão positiva dos direitos. Isso porque mesmo as liberdades públicas possuem uma dimensão positiva do direito, que exige uma "prestação" estatal. Assim, por exemplo, para o exercício do direito ao voto – normalmente definido como liberdade negativa, que supostamente não exigiria uma intervenção estatal – exige a realização de prestações estatais para criar condições ao seu exercício. Não há como exercer o direito ao voto sem a criação e manutenção das instituições eleitorais, por exemplo. E nesse ponto convém destacar que a criação e manutenção dessas instituições também custam dinheiro ao Estado. Daí porque é falaciosa a distinção entre liberdades públicas e direitos sociais no sentido e que somente estes últimos exigiriam uma prestação estatal que implica gastos públicos. Para maior aprofundamento sobre o tema, veja-se SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes.* New York, W.W. Norton & Company, 1999, p. 95.

[290] Proteger um direito social é *realizar* esse direito. (SILVA, V Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* p. 77).

alternativamente, uma ação insuficiente[291]. E a consequência jurídica pela *não realização sem justificativa* de uma *ação estatal que poderia fomentar* a realização de um determinado direito social (isto é, uma omissão infundada) consiste na existência de um *direito definitivo à realização dessa ação.* É da conjuntura desses fatores que nasce, como se vê, a *justiciabilidade* desse direito – mas sempre diante da análise de um caso concreto[292].

Seja com relação à dimensão positiva ou negativa dos direitos fundamentais, verifica-se que é crucial, dentro dos pressupostos adotados até agora neste trabalho – Teoria dos Princípios de Alexy e, consequentemente, o suporte fático amplo das normas de direito fundamental – a análise das *possíveis restrições e suas justificativas* para a definição do conteúdo essencial de um direito fundamental. É sobre este ponto que se dedicará o próximo tópico.

IV.5. RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS: A ADOÇÃO DA TEORIA EXTERNA COMO FORMA DE MAIOR PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando se fala em restrições aos direitos fundamentais, fala-se na relação entre o direito e suas restrições ou seus limites, a depender da teoria adotada. Neste ponto, a dicotomia dá-se entre a teoria interna (que parte da *unidade* do direito e seus limites) e a teoria externa (pelo qual as restrições são *externas* ao direito *prima facie* protegido). Note-se, pois, a primeira grande diferença entre ambas as teorias: enquanto a teoria interna fala em *definição de limites,* a teoria externa fala em *imposição de restrições.*

A teoria interna parte da ideia de que o direito e seus limites são algo uno, isto é, que os limites são inerentes ao próprio direito (limites imanentes[293]):

---

[291]SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* p. 78.
[292] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* p. 78.
[293] Muito embora a ideia dos limites imanentes não seja a única que represente a adoção de uma teoria interna dos direitos fundamentais, é fato que esta é, sem dúvida, a mais emblemática. Também a teoria institucional dos direitos fundamentais sustenta uma visão interna dos limites aos direitos fundamentais. Não é objeto desta dissertação, contudo, a análise das teorias de direitos fundamentais. A elas recorre-se apenas para demonstrar, ao final, a falta de coerência metodológica na adoção de um conceito apriorístico de conteúdo essencial dos direitos fundamentais (mínimo existencial).

"por ela se sustenta que cada direito apresenta limites lógicos, imanentes, oriundos da própria estrutura e natureza do direito e, portanto, da própria disposição que o prevê. Os limites já estão contidos no próprio direito, portanto não se cuida de uma restrição imposta a partir do exterior" [294].

Como se verifica do trecho acima, a definição do conteúdo e da extensão de cada direito fundamental não depende de qualquer fator externo e não sofre influência de possíveis colisões posteriores. Em outras palavras, os direitos fundamentais têm seus limites definidos implícita ou explicitamente pela própria Constituição. Daí porque pela teoria interna o direito é *definitivo* desde sempre, pois traz em si seus próprios limites. Vale dizer, eles *têm sempre a estrutura de regras*[295], de sorte que o exercício de algo garantido por um direito fundamental significa sempre o exercício de uma garantia definitiva (que não se sujeita, pois, a sopesamentos).

Mas qual o ônus de adotar essa teoria?

Na esteira de tudo o que já foi dito em relação à adoção de um suporte fático restrito dos direitos fundamentais, a teoria interna também terá o ônus de fundamentar todas as limitações de um determinado direito "a partir de dentro" de forma pronta e acabada, para excluir a necessidade de restrições internas. E a dificuldade de definir, de antemão, aquilo que é e o que não é protegido por determinada norma é, sem dúvida, muito maior. Para alcançar o *conteúdo essencial* de uma norma de direito fundamental com base na teoria interna, é preciso pensar de antemão no âmbito de proteção e em todos os limites que são inerentes ao exercício daquele direito fundamental. É exatamente essa a dificuldade enfrentada pelos autores que definem o mínimo existencial como um "*núcleo duro, essencial dos direitos fundamentais*[296]".

---

[294] BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional,* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 59.

[295] SILVA, Virgílio Afonso da. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", pp. 37-38. Nas palavras do autor: "*Nesse sentido, não haveria como imaginar uma situação em que, a despeito de haver um direito 'em si', não pudesse ele ser exercitado por haver sido restringido em decorrência da colisão com outros direitos. Ou há direito subjetivo ou não há. Se o direito subjetivo existe, então ele pode ser naturalmente exercido no âmbito de seus limites. Em outras palavras: no âmbito da teoria interna não há como se falar que determinada ação seja, prima facie, garantida por uma norma de direito fundamental, mas que, em decorrência das circunstâncias – fáticas e jurídicas – do caso concreto, tal ação deixe de ser protegida. Nesses casos, 'o direito no qual a ação se baseia não existe, ou pelo menos não na forma como a ele se recorre'*".

[296] Conforme o faz o Anteprojeto de Lei de Políticas Públicas em seu art. 6º, parágrafo único.

A busca pela *essência* do direito fundamental desconectado das situações fáticas e impassível de sopesamento impõe um ônus muito maior para sua definição, não só na identificação dos direitos que o comporiam, mas na identificação da *essência* de cada um desses direitos fundamentais desconectados da situação concreta. E pior, sem o ônus da fundamentação, uma vez que a "escolha" dos direitos fundamentais que o comporiam e a identificação da essência desses direitos abarcados pelo conceito de mínimo existencial se daria de antemão, *a priori*, e com estrutura de regra: ou há o direito subjetivo ou não há. Com essa "autolimitação" dos direitos fundamentais, muitas situações que exigiriam um controle de constitucionalidade mais detalhado passam a ser resolvidas no primeiro passo do controle, que é a definição do suporte fático do direito fundamental em questão. *Negada a intervenção no âmbito de proteção do direito a partir de alguma forma de exclusão a priori de condutas, o controle encerra-se prematuramente*[297].

Ao contrário da teoria interna, a teoria externa rejeita a ideia de um *direito uno,* que compreende no mesmo objeto o direito e os limites a ele inerentes. Pela teoria externa, há dois objetos distintos: há *o direito em si* e, destacado dele, as suas *restrições*[298]. Daí porque se fala em "teoria externa", as restrições ao direito são *externas* a ele, não fazem parte dele.

Desde já se verifica a estreita ligação entre a teoria externa e a teoria dos princípios de Robert Alexy. Como visto no tópico IV.3 deste trabalho, a teoria dos princípios sustenta que, em geral, direitos fundamentais são garantidos por norma que consagra um direito *prima facie.* Como essa norma tem estrutura de princípio – mandamento de otimização – seu suporte fático é o mais amplo possível, resultando automaticamente em um aumento na colisão entre direitos fundamentais. E é a colisão entre essas normas que levará à necessidade de impor restrições ao exercício do direito nelas contido. O produto final dessa colisão com a consequente imposição das restrições consiste no *direito definitivo.* É exatamente essa a distinção que faz a teoria externa: de um lado, o direito em si, que *prima facie* é o mais amplo possível; de outro, suas restrições (externas a ele), incidentes de acordo com as variáveis

[297] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* p. 164.
[298] SILVA, Virgílio Afonso da. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", p. 38.

fáticas e jurídicas da situação concreta[299]. Essas restrições podem ter a estrutura de *regra* ou de *princípio*[300]. E a solução das colisões será dada pelo método do sopesamento ou, se for o caso, pela aplicação da *regra da proporcionalidade*[301].

Da exposição acima já fica claro que não é possível simultaneamente fundamentar limites imanentes aos direitos fundamentais e conceituá-los como mandamentos de otimização, reconhecendo-lhes a estrutura de princípios. Isso porque ambos os conceitos são inconciliáveis: a principal característica de um mandamento de otimização é a sua capacidade de ser sopesado. É o sopesamento que liga e fundamenta o caráter *prima facie* de cada princípio com o *direito definitivo* no caso concreto. Já na teoria dos limites imanentes, os limites de cada direito são definidos internamente e não há a possibilidade de restrição constitutiva externa – razão pela qual não há possibilidade (nem necessidade) de sopesamento entre os direitos fundamentais[302].

Ora, se se parte de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais, haverá, automaticamente, um aumento na colisão entre os direitos fundamentais. Tal fato

---

[299] Mais uma vez recorre-se às palavras de Virgílio Afonso da Silva: *"Um princípio, compreendido como mandamento de otimização, é, prima facie, ilimitado. A própria ideia de mandamento de otimização expressa essa tendência expansiva. Contudo, em face da impossibilidade de existência de direitos absolutos, o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes. Aí reside a distinção, exposta anteriormente, entre o direito prima facie e o direito definitivo. Essa é a distinção que a teoria externa pressupõe"* ("O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", p. 39).

[300] Segundo Virgílio Afonso da SILVA, *materialmente* falando, as restrições a direitos fundamentais são sempre baseadas em princípios. *Formalmente*, contudo, a restrição poderá ocorrer de formas diversas (e.g. regras presentes na legislação infraconstitucional). Geralmente, quando isso ocorre, essa "*aparente colisão entre um princípio e uma regra nada mais é que o resultado de um processo de restrição ao princípio, cuja expressão é a regra*" (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* p.141).

[301] Apesar de geralmente chamado de *princípio*, a proporcionalidade tem, na verdade, a estrutura de uma *regra, "porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplica-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto"*, e segue a regra do tudo-ou-nada. Ou ela será aplicável – e o será no todo – ou ela não será aplicável (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* p. 168). É importante também distinguir o *sopesamento* da *aplicação da regra da proporcionalidade*. O primeiro será aplicável quando determinada situação de colisão entre dois princípios ainda não tiver sido objeto de ponderação pelo legislador. Assim, quando houver a necessidade de aplicação direta dos princípios constitucionais ao caso concreto, deverá haver um sopesamento entre os potenciais princípios aplicáveis na resolução do caso concreto. Já a proporcionalidade deve ser aplicada quando houver uma colisão entre direitos fundamentais, isto é, se determinada regra infraconstitucional que restringe um direito fundamental é *adequada, necessária e proporcional* (os três estágios da regra da proporcionalidade) naquele determinado caso concreto. Vale dizer, a proporcionalidade testa uma medida preexistente, para saber se ela "supera" o teste dos três estágios. No caso do sopesamento, essa "medida" ainda inexiste, a colisão dá-se entre dois princípios diretamente ao caso concreto. Para maiores detalhes sobre a distinção, v. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* p. 179.

[302] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* pp. 164-165.

aliado à ampliação do conceito de intervenção estatal em conjunto com a adoção de uma teoria externa, tende a ampliar também o número de ações estatais que são consideradas como restrições aos direitos fundamentais. Por fim, para que tais restrições possam ser consideradas legítimas (isto é, *constitucionalmente fundamentadas*), e não violações a direitos, terão de passar pelo exame da proporcionalidade, que engloba as três sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito[303].

Nesse sentido, verifica-se que o conceito de princípio como mandamento de otimização, aliado ao modelo de *suporte fático amplo* de direitos fundamentais, acaba tendo em seu âmbito de proteção um maior número de condutas que estão garantidas por aquele direito. Vale dizer, a utilização de um modelo de suporte fático amplo acaba por atribuir maior proteção aos direitos fundamentais que a adoção de um suporte fático restrito, que parte da ideia da existência de exclusão *a priori* de condutas, de forma abstrata e em definitivo, de sorte que tais condutas não estarão garantidas em toda e qualquer hipótese[304]. Isso porque o modelo de suporte fático amplo não se preocupa em pré-delimitar o âmbito de proteção da norma; ao contrário, inclui em princípio toda e qualquer conduta relacionada com aquele direito, inclusive condutas que poderiam ser consideradas imorais e ilegais. A exclusão dessas condutas vem em um momento posterior, o momento da restrição. Significa dizer que tudo está abrangido pela norma, até que seja, então, restringida. E a restrição será legítima apenas se houver fundamentação constitucional para tanto.

Neste momento, a pergunta que o leitor possivelmente se faz é qual a relação entre a adoção da teoria dos princípios (que parte do suporte fático amplo e das restrições externas ao direito em si) e a delimitação do conteúdo essencial? Qual a relação que tudo o que se desenvolveu até aqui com o conceito de mínimo existencial?

---

[303] As etapas da proporcionalidade há muito já são conhecidas da doutrina e jurisprudência, razão pela qual não se alongará em suas definições. De um modo geral, uma medida será *adequada* quando ela *fomentar* a realização do objetivo perseguido; será *necessária* quando for *mais eficiente* e resultar em uma *menor restrição* do direito fundamental *em relação à outra possível medida adotada naquele caso concreto.* Quanto à *proporcionalidade em sentido estrito,* ela tem como função principal evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* pp. 167-182.

[304]Por essa razão, uma das críticas que se faz ao modelo de suporte fático restrito é a impossibilidade de atualização do âmbito de proteção dos direito fundamentais a uma realidade cambiante. A proteção fornecida pelos direitos fundamentais ficará sempre restrita àquilo que, na época da promulgação da Constituição, se queria proteger (Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* p. 96).

Basicamente, tudo o que se desenvolveu até aqui se relaciona com a *estrutura dos direitos fundamentais.* E para tratar do conteúdo essencial desses direitos é imprescindível entender sua estrutura. É por isso que a adoção da teoria dos princípios não é mera questão de escolha, mas envolve o reconhecimento de pré-requisitos (a adoção da teoria externa e do suporte fático amplo para os direitos fundamentais) e suas consequências teóricas e práticas (a aceitação da proporcionalidade e, como se verá adiante, de uma concepção relativa na definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais) [305]. Trata-se, portanto, de uma questão de coerência argumentativa, que resulta, ao final, em maior ou menor proteção dos direitos fundamentais na prática. Afinal, é a coerência, a lógica do sistema que garante a sua própria segurança.

IV.6. CONTEÚDO ESSENCIAL ABSOLUTO E RELATIVO: AS TEORIAS PARA DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO ESSENCIAL

Como já exposto na introdução deste Capítulo, a definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é o resultado da análise de diversas variáveis e respectivos problemas inter-relacionados. Nesse sentido, há duas formas principais de se determinar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais: pela teoria do *conteúdo essencial absoluto* e pela teoria do *conteúdo essencial relativo.*

A primeira delas defende a ideia de que os direitos fundamentais têm, cada um, um *conteúdo absoluto,* um *núcleo duro* cujos limites externos formariam uma *barreira intransponível,* independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possam haver em sua restrição. Essa *teoria absoluta* é até mais intuitiva: se se pretende proteger o núcleo, ou seja, a essência de um direito fundamental, parece ser mais razoável delimitar essa essência. A partir dessa teoria, o conteúdo essencial do direito fundamental seria o conteúdo mínimo residual que nunca poderá ser relativizado, isto é, nunca poderá ser restringido. Qualquer que seja a situação, no mínimo esse conteúdo essencial deve persistir.

[305] SILVA, Virgílio Afonso da. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", in *Revista de Direito do Estado* 4 (2006), p. 41.

É importante destacar que a adoção de um conteúdo essencial absoluto não necessariamente significa, portanto, um conteúdo essencial *imutável*. Por essa razão, a *teoria absoluta* do conteúdo essencial dos direitos fundamentais pode ser subdividida em *conteúdo absoluto estático e conteúdo absoluto dinâmico*. No primeiro caso, o conteúdo dos direitos fundamentais assume caráter absoluto não apenas em sentido espacial, mas em sentido material-temporal. Para essa teoria, esse conteúdo será sempre, portanto, intangível e imutável.

Todavia, a maior parte da doutrina[306] parte da ideia de um *conteúdo absoluto dinâmico*[307], isto é, seu conteúdo, embora seja sempre absoluto no sentido de não sofrer relativizações de acordo com urgências e contingências, poderá ser modificado com a passagem do tempo. Admite-se, nesse caso, a existência de um núcleo absoluto que seria adaptável à realidade cambiante.

A segunda teoria é a *teoria relativa*, que parte do princípio de que não existe um conteúdo absoluto; ao contrário, o conteúdo essencial de cada direito fundamental só é aferível no caso concreto, e consistirá, assim, no produto resultante das colisões de diversos direitos e interesses. Assim, para os adeptos da teoria relativa, o conteúdo essencial de um direito fundamental não será sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso.

A partir dessa breve análise – e na esteira de tudo o que já foi dito – é possível alcançar duas conclusões: (i) que a adoção de um conteúdo absoluto passará pelas mesmas dificuldades do suporte fático restrito e da teoria interna, qual seja, a da precisa identificação do núcleo (do objeto de proteção, portanto) de cada direito fundamental, e (ii) que, assim como a adoção de um suporte fático amplo e da teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, a concepção de um conteúdo essencial relativo relaciona-se intimamente com a

---

[306]Esse é o entendimento, por exemplo, de Ingo Wolfgang SARLET (*A eficácia dos direitos fundamentais - uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional"*. 10a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009).

[307] Segundo Kazuo WATANABE: *"O 'mínimo existencial', além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição de retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições sociais e econômicas do país"* (*Controle jurisdicional das políticas públicas – "mínimo existencial" e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis*, p. 218).

regra da proporcionalidade[308]. O núcleo essencial de um direito fundamental será, nesse caso, o produto da aplicação da regra da proporcionalidade, que parte sempre de uma análise no caso concreto. Conforme esclarece Virgílio Afonso da Silva[309]:

> *"Segundo essa versão, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é que a consequência da aplicação da regra da proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos. Ambos os conceitos – conteúdo essencial e proporcionalidade – guardam íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos".*

O que se quer dizer é que pouco importa se determinada restrição de direito fundamental é ou não intensa. Não é a *intensidade* da restrição que resultará na invasão do conteúdo essencial do direito e, consequentemente, de sua violação. Pela teoria relativa, mesmo uma restrição leve de um direito será considerada como uma invasão do conteúdo essencial desse direito, *se essa restrição não for constitucionalmente fundamentada.*

Assim, mais importante que "dosar" as restrições – leves ou intensas – a um direito fundamental, é a *exigência de fundamentação* para essas restrições. Tudo o que não for fundamentado, pouco importando a "amplitude" da restrição, não resulta em invasão ao conteúdo essencial do direito fundamental.

Mais que uma relação íntima com a proporcionalidade, a definição do conteúdo essencial a partir da teoria relativa será *o produto da aplicação da regra da proporcionalidade.* Isso significa que a essencialidade será um valor a ser respeitado *naquele determinado caso concreto.* Em outras palavras: a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é mera decorrência da aplicação do princípio da proporcionalidade. Essa identificação entre os conceitos de conteúdo essencial dos direitos fundamentais e proporcionalidade é, inclusive, necessária: se assim não fosse, teria que se aceitar que algumas

---

[308]Nesse sentido, é importante destacar que a relação entre o conteúdo essencial e a proporcionalidade não é uma confusão conceitual, em seu sentido negativo, e sim uma íntima e inevitável relação. Isso porque a distinção entre os conceitos de proporcionalidade e conteúdo essencial resulta na aceitação de que restrições a direitos fundamentais, mesmo que *proporcionais*, poderiam eventualmente afetar o seu conteúdo essencial. Não há, portanto, lógica que justifique a distinção entre os conceitos no âmbito da teoria relativa (Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 198).

[309] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 197.

restrições a direitos fundamentais, *mesmo que fossem proporcionais*, poderiam eventualmente afetar o seu conteúdo essencial[310], o que é uma grande incoerência.

Incoerência que, contudo, não é pouco recorrente na doutrina e jurisprudência pátrias. Conforme se passa a analisar no tópico seguinte, o mínimo existencial tal qual conceituado atualmente é exatamente o produto dessa incoerência: algo que deve ser protegido *independentemente da aplicação da proporcionalidade.* Por essas teorias – ou melhor, por esse "sincretismo teórico" – o conteúdo essencial e o resultado da aplicação da proporcionalidade não são coincidentes.

IV.7. CONTEÚDO ESSENCIAL, MÍNIMO EXISTENCIAL E PROPORCIONALIDADE: UMA ANÁLISE DO CONCEITO VIGENTE

Embora ainda de maneira incipiente, já se encontram muitos trabalhos dedicados à análise do conceito de mínimo existencial na doutrina brasileira[311]. Com a jurisprudência não é diferente, a matéria ganhou relevância nos Tribunais Superiores e o entendimento ali desenvolvido irradiou-se nas demais instâncias.

Como já exposto em diversas partes nesta dissertação, de um modo geral o mínimo existencial corresponderia, hoje, ao *núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição.* Para alguns autores (a maioria deles) esse núcleo duro teria como fundamento ou correlação ao princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que a garantia desse núcleo mínimo seria indispensável para uma *vida digna,* e cuja omissão resultaria, consequentemente, na possibilidade de intervenção judicial[312].

---

[310] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* p. 198.
[311] Cf. autores já informados em nota na Introdução do trabalho.
[312] Daniel SARMENTO identifica cinco "grupos" de tentativas de definição do mínimo existencial: (i) as propostas de John Rawls e Hayek, pelos quais o mínimo existencial serviria de instrumento para garantia da liberdade real; (ii) Habermas e Santiago Nino, para quem o mínimo existencial protege as condições para a democracia, no sentido de que, para que o cidadão participe efetivamente do espaço público, deve ter suas necessidades materiais básicas satisfeitas; (iii) a proposta de que a garantia das condições materiais mínimas de vida não seria instrumento para alcançar um objetivo, mas sim uma exigência autônoma da justiça, a satisfação das necessidades básicas das pessoas; (iv) por fim, o mínimo existencial como algo que deriva do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Como já tratado no início desse capítulo, a despeito das inúmeras

Esse é o entendimento de Ana Paula de Barcellos que, relacionando o mínimo existencial à dignidade da pessoa humana, define-o da seguinte forma:

> *"(...) um conteúdo básico, sem o qual se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade".*

Essas "prestações materiais mínimas" seriam um conjunto formado por direitos sociais, econômicos e culturais partindo "*principalmente de sua essencialidade, dentre outros critérios"* [313]. Assim, para a autora:

> *"somente as prestações que compõem o mínimo existencial poderão ser exigidas judicialmente de forma direta, ao passo que ao restante dos efeitos pretendidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana são reconhecidas apenas as modalidades de eficácia negativa, interpretativa e vedativa do retrocesso, como preservação do pluralismo e do debate democrático"* [314].

O mínimo existencial asseguraria, assim, o conteúdo básico da dignidade humana, "*sem o qual se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio"* [315].

---

propostas de definição, todas trazem, em si, uma certa coincidência de ideias. Para os fins deste trabalho, tais diferenciações não são significativas. Mais importante que encontrar o seu "fundamento" é o reconhecimento de uma definição de mínimo existencial que somente pode ser feita diante do caso concreto (é o que ora se defende). Para maiores detalhes dessa classificação, v. SARMENTO, Daniel. "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", pp. 552-586.

[313] BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 114.

[314] BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*, pp. 304-305.

[315] BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 305.

Ricardo Lobo Torres produziu diversos artigos sobre o assunto. Mas é precipuamente na obra "O Direito ao Mínimo Existencial" que o autor se dedica extensamente à questão. Nas palavras do autor:

> *"(...) há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas. O direito é mínimo do ponto de vista objetivo (universal) ou subjetivo (parcial). É objetivamente mínimo por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens, independentemente de suas condições de riqueza; isso acontece, por exemplo, com os direitos de eficácia negativa e com direitos positivos como o ensino fundamental, os serviços de pronto-socorro, as campanhas de vacinação pública, etc. Subjetivamente, em seu status positivus libertatis, é mínimo por tocar parcialmente a quem esteja abaixo da linha de pobreza".*

Mais adiante, o autor relaciona o mínimo existencial com a dignidade humana, afirmando que *"não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas"* [316].

Algumas observações são interessantes em relação à definição do mínimo existencial na visão de Ricardo Lobo Torres. A primeira, é de que o autor adota visão *jusnaturalista* do mínimo existencial que, para ele, é um direito pré-constitucional (ao menos em sua dimensão negativa) [317]. A segunda é de que seria um direito "*indefinível, aparecendo sob a forma de cláusulas gerais e de tipos indeterminados e universal*". Terceiro, o autor

---

[316] TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial,* pp. 35-36.

[317] Nas palavras do autor: *"O mínimo existencial exibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana, constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade erga omnes, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente; é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social, é indefinível, aparecendo sob a forma de cláusulas gerais e de tipos indeterminados e universal, no sentido de que toca a todos os homens, independentemente de suas nacionalidades ou das classes sociais econômicas a que pertençam, é negativo, pois exibe o status negativos que protege o cidadão contra a constrição do Estado ou de terceiros; cria também o status positivus libertatis, que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia da liberdade e das suas condições essenciais; postula garantias institucionais e processuais que provocam custos gerais para o Estado; é plenamente justiciável; independe de complementação legislativa, tendo eficácia imediata"* (*O direito ao mínimo existencial,* pp. 39-40).

afirma que nesse "*status negativus*", o direito ao mínimo existencial assumiria o caráter de direito absoluto, mas que sofreria *"limitações fáticas que podem comprometer o seu exercício"*, tais como "*casos de extrema injustiça ou insegurança decorrentes de subversão da ordem pública, de guerra e de calamidades públicas"* nas quais ocorrem ofensas à vida e à dignidade humana, mas que, contudo, não poderiam ser evitadas pelo Estado e nem gerariam a sua responsabilidade civil pois *"não é ele um segurador universal"*[318]. Quarto e por fim, o autor afirma que *"a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres"*. Para o autor, portanto, os direitos sociais só teriam o caráter de fundamentais naquilo que corresponderia ao mínimo existencial, deixando o restante para obtenção através do exercício da "*cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático*" [319]. A nosso ver, essa definição contém uma série de problemas que dificulta não só a utilização do conceito, sua defensabilidade, bem como sua utilidade. A ela retornaremos mais adiante.

Há quem se esforce para atribuir parâmetros mais objetivos ao mínimo existencial, indicando quais – e em que extensão – determinados direitos sociais estariam inclusos nessa definição. Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos indica como critérios a educação, a saúde básica, a moradia, a assistência social e o acesso à justiça. [320].

No que se refere à jurisprudência pátria, o mínimo existencial se apresenta menos delineado, como um conceito mais geral ligado à dignidade da pessoa humana, geralmente reproduzindo o entendimento doutrinário, e sempre no contexto de um embate com a reserva do possível. Além disso, a maioria dos 32 acórdãos analisados[321] (sendo quatro do Supremo Tribunal Federal e os outros vinte e oito do Superior Tribunal de Justiça) menciona a decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello na Ação de

---

[318] TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, p. 115.
[319] TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, p. 41.
[320] BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 258.
[321] Pesquisa realizada no website do STF (www.stf.jus.br) e STJ (www.stj.jus.br) a partir do critério "mínimo existencial" no campo Pesquisa Livre. Para justificativa, dificuldades e críticas à pesquisa jurisprudencial, v. nota anterior desenvolvida neste Capítulo.

Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, proferida em 29 de abril de 2004. Outra característica importante revelada a partir da análise das decisões dos Tribunais Superiores é a recorrente relação da fundamentalidade do direito invocado para concluir por sua justiciabilidade[322] ou não (e, consequentemente, pela oponibilidade ou não à reserva do possível) e sua caracterização como "limite aos limites".

Ainda que a doutrina e a jurisprudência acima transcritas sejam uma parte do todo, isto é, apenas representativas do que se tem escrito sobre o tema, é possível identificar algumas características comuns – embora não estejam necessariamente presentes em todos os casos – no conceito de mínimo existencial delineado atualmente. De fato, no estabelecimento do que estaria incluso nesse mínimo existencial (isto é, na tarefa de delimitação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais) verifica-se que o grande propósito por trás da proteção desses direitos é a tentativa de estabelecer um critério objetivo para a justiciabilidade dos direitos fundamentais. Nessa tentativa, dois parâmetros são comumente utilizados nos conceitos acima analisados: (i) a relação com a *essencialidade* ou *fundamentalidade* do direito invocado (geralmente apontado em íntima relação com a dignidade da pessoa humana); e (ii) sua inoponibilidade frente à reserva do possível, isto é, *"a necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial"* independentemente da existência de dinheiro em caixa[323].

O que se quer dizer é que, para a doutrina e jurisprudência majoritárias, a justiciabilidade dos direitos sociais depende da essencialidade dos direitos invocados – daí a

---

[322] Assim, por exemplo, no AgReg no RE 410.715-5/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Pesquisa realizada por Silvia MARQUES e Sueli DALLARI a partir dos processos judiciais de fornecimento de medicamentos pelo Estado de São Paulo de 1997 a 2004 revelou que em mais de 80% dos casos os juízes entenderam que o *"direito de todos os indivíduos à saúde deve ser garantido integralmente, a despeito de questões políticas, orçamentárias ou entraves burocráticos"* ("Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo", in *Revista de Saúde Pública*, 41(1), 2007, pp. 101-107).

[323] Parcela da doutrina e da jurisprudência parte da distinção entre reserva possível fática e jurídica para afirmar que o mínimo existencial restaria protegido ante à reserva do possível jurídica, mas não fática. Nesse sentido, v. entendimento do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Humberto Martins no julgamento do REsp nº 1.185.474, DJe 29/04/2010: *"Portanto, é possível que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência de recursos. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável"*. É interessante notar que tal voto foi proferido em demanda em que se discutia o direito à creche aos menores de zero a seis anos, que é estatuído por regra constitucional expressa (art. 208, incisos I e IV da Constituição Federal).

utilização de termos como *vida digna, jusfundamentalidade do direito,* dentre outros – que seriam determinantes para se concluir pela possibilidade, ou não, de exigi-los em juízo em caso de omissão estatal. A partir daí, criar-se-ia uma "regra" de aplicação objetiva, no âmbito do tudo-ou-nada. A lógica seria a seguinte: é essencial, ou fundamental (ou jusfundamental), ou constitui necessidade básica do cidadão, ou provimento sem o qual ele não consegue ter uma *vida digna*? Então faz parte do mínimo existencial e é, portanto, dever do Estado garantir esse direito, pouco importando a existência ou não de recursos. É aqui que o mínimo existencial funcionaria como um *limite aos limites* e todo o "restante" do direito fundamental em jogo (que ultrapassa o mínimo existencial) seria passível de ponderação diante do caso concreto.

Essa ideia fica clara na ementa do seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça ao tratar do fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde:

> *"Administrativo. Controle Judicial de Políticas Públicas. Possibilidade em excepcionais. Direito à saúde. Fornecimento de medicamentos. Manifesta necessidade. Obrigação do poder público. Ausência de violação do princípio da separação dos poderes. Não oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial.*
>
> *1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma 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 fundamentais.*
>
> *2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.*
>
> *3. In casu, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de*

demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" [324].

Algumas considerações aqui precisam ser feitas. A primeira é que o conceito de mínimo existencial na esteira da doutrina e jurisprudência majoritária traz em si a delimitação de um conteúdo essencial de forma *apriorística*, isto é, a partir de um suporte fático restrito, com limites imanentes ao direito fundamental, até se chegar ao seu conteúdo essencial – com todos os problemas já expostos nos tópicos anteriores, isto é, a dificuldade de delimitar esse conteúdo e a desnecessidade de fundamentação constitucional para fazê-lo. A segunda refere-se à incoerência do conceito. Afinal, a característica da adoção de um suporte fático restrito aliado à teoria interna de restrição dos direitos fundamentais e à teoria absoluta para delimitar seu conteúdo essencial parte justamente da *negativa da proporcionalidade* – que é, paradoxalmente, amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência pátrias. Em outras palavras, há, no Brasil, aquilo que Virgílio Afonso da Silva denominou "sincretismo metodológico", com a mistura de conceitos imiscíveis – conteúdo absoluto e proporcionalidade.

Esse sincretismo também é verificado em outro ponto: ao mesmo tempo em que a doutrina e a jurisprudência pátria adotam amplamente a Teoria dos Princípios de Robert Alexy – para quem princípios e regras são conceitos *axiologicamente neutros* – justifica-se uma proteção ao mínimo existencial com base na *fundamentalidade* do direito. Tudo isso gera uma incoerência metodológica de difícil sustentação e controle na aplicação do conceito, resultando, no mais, em insegurança jurídica.

É o que acontece, por exemplo, no caso do direito à educação. A justiciabilidade imediata do ensino fundamental e creche decorre não da fundamentalidade ou importância do direito – que é de fato indiscutível – mas da *estrutura de regra* que possui o art. 208, IV, da Constituição Federal. O mesmo se diga em relação à impenhorabilidade do bem de família[325], à gratuidade do transporte público para maiores de 65 anos[326], dentre diversos outros exemplos em que os Tribunais invocaram o mínimo existencial e a fundamentalidade dos direitos para justificar sua imediata justiciabilidade – quando, na

[324] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp nº 1.136.549/RS, Relator Ministro Humberto Gomes Martins, DJe 21.06.2010 – grifamos.
[325] STJ, REsp 1.217.219/PR, Relator Ministro Castro Meira, DJe 04/04/2011; STF, AgRg no RE 410.715-5/SP, Relator Ministro Celso de Mello, j. em 22/11/2005.
[326] STF, ADIn 3.768-4/DF, Pleno, Relator Ministra Carmen Lúcia, j. 19.09.2007.

verdade, decorrem simplesmente do fato de serem regras constitucionais expressas[327]. Ou seja, muitas vezes o mínimo existencial é invocado como mero argumento de retórica. Afinal, se esses direitos são imediatamente judicializáveis, isso se deve ao caráter de *regra* que reveste os comandos constitucionais a ele relacionados.

Retomando-se as premissas analisadas nos tópicos anteriores, verificamos que o grande problema da definição do mínimo existencial de forma *apriorística,* isto é, desconectada da proporcionalidade e, consequentemente, da análise do caso concreto é a mesma da adoção de um suporte fático restrito para as normas de direito fundamental, da teoria interna de definição dos limites dos direitos ou do conteúdo absoluto dos direitos fundamentais: a *precisa* definição daquilo que seria ou não protegido pelo mínimo existencial. A dificuldade assume contornos ainda maiores quando se verifica que parte da doutrina lhe atribui o caráter de *regra*[328], que seguiria, portanto, a aplicação do tudo-ou-nada: ou se garante o mínimo existencial, ou haveria violação ao conteúdo essencial do direito fundamental pleiteado em juízo.

Tudo isso, aliado ao *sincretismo metodológico* dificulta não só a definição (delimitação) do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, mas carece a segurança jurídica que é atribuída pela fundamentação constitucional (que, no caso da definição apriorística, não ocorre).

O resultado é uma mistura de ideias, conceitos, definições, proposições que pouco – ou nada – ajudam. Ao invés de proteger, a adoção desse conceito desconectado da situação concreta e de forma apriorística acaba-se por criar o efeito contrário da desproteção, ante a falta de controle.

Retoma-se a definição de Ricardo Lobo Torres, que é bastante sintomática quanto aos problemas que delimitações de conteúdo essencial como esta podem enfrentar. Como afirmado parágrafos acima, as dificuldades resultam não só da definição do conceito

---

[327] Isso sem contar com algumas situações "extremadas", como nos julgados do Superior Tribunal de Justiça em que se reconheceu o direito a um mínimo existencial às pessoas jurídicas (AgRg no REsp nº 1.217.839/DF e AgRg no RE 1.182.130/PR).

[328] Assim o faz Ana Paula de Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*, pp. 305-306).

por partir de uma delimitação apriorística, mas também de sua defensabilidade e utilidade. De forma sintética, podem-se apontar as seguintes dificuldades, que serão tratadas nos tópicos adiantes: (i) a relação com a dignidade humana; (ii) a atribuição de um caráter absoluto aos direitos fundamentais; (iii) a pouca utilidade do conceito.

IV.7.1 A RELAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL COM A DIGNIDADE HUMANA

A relação com a dignidade da pessoa humana é absolutamente insuficiente para delimitação do mínimo existencial. Isso porque se trata de mais um conceito cuja delimitação é, para dizer o mínimo, extremamente complicada[329]. Não há como definir com precisão cartesiana o que seria dignidade humana, tampouco *vida digna*. Em outras palavras, todos os problemas relacionados à definição do que deve fazer parte desse conteúdo voltam à tona, tal qual ocorre com a fundamentação do suporte fático restrito e da teoria interna (e limites imanentes dos direitos fundamentais).

Nesse contexto, tenta-se atribuir um caráter diferenciado à dignidade da pessoa humana, que teria, simultaneamente, uma parte com caráter de regra e outra com caráter de princípio, sendo que somente esta última parte seria relativizável, isto é, ponderável no caso concreto, e devidamente fundamentada[330]. Mas ainda que se atribua essa estrutura diferenciada

---

[329] Muitos autores já se dedicaram ao estudo do tema na tentativa de estabelecer balizas para a definição do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que, se não é possível dizer com exatidão o que é o princípio da dignidade humana e qual a extensão do direito à vida digna garantida por esse princípio, é possível identificar algumas hipóteses em que a dignidade resta violada. Assim, por exemplo, no caso da tortura, que é expressamente vedada pela Constituição Federal em seu art. 5º, III. Sobre maiores discussões acerca do princípio da dignidade humana, v. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Também Ana Paula de Barcellos se dedicou ao assunto. A autora acredita que, assim como o dever de motivação, seria possível realizar um controle daquilo que não estaria abarcado pelo princípio da dignidade humana (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p.

[330]Esse é o posicionamento de ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais (trad. De Virgílio Afonso da Silva).* São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 95). Também compartilham desse entendimento SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, *e* BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, pp. 193-194. Para Virgílio Afonso da Silva, contudo, a dignidade humana enquanto princípio segue a mesma estrutura dos demais, podendo, portanto, ser relativizado em determinado caso concreto, exceto nos casos em que a própria constituição determine condutas absolutamente vedadas nesse âmbito (como ocorre com a vedação à tortura e tratamento degradante, prevista no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal). Para o autor, esses seriam casos em que a norma constitucional assume o caráter de *regra*, justificando, portanto, sua impossibilidade de relativização *nesses casos* (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, pp.200-202).

(como o faz Alexy) recai novamente sobre o mesmo problema da dificuldade de identificação, *a priori*, daquilo que corresponderia à "parte regra".

De mais a mais, atribuir à dignidade o conteúdo essencial de todos os direitos fundamentais resulta em dois problemas principais[331]. O primeiro deles consiste no fato de que se todos os conteúdos essenciais são coincidentes com a dignidade humana significa dizer que é apenas a dignidade que tem um conteúdo essencial absoluto. Todos os outros direitos teriam, assim, um conteúdo relativo, restringível até mesmo por completo em alguns casos concretos. Ou seja: a teoria absoluta, aqui, cai por terra e aproxima-se muito da teoria relativa. O segundo problema dessa estratégia reside no risco de hipertrofia da dignidade. Esse fenômeno, aliás, não é desconhecido no ordenamento brasileiro. A análise da jurisprudência do STF dá conta de um sem número de julgados em que há remissão direta à dignidade da pessoa humana sem que haja, contudo, verdadeira relação entre o direito que se pretende proteger no caso concreto e a dignidade da pessoa humana[332].

Finalmente, a relação do mínimo existencial com a dignidade humana (ou garantia a uma vida digna) não é suficiente para explicar a existência de diferentes mínimos existenciais, ainda que se lhe admita certa adaptabilidade a uma realidade cambiável. Assim, por exemplo[333], o mínimo existencial pode ter patamares muito maiores na Alemanha, isto é, incluir *mais direitos a prestações* que no Brasil. Isso não significa, contudo, que um alemão seja "mais digno" que um brasileiro.

---

[331]Cf. SILVA, Virgilio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, pp. 192-193.

[332]Conforme afirma Virgílio Afonso da SILVA, *"apenas nos seis primeiros meses de 2005, ao menos nove decisões apontaram algum tipo de ofensa à dignidade da pessoa humana. Diante disso, pode-se dizer que ou a dignidade humana é, no Brasil, constantemente desrespeitada, ou tal garantia tem servido como uma espécie de enorme "guarda-chuva", embaixo do qual diversas situações, que poderiam ser resolvidas por meio do recurso a outras garantias constitucionais e até mesmo infraconstitucionais, acabam sendo amontoadas em busca de proteção. Claro que não é o caso, aqui, de ser ingênuo a ponto de pensar que no Brasil todos têm sua dignidade respeitada a todo tempo. Imaginar isso em um país em que parte considerável da população vive abaixo da linha de pobreza e que tem a quarta pior distribuição de renda em todo o planeta seria muito inocente. Mas também seria uma ingenuidade pensar que é essa situação social indigna que gera o constante recurso à garantia da dignidade humana no discurso acadêmico e forense no Brasil. Não são esses casos de vida indigna que chegam aos juízes; até porque aqueles que vivem nessa situação poucas chances têm de ter acesso ao Judiciário. A inflação no uso da dignidade humana no discurso forense não tem ligação direta com a realidade social do país, e é um fenômeno limitado exclusivamente ao discurso jurídico"* (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, pp. 193-194).

[333]O exemplo em questão foi mencionado por Virgílio Afonso da Silva em discussão sobre o tema, em auxílio à elaboração do projeto de qualificação deste trabalho.

Esse uso "frouxo", por vezes demasiadamente ampliado, que se faz do princípio da dignidade da pessoa humana acaba por inferiorizá-lo. Retomando-se a jurisprudência do STF, são várias as decisões em que o princípio é utilizado apenas como um verniz argumentativo, como forma de fortalecer ou qualificar outros princípios, geralmente vinculados a outros princípios constitucionais que têm por objeto específico outros direitos com conteúdo próprio, distintos da dignidade da pessoa humana, ainda que se possa a ela relacioná-la. Assim, a dignidade humana é invocada quando se fala do direito à moradia, à saúde, à educação, a um processo célere, à liberdade de expressão, ao trabalho, às condições do encarcerado, dentre diversas outras situações – todas protegidas por normas específicas, diversas do princípio da dignidade humana. Tudo isso contribui, muitas vezes, para a confusão que se encontra nos julgados ou no discurso comum sobre a dignidade humana[334].

Daí porque conceituar o mínimo existencial como o núcleo indispensável para uma "vida digna" pouco auxilia na construção do conceito. Ao contrário, transforma-se em verdadeira tautologia entre dois conceitos de difícil delimitação – sobretudo se essa delimitação se der desconectada da situação concreta. É claro que a dignidade humana, como princípio estruturante do Estado de Direito, guarda relação com o mínimo existencial do direito social invocado. O que se quer evitar, aqui, é uma correspondência entre o *conteúdo* do mínimo existencial e o *conteúdo* do princípio da dignidade humana, uma vez que, como visto, a relação pouco contribui para a delimitação do mínimo existencial.

IV.7.2 A INEXISTÊNCIA DE DIREITOS ABSOLUTOS

Há ainda outro ponto que evidencia a inconsistência da definição adotada pela doutrina majoritária. Embora exista um consenso geral de que não existem direitos absolutos, sendo todos passíveis de ponderação diante de uma situação concreta, a definição atualmente

[334]AMANCIA, Natália Alves. *O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF* (monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP), São Paulo, 2010, disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/197_Monografia%20Natalia%20Amancia.pdf, acesso em 17.08.2012, pp. 6-8. A autora identifica dois "motivos rivais" que estão na base da multiplicidade conceitual da dignidade humana e que acabam por contribuir por seu esvaziamento, por falta de precisão quanto a seu conteúdo normativo: de um lado, a concepção individualista, de matriz Kantiana; de outro, a concepção social, de Amartya Sen.

atribuída ao conceito de mínimo existencial induz à conclusão que haveria um núcleo mínimo, inoponível à reserva do possível e impassível de ponderação – absoluto, portanto.

Essa definição decorre intuitivamente da correspondência que se faz entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o conceito do mínimo existencial: da mesma forma que o princípio da dignidade seria absoluto, o conteúdo do mínimo existencial também o seria.

Novamente, trata-se de uma questão de coerência metodológica. Como visto neste capítulo, a adoção da teoria dos princípios e da ponderação como método de colisão entre os direitos fundamentais é incompatível com a ideia de princípios absolutos. Isso não significa que o conteúdo essencial dos direitos fique desprotegido. A proteção é a existência ou não de fundamentação constitucional para uma determinada restrição, se a restrição é proporcional (ainda que atinja o conteúdo essencial de determinado direito). Daí porque podem existir situações em que o núcleo essencial do direito seja atendido sem que isso signifique violação ao direito. Por outro lado, mesmo uma pequena restrição que não atinja o conteúdo essencial do direito pode ser desproporcional, se não houver fundamentação constitucional.

Retomando-se o conceito de Ricardo Lobo Torres, verifica-se que o próprio autor contesta suas premissas: embora afirme que em seu “status negativus”, o direito ao mínimo existencial assumiria o caráter de direito absoluto, o autor admite que o mínimo existencial possa sofrer limitações fáticas..

Afirmar que o direito absoluto pode sofrer “limitações fáticas” significa dizer que, ao final, ele não é absoluto. Por mais intuitiva que possa parecer a necessidade de uma delimitação apriorística do conteúdo essencial, do mínimo existencial dos direitos fundamentais (sociais ou não), o fato é que a argumentação para sustentá-lo diante de uma situação fática que o coloca à prova é muito mais dura, revelando as inconsistências.

IV.7.3 A POUCA UTILIDADE DO CONCEITO

Uma terceira crítica é possível ser feita em relação à definição do mínimo existencial desconectado do caso concreto: a utilidade reduzida de um conceito nesses termos.

Retomando-se a ideia majoritariamente defendida sobre o mínimo existencial (núcleo duro, absoluto, definido *a priori*), já se expôs exaustivamente a grande dificuldade de definir o que faria parte desse núcleo, excluindo-se de antemão todas as condutas e fatos que não integrariam o conceito. O resultado é que um modelo que se baseia na redução *a priori* do âmbito de proteção de direitos fundamentais tende a significar também uma garantia menos eficaz desses direitos, já que essa exclusão carece de fundamentação para a intervenção estatal (ou não intervenção, no caso dos direitos sociais).

Em outras palavras, o conceito criado para proteger os direitos sociais (ainda que restritos ao conteúdo essencial), acaba por reduzir a eficácia na proteção desses direitos tanto nas atividades legislativa quanto jurisdicional, excluindo da exigência de fundamentação uma série de atos que inegavelmente restringem direitos[335].

A utilidade desse conceito torna-se ainda mais reduzida diante de uma análise empírica das demandas em que se pleitearam direitos sociais. Tomando-se como exemplo o caso da saúde – que é o mais emblemático e responsável por um número considerável das demandas que chegam ao Judiciário pleiteando a concessão de medicamentos – observa-se que o Poder Judiciário tem se manifestado quase sempre em favor do usuário quando se trata de solicitações de medicamentos, concedendo até mesmo medicamentos não padronizados pelo Ministério da Saúde.

Uma pesquisa[336] realizada a partir de ações judiciais individuais para fornecimento de medicamentos propostas por usuários do Sistema Único de Saúde – SUS contra o Estado do Rio de Janeiro no ano de 2005 revelou que, do universo final de 2.062 ações com sentenças proferidas até dezembro de 2006, em 89% dos casos (precisamente

---

[335] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 125.
[336] BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alice Dominguez. "Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005", in *Cadernos de Saúde Pública*, 26(1), Rio de Janeiro, jan. 2010, pp. 59-69.

1.829) os pedidos foram julgados totalmente procedentes e os medicamentos pleiteados foram concedidos pelo juiz nos exatos termos dos requerimentos dos usuários. Em 7% dos casos os pedidos foram julgados parcialmente procedentes[337] e em 1% dos casos o próprio Estado ou Município réu da ação reconheceram que os medicamentos solicitados eram devidos. Os restantes 3% referem-se a situações em que o juiz não chegou a analisar o pleito, em razão do falecimento do autor, desistência da ação, abandono do processo ou interrupção no uso do medicamento requerido[338].

É claro que esse percentual é reflexo de pedidos endereçados ao Judiciário em sede de antecipação de tutela ou liminar para que o medicamento pleiteado fosse fornecido desde logo, dispensando a necessidade de consulta pelo juiz a órgãos técnicos ou perito médico. Também é possível que boa parte desses pleitos tenha sido revogada em segunda instância, o que, aliás, tem acontecido com maior frequência à medida que os juízes vão se familiarizando com o assunto[339]. Não se tem notícia, nessa pesquisa, se a motivação dos juízes nessas ações fez referência ao mínimo existencial como critério para concessão desses medicamentos. De todo modo, verifica-se que o critério do mínimo existencial tal qual desenvolvido pela doutrina majoritária é praticamente desnecessário: mesmo sem um verdadeiro delineamento do que seria o "mínimo existencial" (e se nele estaria inserto a concessão de medicamentos), o juiz, entre a cruz e a espada, acaba por conceder o medicamento ao usuário no mínimo em 89% dos casos, alguns inclusive de alto custo e sem eficácia comprovada.

Poder-se-ia dizer que, nesse contexto, o mínimo existencial assumiria uma função de *filtro,* garantindo então uma utilidade ao critério. Vale dizer, funcionaria como um "filtro" para afastar aquelas demandas em que se pleiteiam medicamentos sem eficácia

---

[337] Segundo as autoras, a parte improcedente referia-se a outros itens pleiteados além dos medicamentos, tais como leitos, seringas, luvas descartáveis, aparelhos para medir glicose, etc. Ainda assim, os medicamentos pleiteados correspondem à parte procedente da ação, portanto.

[338] Daniel Wei Liang WANG pondera que, até o ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal *julgou sempre por unanimidade* no sentido de obrigar o poder público a fornecer todos os pedidos de medicamentos ou tratamentos médicos requeridos, rejeitando todos os argumentos concernentes à dotação orçamentária e à escassez de recursos. Nas palavras do autor, *"os recursos econômicos, ao invés de meio para criação de políticas públicas para promoção do direito à saúde, são vistos como obstáculos à sua realização"* (*Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde*, p. 45).

[339] Nesse aspecto assume importante papel a decisão proferida pela Presidência do Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 145 em que foram estabelecidos alguns parâmetros para a análise de pleitos relativos aos medicamentos.

comprovada, sem registro na ANVISA, não previsto nas listas do SUS (PNM[340] e RENAME[341]). Mas também aí não teria sentido defender um mínimo existencial definido *a priori*, *pois* nas situações extremas pode ser que o único medicamento disponível para a cura de determinada doença não exista no Brasil, não seja regulamentado pelo Ministério da Saúde e, consequentemente, não conste das listas acima. Não teria o usuário, nessa situação, direito a uma *vida digna*?[342]

O exemplo (ainda que não isento de falhas[343]), é importante para evidenciar a utilidade reduzida do mínimo existencial definido *a priori*, por ser praticamente impossível defini-lo sem levar em consideração a situação concreta. E por situação concreta entenda-se (i) urgência do pleito; (ii) eficácia (comprovada ou não) do medicamento; (iii) gravidade da doença; dentre inúmeras outras variáveis que influenciarão o juiz na tomada de sua decisão – inclusive a existência de previsão orçamentária (reserva do possível) ou o cumprimento da política pública de saúde pelo órgão executivo réu nessas demandas. O que se quer dizer é que, no final das contas, o mínimo existencial será oponível inclusive à reserva do possível, ao contrário do que defende a doutrina majoritária. E será, portanto, passível de ponderação – revelando, uma vez mais, o sincretismo metodológico característico da nossa doutrina e jurisprudência, que dificulta o desenvolvimento de parâmetros eficientes para o controle jurisdicional de políticas públicas.

No mais, acreditar na definição de um mínimo existencial *a priori* como forma de identificar aquilo que poderia ser imediatamente judicializável em face do Estado não só não soluciona o problema como pode agravá-lo. Afinal, mesmo com todos os avanços

---

[340] Política Nacional de Medicamentos, aprovada pela Portaria 3.916/98.

[341] Gerência Técnica de Assistência Farmacêutica, Secretaria de Políticas de Saúde, Ministério da Saúde. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME.

[342] Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos pondera que *"a maior ou menor eficácia das disposições constitucionais que tratam do tema deve estar relacionada às prestações de saúde disponíveis e não às condições de melhores ou piores de saúde das pessoas, mesmo porque muitas vezes não há qualquer controle sobre o resultado final que uma determinada prestação de saúde produzirá no paciente"*. ("O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata", in *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. (coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 804).

[343] Podem-se identificar as seguintes falhas: (i) ainda que se duvide desse fato, não se sabe se a motivação das decisões analisadas tomou o mínimo existencial como critério para concessão dos medicamentos; (ii) parte do princípio de que estariam cobertos pelo mínimo existencial do direito à saúde o acesso a medicamentos que tenham eficácia comprovada no Brasil, o que não é um consenso, embora seja um critério normalmente indicado pela doutrina.

alcançados nas últimas décadas no que se refere ao acesso à Justiça[344], continuam excluídos do Judiciário a parcela da população mais carente e que mais necessita dele. Alguns estudos empíricos demonstram que mesmo nas demandas envolvendo os direitos sociais, a principal clientela do Judiciário brasileiro continua sendo a classe média[345].

Por outro lado, poder-se-ia dizer que o modelo adotado nessa dissertação do mínimo existencial, isto é, de conteúdo essencial definido como decorrência da aplicação do princípio da proporcionalidade, teria, ao final, mera função declaratória, mais simbólica que constitutiva[346]. Afinal, se tudo é produto da aplicação da proporcionalidade, a menção a esse critério no Anteprojeto de Lei de Políticas Públicas para a concessão ou negativa de determinado provimento judicial[347] em relação ao direito social pleiteado não faria nada além de reiterar, declarar um conteúdo essencial já protegido na adoção do princípio da proporcionalidade como técnica de solução dos conflitos entre direitos fundamentais.

Ainda assim resta maior utilidade nesse modelo que no modelo *apriorístico*. Isso porque o modelo defendido neste trabalho tem como principal vantagem *a criação de exigências de fundamentação para o aplicador do direito*. Exigências essas que levam a uma

---

[344] A título exemplificativo mencione-se o mandado de injunção, a lei de ação civil pública, a lei da ação popular, a criação dos juizados especiais, o Código de Defesa do Consumidor, dentre diversos outros mecanismos desenvolvidos para ampliar o acesso à justiça.

[345] SARMENTO, Daniel, nota n. 100, "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", p. 584. Fabíola Vieira e Paola Zucchi também realizaram pesquisa partindo da análise das ações judiciais com pedido de fornecimento de medicamentos movidos por cidadãos contra a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo durante o ano de 2005 e concluíram que 54% dos pacientes foram representados por advogados privados, sendo que 63% e moram nas áreas do município com menor grau de exclusão, o que seria um relevante indicativo de iniquidade na distribuição de recursos. (VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. "Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil", in *Revista de Saúde Pública*, 41(2), 2007, pp. 214-222). Todavia, tais dados devem sempre ser analisados com cautela, uma vez que existem pesquisas semelhantes que apontam para resultados diversos (MESSEDER, Ana Márcia; OSÓRIO-DE-CASTRO, Cláudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. "Mandados judiciais como ferramentas para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil", in *Cadernos de Saúde Pública*, 21(2) p. 527 e 530).

[346] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, p. 202.

[347] No Anteprojeto de Lei de Políticas Públicas, o mínimo existencial é usado como critério tanto para concessão da antecipação de tutela (art. 6º, *caput*) quanto para restrição das ações individuais (art. 26), no sentido de que somente aquelas que pleiteiam prestações equivalentes ao mínimo existencial do direito invocado é que poderiam ser demandadas individualmente. Para todas as outras demandas relacionadas aos direitos sociais, o pleito somente poderia ser endereçado coletivamente, mediante ação civil pública.

possibilidade mais sólida de diálogo intersubjetivo e, consequentemente, a uma maior proteção aos direitos fundamentais[348].

É claro que o modelo ora proposto não é isento de críticas, as quais, geralmente, são coincidentes às críticas endereçadas à teoria dos princípios de Robert Alexy. Afinal, Mas partindo-se da definição do mínimo existencial como o conteúdo essencial (sendo esse produto da aplicação do princípio da proporcionalidade), pode-se dizer que as críticas aplicam-se também em relação ao mínimo existencial. De todas as críticas, merecem destaque (i) a crítica feita à racionalidade do sopesamento como processo de solução de colisões entre princípios (que não seria capaz de excluir por completo a subjetividade na interpretação e na aplicação do direito); e (ii) a crítica relacionada à (aparente) insegurança jurídica desse método.

Com relação à racionalidade do método do sopesamento, os críticos costumam atribuir um excesso de subjetivismo ao juiz na aplicação da proporcionalidade, deixando extensa margem a mercê desse subjetivismo. Aqui, o equívoco está na premissa de que seria possível excluir por completo qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito. Nem mesmo o método da subsunção é capaz de fazê-lo. Afinal, mesmo nos casos de mera subsunção há liberdade para o intérprete: por mais que se trate de operação lógico-formal em que a conclusão deriva das premissas, a fundamentação dessas premissas e a interpretação dos termos nela contidos não são um processo lógico. Aqui, o grau de racionalidade não é diferente daquele presente no sopesamento[349]. O que se pode exigir de um procedimento de interpretação e aplicação do direito é a fixação de alguns parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo, ou seja, de parâmetros que permitam o controle da argumentação[350]. É o que o faz Ada Pellegrini Grinover[351], ao incluir a *racionalidade* como um dos limites ao controle de políticas públicas pelo Judiciário.

---

[348]SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* p. 124.
[349]SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* p. 149.
[350]SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* p. 148. No mesmo sentido, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
[351] GRINOVER, Ada Pellegrini. "O controle jurisdicional de políticas públicas", pp. 125-150. No mesmo sentido, v. SARMENTO, Daniel. "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", pp. 552-575; e AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

O mesmo se diga em relação à crítica quanto à falta de segurança jurídica que envolveria o critério do sopesamento (e consequentemente a definição do mínimo existencial como o produto da aplicação desse método). Ao contrário do que se imagina, a segurança jurídica não depende apenas do *método* de aplicação do direito, mas relaciona-se também com um mínimo de previsibilidade na atividade jurisdicional, que deve ser acompanhada – e cobrada – pela doutrina[352]. Ademais, a exigência de fundamentação constitucional para o modelo proposto atribui indiscutivelmente maior segurança jurídica ao sistema.

Isso não significa dizer, contudo, que a adoção de um modelo que parte do suporte fático amplo, da teoria externa de restrições aos direitos fundamentais e da teoria relativa para definição do conteúdo essencial seria o correto e o modelo "oposto" (suporte fático restrito, teoria interna e teoria absoluta) seria equivocado. Até porque, poder-se-ia dizer que a adoção da teoria interna adequa-se perfeitamente à ideia de mínimo existencial – núcleo absoluto de direitos fundamentais que não são passíveis de ponderação em um caso concreto, mas, ao contrário, são imediatamente exigíveis, independentemente de lei que os regule ou de decisão judicial que os garanta. Todavia, como já se afirmou anteriormente, a grande dificuldade da adoção do pressuposto fático restrito das normas de direitos fundamentais e da teoria interna que lhes estabelece limites imanentes, reside na *definição do que é protegido.* A mera menção à vida digna não é suficiente para delimitar o âmbito de proteção. Sem que se possa definir objetivamente, portanto, aquilo que é protegido pelo mínimo existencial, o conceito perde muito de sua utilidade. Cria-se mais um conceito marcado pela abertura semântica e, pior, garante-lhe imediata justiciabilidade sem que lhe seja atribuído qualquer contorno[353] em relação ao seu conteúdo.

---

[352]SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* p. 149: "*É a partir da cobrança de consistência e coerência em suas decisões e do conhecimento da história jurisprudencial do tribunal que cada um de seus membros ficará sempre compelido a ser coerente – e, por conseguinte, mais previsível em suas decisões*".

[353] Nesse sentido, cumpre destacar uma vez mais que os "contornos" que normalmente se atribuem ao mínimo existencial provêm de regras constitucionais expressas. É o que ocorre, por exemplo, no caso do direito à educação fundamental, que usualmente é apontada como um dos elementos integrantes do mínimo existencial. Acontece que esse contorno só é facilmente identificável como "mínimo" porque se trata de um *direito definitivo*, expressamente garantido por norma constitucional com estrutura de *regra.* É a Constituição que estabelece, no art. 208, inciso IV, que o ensino fundamental é o mínimo obrigatório. Na medida em que não há regras expressas em relação aos demais direitos sociais, surge a dificuldade de delimitar a extensão desses direitos que estaria amparada pelo conceito de mínimo existencial.

IV.8. O MÍNIMO EXISTENCIAL A PARTIR DA ANÁLISE DO CASO CONCRETO

Por tudo o que já se expôs, chega-se ao entendimento de que o mínimo existencial deve ser definido a partir de uma situação concreta, levando em consideração todos os elementos fáticos e jurídicos que circundam determinada situação em litígio.

Embora conte com menos adeptos, esse é o entendimento de autores igualmente de peso, tais como Ada Pellegrini Grinover, Daniel Sarmento e Gustavo Amaral.

Para Ada Pellegrini Grinover, o mínimo existencial corresponde "*à imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa, constituindo, mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei*" [354].

Mais adiante, a autora parte de um conflito entre "mínimos existenciais" (que nada mais é que uma colisão de direitos fundamentais em seus conteúdos essenciais) para identificar a existência de outros critérios, outros parâmetros *que envolvem a análise da situação concreta*[355], para concluir, ao final, que a intervenção judicial nas políticas públicas "*só poderá ocorrer em situações em que ficar demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo Poder Público, devendo o juiz pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade*".

De fato, já vimos que é praticamente impossível definir *a priori* o que está abarcado pelo conceito e solucionar pelo método lógico da subsunção. Ademais, a análise da situação concreta minimiza os riscos de equívoco, seja por exigir fundamentação, possibilitando o controle; seja por exigir a análise da situação como um todo, com todas as suas particularidades.

---

[354] GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas,* p. 133.

[355] A autora exemplifica essa colisão da seguinte forma: "Imagine-se que a Prefeitura decide construir um hospital num bairro pobre, que não tem saneamento básico, sendo que em bairro próximo existe outro hospital. Qual o mínimo existencial que deverá prevalecer? É aí que entra em ação o princípio da razoabilidade, que pode ser utilizado para corrigir uma política pública equivocada" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas,* p. 133).

O mesmo posicionamento é adotado por Daniel Sarmento[356], em cuja exposição fica clara a adoção da opção defendida neste trabalho:

> *"Entendo que a inserção ou não de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial não pode ser realizada in abstracto, ignorando a condição específica do titular do direito. Um exemplo: o fornecimento de um medicamento certamente integrará o mínimo existencial para aquele indivíduo que dele necessite para sobreviver, e não possua os recursos suficientes para adquiri-lo. Porém, o mesmo medicamento estará fora do mínimo existencial para um paciente que, padecendo da mesma moléstia, tenha os meios próprios para compra-lo, sem prejuízo da sua subsistência digna. Trata-se, em suma, de saber até que ponto a necessidade invocada é vital para o titular do direito, aferindo quais seriam as consequências para ele da omissão estatal impugnada"*[357].

É importante destacar que a adoção desse posicionamento não exclui a utilização do mínimo existencial como um importante critério para adjudicação dos direitos sociais. Ao contrário, cumpre função de relevo, que é estabelecer prioridades ao legislador e ao administrador (antes mesmo de pensá-lo como um critério endereçado ao juiz) por força de princípios constitucionais revestidos de elevado teor moral. O reconhecimento do mínimo existencial como um critério para o estabelecimento de prioridade legislativa reforça ao executivo o dever de realizar os gastos necessários para o atendimento das necessidades materiais mais básicas dos necessitados[358].

Nesse sentido, a adoção de parâmetros como aqueles delineados por Ana Paula de Barcellos para definição do mínimo existencial (educação básica, saúde, moradia, assistência social e acesso à justiça) assumiria o importante papel de reforçar as prioridades, legitimando o Judiciário a fiscalizar o cumprimento destas prioridades pelos demais poderes estatais. Todavia, repita-se, esse é *um dos* critérios, endereçados antes ao legislador e que, como tal, não assumirá caráter absoluto, mas será passível de ponderação diante da situação concreta. O que se quer dizer é que a adoção do mínimo existencial como um critério terá função declaratória (uma vez que os direitos sociais já são expressamente protegidos no texto constitucional) e, ao mesmo tempo, funcionará como *um dos parâmetros* para orientar a atividade legislativa, os gastos do executivo e, finalmente, o controle judicial.

---

[356] SARMENTO, Daniel. "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", p. 577.
[357] SARMENTO, Daniel. "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", p. 577.
[358] SARMENTO, Daniel. "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", p. 577.

Como consequência, a utilização do mínimo existencial como um critério reforça a possibilidade de submeter a juízo políticas públicas já estabelecidas pelo Governo[359] ou mesmo – e por que não? – a peça orçamentária para análise de sua razoabilidade e proporcionalidade[360].

É importante esclarecer que não se está admitindo que todo orçamento seja submetido ao Poder Judiciário para análise de sua constitucionalidade à luz do princípio da proporcionalidade. Isso, sem dúvida, seria uma invasão indevida de competências. Por outro lado não se pode concordar, por exemplo, com uma situação em que o poder público se nega a estender o saneamento básico para uma determinada comunidade carente quando tiver gastos maciços com publicidade ou com obras faraônicas. Em outras palavras, não se concorda com o posicionamento de que o mínimo existencial possa ser assegurado judicialmente de forma incondicional, independentemente de considerações acerca do custo do pedido em si ou mesmo o custo de universalização da prestação demandada. Todavia, quanto mais *indispensável* se afigurar uma determinada prestação estatal para o jurisdicionado, maior deve ser o ônus argumentativo imposto ao Estado para superar o direito *prima facie* garantido[361]. É

---

[359] Como ocorreu no famoso caso *Grootboom,* julgado em 2000, pela Corte Constitucional da África do Sul.

[360] De certa forma, foi o que decidiu o Tribunal Constitucional Alemão em recente caso julgado conhecido como "Hartz IV". O caso teve origem em um pacote de leis denominado "Pacote Hartz" que foi elaborado a partir dos relatórios de uma "Comissão de Especialistas" alemã (*Expertenkommissionen*) convocada para desenvolver recomendações na área de "Serviços Modernos no Mercado de Trabalho". O "pacote" compunha quatro leis (Hartz I a Hartz IV) e ganhou esse nome em função do condutor da Comissão, Sr. Peter Hartz, então um executivo da Volkswagen. Especificamente no que se refere a Hartz IV, essa lei unificou dois benefícios existentes para manutenção dos meios de sobrevivência de pessoas capacitadas no mercado de trabalho na Alemanha, quais sejam, o auxílio desemprego e a assistência social. Com a unificação, os benefícios passaram a se chamar "auxílio desemprego II", alterando-se o método de cálculo desses benefícios. Foram três casos originários que levaram à apreciação do Tribunal Constitucional Federal sobre a compatibilidade da Lei Hartz IV com os preceitos da Lei Fundamental, especificamente os artigos I, I GG e 20, I, GG, que tratam do princípio da dignidade humana e do mínimo existencial. A decisão do Tribunal Constitucional Alemão foi de que a Corte não teria poderes para, de acordo com suas próprias avaliações e estimativas, estabelecer o benefício, o que seria competência do legislador. Todavia, a Corte entendeu-se competente *para verificar se o legislador, para assegurar o mínimo existencial, fixou-o de forma justa, observando os dispositivos constitucionais* e se *escolheu um método adequado e transparente para a quantificação desses benefícios, indicando os elementos considerados e comprovando que seguiu, em todas as etapas, os princípios básicos do método selecionado.* Para maiores informações sobre a decisão, v. http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg10-005en.html e EGIDY, Stefanie. "Casenote - The fundamental right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Federal Constitutional Court", *The German Law Journal,* Vol 12, n. 11, pp. 1961 a 1982, disponível em http://www.germanlawjournal.org/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1961-1982_Egidy%20FINAL.pdf, acesso em 05/06/2012. Em português, v. HORBACH, Beatriz Bastide. "Benefícios Sociais e a garantia do mínimo existencial: o caso Hartz IV", in *Observatório da Jurisdição Constitucional.* Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011.

[361] SARMENTO, Daniel. "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", p. 579.

nesse sentido que o mínimo existencial, entendido como um dos critérios incidentes em determinada situação concreta, sem caráter absoluto, desenvolve um importante papel na proteção dos direitos sociais.

Também merece destaque o posicionamento de Gustavo Amaral[362] que, embora relacione a definição do mínimo existencial com o "grau de essencialidade" do direito invocado e com a "dignidade humana", reconhece a impossibilidade de definição apriorística e ressalta a necessidade da análise do conceito diante da situação concreta:

> "*Quão mais necessário for o bem para manutenção de uma existência digna, maior será o grau de essencialidade (...). Veja-se que, quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida*".
>
> E, mais adiante, conclui:
>
> "*Caberá ao aplicador ponderar essas duas variáveis, de modo que se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a escolha estatal será legítima"*.

Neste ponto, é importante retomar o embate do mínimo existencial com a reserva do possível, já mencionado neste trabalho. Partindo-se da ideia de que o mínimo existencial será o resultado da ponderação em determinada situação concreta, é intuitiva a conclusão de que ele será, pois, oponível à reserva do possível.

Vale dizer, o mínimo existencial, a reserva do possível (fática e jurídica), a razoabilidade, são todos parâmetros para o controle das políticas públicas, ainda que, por vezes, se posicionem em polos opostos: enquanto a reserva do possível tenta evitar a intromissão excessiva do Judiciário nas políticas públicas, afastando-se o mito do juiz Hércules[363], o mínimo existencial estabeleceria prioridades calcadas nas necessidades básicas da população, servindo tanto como critério ao legislador, quanto ao administrador e ao juiz. No "meio" deles se inseriria a razoabilidade, auxiliando no equilíbrio dessas tensões.

---

[362] *Direito, Escassez e Escolha*, pp. 211-216.

[363] A figura do juiz Hércules é uma referência ao conhecido trabalho de Ronald DWORKIN, *Levando os direitos a sério* (trad. Nelson Boeira), 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Em outras palavras, reitera-se o posicionamento já defendido neste trabalho de que o direito ao mínimo existencial não pode ser visto como absoluto, não se sujeitando à reserva do possível, e por duas razões: a primeira, porque não é coerente metodologicamente, isto é, a ideia é incompatível com a adoção do princípio da proporcionalidade e a técnica do sopesamento para solução de conflitos entre direitos fundamentais; a segunda, porque a solução não se coaduna com a situação fática do próprio país, marcado por uma sociedade desigual e cujos recursos não são capazes de assegurar de maneira imediata e igualitária as condições materiais básicas para a "vida digna" de todos os cidadãos.

Prova disso é que o próprio salário mínimo que, por imperativo constitucional (art. 7º, inciso IV), deveria ser suficiente para assegurar o mínimo existencial para as famílias que o recebem, não é, por vezes, suficiente. Por outro lado, não me parece que seria economicamente viável ao Estado brasileiro aumentar imediatamente o valor do salário mínimo para patamares que satisfizessem a imposição constitucional[364]. Infelizmente, determinações nesse sentido vão além da definição de um mínimo existencial absoluto que deva ser garantido em toda e qualquer hipótese, e passam não só pelas condições econômicas do país, como por diversas outras questões que não seriam solucionáveis simplesmente pela garantia do mínimo existencial.

[364] SARMENTO, Daniel. "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", p. 578.

CAPÍTULO V
JUSTICIABILIDADE IMEDIATA DO MÍNIMO EXISTENCIAL?

V.1. A EFICÁCIA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto no Capítulo III do trabalho, a classificação das normas constitucionais segundo a teoria de José Afonso da Silva parte da distinção de "eficácia" dessas normas, assim entendida como "a capacidade de produzir efeitos *jurídicos*". Com esse conceito, José Afonso tenta diferenciar *eficácia jurídica* da *eficácia social* das normas constitucionais, visando afastar, com isso, o problema da *efetividade* dessas normas. Em sua teoria, a efetividade estaria no campo da "eficácia social" e não seria, portanto, objeto de seu trabalho, que seria essencialmente jurídico.

A partir daí, o autor diferencia as normas entre normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada, cujo critério de diferenciação reside, basicamente, na necessidade (ou não) de regulamentação pelo legislador. Vale dizer, as normas de eficácia plena (de aplicabilidade direta e imediata) não dependeriam de nenhuma regulamentação para produzir seus efeitos; as normas de eficácia contida seriam aquelas dotadas eficácia plena, mas que *poderiam* ser objeto de restrição infraconstitucional (isto é, enquanto essa restrição ou regulação não existe, a eficácia da norma seria plena); e as normas de eficácia limitada seriam aquelas cuja produção plena de efeitos *dependeria* de regulação ou restrição infraconstitucional.

Dentro dessa classificação, as liberdades públicas e direitos políticos teriam eficácia plena, pois apenas dependeriam de uma *abstenção* do Estado, e não de uma regulamentação ou restrição posterior. De outro turno, as normas programáticas (que geralmente consagram direitos sociais) seriam normas de eficácia limitada, pois estes dependeriam sempre de atuação estatal para que pudessem "produzir efeitos". Nesse sentido, a baixa efetividade dos direitos sociais seria uma prova do caráter limitado das normas que o garantem, por necessitarem sempre de uma atuação estatal que, por sua vez, envolve um custo.

Todavia, *toda* norma constitucional depende de algum tipo de regulamentação, mesmo as liberdades públicas. Isso porque todas as normas são passíveis de restrição[365], não existe direito absoluto.

Ademais, *toda norma depende da ação estatal para produzir efeitos.* Mesmo as liberdades públicas possuem, em si, uma dimensão positiva (necessidade de atuação Estatal), além da dimensão negativa (não intervenção) que as caracteriza[366]. Utilizando-se de exemplo apresentado por Virgílio Afonso da Silva, o direito ao sufrágio, que se enquadra no âmbito das liberdades públicas, exige, como *condição para seu exercício*, uma série de ações estatais, como a criação e a manutenção de seções eleitorais e de juntas de apuração, a organização e manutenção de um órgão responsável pela coordenação e bom funcionamento das eleições (o TSE), a elaboração de uma legislação eleitoral e partidária que impeça fraudes ou um sistema não-competitivo de partidos, a criação e a manutenção de alguma forma de financiamento partidário etc. Sem tudo isso – conclui o autor – o texto constitucional é "*despido de qualquer possibilidade de produzir efeitos*"[367]. Da mesma forma, para que o art. 196 (direito à saúde) ou art. 205 (direito à educação) tenha a possibilidade de produzir efeitos, é necessária a criação de hospitais e escolas, a contratação de médicos e professores, bem como a elaboração de uma legislação que discipline a forma de financiamento desses serviços públicos.

Neste cenário, torna-se inadequada a distinção entre normas de eficácia plena, contida ou limitada, uma vez que em *qualquer* dessas situações, haverá necessidade de intervenção estatal para que o direito nela previsto seja exercido. Daí porque, provavelmente, a maior dificuldade na classificação tradicional reside na separação entre os conceitos de

---

[365]Destaca-se que não há distinção relevante, para os fins deste trabalho, entre restrição e regulamentação, visto que toda regulamentação é, de certa forma, uma restrição (a partir da ideia do modelo de suporte fático amplo das normas de direitos fundamentais), e toda restrição deve ter sempre como objeto a regulamentação do exercício de um determinado direito (justificativa constitucional para a restrição). Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* pp. 126-181).

[366]Há, portanto, uma *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*, de sorte que as liberdades públicas *"não garantem apenas direitos subjetivos aos indivíduos, mas constituem também uma dimensão objetiva de valores fundamentais. (...) A superação de uma concepção de liberdades públicas que garantam apenas uma abstenção estatal em face da autonomia dos indivíduos deu lugar, sobretudo, a três novas formas de efeitos jurídicos para essas liberdades: (1) os chamados efeitos horizontais, que são efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; (2) os direitos de proteção; (3) os direitos a organização e procedimentos"* (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* pp. 235-236).

[367]SILVA, Virgílio Afonso de. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia,* p. 233.

eficácia e de efetividade: não há como se destacar de uma norma sua produção de efeitos no plano concreto, isto é, suas consequências.

Mas então por que razão o exercício das liberdades públicas ocorre, salvo situações extremas, sem grandes dificuldades – e o Judiciário sequer titubeia em tutelá-las em caso de violação – ao passo em que as normas de direitos sociais enfrentam tamanha dificuldade de implementação?

A diferença (e aqui, novamente, se recorre a Virgílio Afonso da Silva) reside não no plano jurídico-analítico, mas no plano jurídico-empírico. Isto é, a diferença não está na norma, mas nas condições fáticas e jurídicas da situação concreta. Consequentemente, a efetivação dos direitos sociais não é uma "mera" questão de interpretação constitucional[368] ou da garantia de um mínimo, de um conteúdo essencial que possa imediatamente produzir efeitos, isto é, que possa ser exigido judicialmente. Nem é só uma questão de "falta de vontade política do governo", caso contrário, bastaria haver uma "vontade judicial" por parte dos juízes para que boa parte do problema fosse resolvida[369].

No caso das liberdades públicas, as necessárias condições institucionais, legais e financeiras já existem, pois já há um órgão que regula as eleições (direito ao sufrágio), que regulamenta a imprensa (direito à livre manifestação do pensamento), que fiscaliza os abusos de entidades associativas (direito à livre associação), assim como também já existem funcionários para trabalhar nesses órgãos e já há dotação orçamentária suficiente para garantir o exercício desses direitos. No caso dos direitos sociais – retomando-se os exemplos do direito à saúde e direito à educação – faltam condições institucionais (hospitais e escolas), legais e, sobretudo, financeiras para a contratação de bons professores e médicos, aquisição de material escolar, merenda, medicamentos e material hospitalar. O resultado é o que já conhecemos há tempos: faltam leitos e faltam bancos nas escolas. É pela falta dessas condições institucionais, recursos e, muitas vezes, de vontade política, que as normas que consagram os direitos à saúde

---

[368] Nesse mesmo sentido, Claudio Pereira de SOUZA NETO afirma que *"o problema não é apenas de interpretação do direito, mas de decisão política"* ("A Justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros", in *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie,* (coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 519).

[369] SILVA, Virgílio Afonso da. "O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculos à realização dos direitos sociais", in *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie,* (coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 592.

e à educação – e somente por estas razões – não são capazes de produzir os efeitos desejados. Há, portanto, diferenças *fáticas* que permitem que, no caso das liberdades públicas, "produzam efeitos no plano concreto" e, no caso dos direitos sociais, não.

Remanesce, ainda, a dúvida: se tanto as liberdades públicas quanto os direitos sociais exigem intervenção estatal e se ambos "custam dinheiro", por que essas condições institucionais são garantidas no caso das liberdades públicas e não o são no caso dos direitos sociais? Porque os direitos sociais – e isso é inegável – custam *muito mais* dinheiro[370].

De fato, os mesmos gastos para manutenção das instituições políticas, judiciais e de segurança necessários para a garantia dos direitos civis e políticos são também necessários para a garantia dos direitos sociais e econômicos. Ou seja, esses "gastos institucionais" que são diluídos na efetivação de qualquer direito não devem ser considerados quando se comparam os custos dos direitos sociais e econômicos com os custos dos direitos civis e políticos[371]. Além disso, enquanto boa parte dos custos das liberdades públicas é aproveitado de maneira global por todas elas, cada direito social exige uma prestação estatal exclusiva, e que não é aproveitada na realização de outros direitos sociais[372]. Tudo isso encarece ainda mais a realização efetiva desses direitos.

Em outras palavras, a questão da justiciabilidade dos direitos sociais não se relaciona com o suposto caráter programático que lhe atribuía a doutrina mais tradicional. Por outro lado, também não se tratam de direitos subjetivos definitivos. Afinal, não se pode desconsiderar a escassez de recursos, a existência de diferentes formas de realização dos direitos sociais, assim como o princípio democrático e da separação de poderes, que garantem a primazia do legislador para adoção das decisões competentes sobre o que deve ser priorizado e sobre como deve ser concretizado cada direito[373].

---

[370] SILVA, Virgílio Afonso da. "O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos Direitos Sociais", p. 593.
[371] SILVA, Virgílio Afonso da. "O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos Direitos Sociais", p. 593.
[372]SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 241.
[373] SARMENTO, Daniel. "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", p. 567.

Por fim, destaque-se que não se concorda com posicionamento adotado por alguns autores[374] de restringir a justiciabilidade dos direitos sociais ao mínimo existencial. Tal entendimento seria um verdadeiro retrocesso à evolução no reconhecimento dos direitos sociais que, hoje, já possuem sua sindicabilidade afirmada. Ademais, se em relação a todos os direitos fundamentais busca-se a máxima efetividade dentro daquilo que seja fática e juridicamente possível, por que deveríamos nos contentar com o *mínimo* naquilo que se refere aos direitos sociais?[375] São direitos reconhecidos e protegidos pelo ordenamento pátrio em sua inteireza, não pode o legislador infraconstitucional – tampouco a interpretação doutrinária e jurisprudencial – restringir *a priori* a sindicabilidade desses direitos.

Na esteira de tudo o que já foi dito, os direitos sociais são, portanto, direitos subjetivos *prima facie*, cuja justiciabilidade será determinada através de uma ponderação de interesses a ser feita em cada caso.

V.2. A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS – CRÍTICAS AO PROCESSO CIVIL INDIVIDUALISTA

A partir daí, verifica-se que a complexidade da tutela jurisdicional dos direitos sociais, que geralmente é muito maior que a das liberdades públicas, não tem relação direta com sua "eficácia jurídica". Ao contrário, há uma série de outras variáveis que influenciam nessa complexidade.

A primeira delas é que os direitos sociais têm inegável caráter coletivo. Ainda que se possa dizer que cada indivíduo tem direito à saúde, educação e moradia, esses direitos devem ser judicializados coletivamente[376]. E há décadas o processo civil brasileiro é pensado

---

[374] Esse é o posicionamento de Ricardo Lobo Torres: *"Em síntese, a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Esse é o caminho que leva à superação da tese do primado dos direitos sociais sobre os direitos da liberdade, que inviabilizou o Estado Social de Direito e da confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que não permite a eficácia destes últimos sequer na sua dimensão mínima"* (*O direito ao mínimo existencial*, pp. 80-81).

[375] SARMENTO, Daniel. "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", p. 579.

[376] Políticas Públicas só são (ou somente deveriam ser) judicializadas coletivamente. Todavia, não se descarta a importância das ações *indiretamente* coletivas, isto é, ações propostas individualmente que, em decorrência do pedido, assumem caráter coletivo. Assim o é, por exemplo, se um determinado indivíduo propõe uma ação para

para uma litigância individual, baseada quase que exclusivamente nas relações bilaterais da justiça comutativa em que os interesses em disputa são apenas aqueles das partes representadas, cuja transposição – como não poderia deixar de ser – mostra-se falha para o tratamento de demandas de natureza coletiva.

É claro que há tempos foram desenvolvidos importantes remédios para veicular as demandas coletivas – dentre as quais a ação civil pública assume inegavelmente maior destaque – mas verifica-se que, mesmo nesses casos, muitas vezes a condução do processo é realizada aos moldes de um processo de caráter individual em que haveria um litisconsórcio ativo.

Retome-se uma vez mais o exemplo do direito à saúde. De um modo geral, nas demandas em que se pleiteiam medicamentos, tratamentos médicos e outros bens ou serviços relativos ao direito à saúde, o raciocínio das cortes é feito da seguinte maneira: (i) se a Constituição garante o direito à saúde; e (ii) se há um indivíduo que não tem acesso a determinado medicamento ou tratamento; então (iii) é dever do Judiciário garantir que essa pessoa receba os bens pleiteados, pouco importando a escassez de recursos, a existência de outras políticas públicas ou quaisquer outras variáveis fáticas. Como visto neste trabalho, a justificativa para concessão geralmente parte do raciocínio de que, entre um direito fundamental à vida e argumentos de ordem financeira, este último não deve prevalecer.

Dentro dessa lógica, não é difícil perceber porque o Judiciário brasileiro é refratário às ações coletivas. Afinal, é muito mais fácil ao juiz conceder um tratamento ou um determinado medicamento que determinar que o Estado custeie determinados medicamentos ou tratamentos para um grupo de pessoas ou para todos os cidadãos integrantes de um determinado município. Isso explica, inclusive, o fato de que os juízes têm uma maior "visão consequencialista" [377] de suas decisões nos julgamentos das ações coletivas que das ações individuais. Um bom exemplo desse comportamento refratário é a decisão da ministra Ellen

---

obrigar o Município a construir rampas de acesso a deficientes físicos nas escolas. Embora o pleito seja individual, a concessão da tutela jurisdicional beneficiará a coletividade de deficientes daquele determinado Município. Isso não significa que se deva estancar a propositura de toda e qualquer ação individual, mas é importante, sim, restringi-las.

[377] Cf. tópico II.1.2.5.

Gracie que, na Suspensão de Tutela Antecipada STA 185/DF[378], chegou a afirmar que, em matéria de proteção judicial dos direitos sociais, deve-se adotar uma análise "pontual", "caso-a-caso", em detrimento da tutela coletiva, uma vez que esta repercute *"na programação orçamentária federal, ao gerar impacto nas finanças públicas"*, o que configuraria *"grave lesão à ordem pública, em sua acepção jurídico-constitucional"* [379].

O que acontece é que, na tutela coletiva, é inevitável que os juízes reflitam sobre a escassez dos recursos, em virtude do potencial de universalização do que foi pedido. Não há como decidir uma ação civil pública que afete todo um universo de pessoas sem considerar o seu efeito sobre políticas públicas em vigor e as verbas existentes. Nas palavras de Daniel Sarmento, *"o julgamento força uma análise de 'macrojustiça' que envolve a legitimidade do atendimento de determinados pleitos num quadro de escassez de recursos"* [380].

De fato, não é novidade que o Poder Judiciário brasileiro tem se mostrado muito mais generoso nas ações individuais do que nas ações coletivas. O que os juízes

---

[378] DJ 04/12/2007. A decisão suspendeu acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região que acolheu pedido formulado em sede de tutela antecipada em ação civil pública pelo Ministério Público Federal para obrigar a União a realizar no âmbito do SUS as cirurgias de redesignação sexual em transexuais. Destaquem-se os seguintes trechos da decisão da Ministra Ellen Gracie: *"Assevere-se, inicialmente, que os pedidos de contracautela formulados em situações relacionadas ao pagamento de tratamentos, cirurgias e medicamentos a pacientes têm sido analisados por esta Presidência, caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica, certo, ainda, que as decisões proferidas em pedido de suspensão, nesses casos, restringem-se ao caso específico analisado, não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual. (...) É dizer, no presente caso, não se está analisando uma situação concreta, individual, um caso específico, determinou-se, sim, à requerente que tome providências normativas e administrativas imediatas em relação aos referidos procedimentos médico-cirúrgicos, motivo pelo qual entendo que se encontra devidamente demonstrada a ocorrência de grave lesão à ordem pública, em sua acepção jurídico-constitucional, porquanto a execução do acórdão ora impugnado repercutirá na programação orçamentária federal, ao gerar impacto nas finanças públicas. Encontra-se, outrossim, devidamente configurada a grave lesão à ordem pública, em sua acepção administrativa, dado que a gestão da política nacional de saúde, feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos médicos-cirúrgicos que devem ser fornecidos gratuitamente à população brasileira, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Verifico, ainda, que, para a imediata execução da decisão impugnada no presente pedido de suspensão, será necessário o remanejamento de verbas originalmente destinadas a outras políticas públicas de saúde, o que certamente causará problemas de alocação dos recursos públicos indispensáveis ao financiamento do Sistema Único de Saúde em âmbito nacional"*.

[379] Não se discute aqui o mérito da decisão no sentido de determinar, em sede de antecipação de tutela, o cumprimento de medidas legislativas e administrativas *de caráter imediato* pela União (o que de fato resultaria em um desarranjo das políticas públicas de saúde). O que se questiona, aqui, é a *preferência* claramente manifestada pela Ministra Ellen Gracie à análise individual, "tópica", "caso-a-caso" em sede de controle de políticas públicas, com o que esta autora não concorda.

[380] SARMENTO, Daniel. "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", p. 584.

ignoram, contudo, é o efeito dominó que as ações individuais invariavelmente causam. Basta observar o aumento considerável das demandas exigindo medicamentos ou tratamentos médicos no Judiciário nos últimos anos. Ao decidir "com o coração" as prestações demandadas, sob a (equivocada) aparência de que os efeitos concretos daquela decisão sobre os recursos públicos seriam diminutos, o Judiciário acaba assegurando direitos que, diante dos recursos disponíveis e da existência de outras prioridades, não seriam universalizáveis[381]. Como resultado têm-se as distorções geradas no âmbito das políticas públicas, que prejudicam toda a racionalidade do sistema.

É a lógica perversa das ações individuais, que não só não elimina o problema como cria um cenário caótico para o administrador, comprometendo a possibilidade de o Estado implementar com eficiência as políticas públicas para atender aos direitos sociais da população.

Como já delineado no Capítulo II do Trabalho, o crescente impacto financeiro gerado por essas ações individuais que demandam principalmente bens e serviços de saúde do Poder Público tem suscitado as mais diversas críticas.

De um modo geral, as críticas se repetem, mudando apenas o nome que um ou outro jurista lhes atribuem: crítica democrática (quanto à legitimidade e separação de poderes); crítica técnica (quanto à capacidade do Judiciário); crítica econômica (as decisões judiciais, principalmente nas demandas individuais, impediriam a maximização dos benefícios produzidos pelos investimentos públicos, desorganizando as políticas públicas); a crítica da desigualdade quanto ao acesso à Justiça (a maior parte da clientela do Judiciário seria oriunda

[381] É o que acontece, por exemplo, com as demandas em que foram concedidos tratamentos médicos no exterior. Não são poucos os casos decididos pela concessão desses tratamentos. Podem-se citar os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: MS n. 8895, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 07/06/2004; REsp n. 616.460, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 21.03.2005; MS n. 8740, Rel. Min. João Otávio Noronha, DJ 09/02/2004; REsp n. 353147, Rel. Min. Franciulli Neto, DJ 18/08/2003, REsp 338373, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 24/03/2003. Realmente, os casos mais notáveis ocorrem no âmbito das ações propostas visando a obtenção de bens e serviços de saúde. Também são muitos os casos de decisões judiciais concedendo medicamentos ou tratamento médicos fora do consenso terapêutico, não incluídos nas listas de medicamentos do sistema público de saúde por não terem eficácia comprovada ou por possuírem medicamento similar mais barato já incluso na lista oficial, bem como medicamentos cuja comercialização não foi autorizada pela ANVISA ou mesmo medicamentos inexistentes no país. Tudo isso sem considerar os casos de tratamentos de altíssimo impacto financeiro se relacionados à verba disponibilizada no orçamento para as políticas públicas de saúde.

da classe média, de sorte que as decisões judiciais não cuidariam daqueles que de são de fato carentes de serviços sociais).

Sem embargo sobre o que já foi exposto neste trabalho, algumas dessas críticas merecem ser retomadas, pois relacionam-se diretamente às demandas individuais propostas perante o Judiciário e fazem uma análise correta do contexto brasileiro atual. São elas: (i) a falta de informações e conhecimento dos juízes para a intervenção no âmbito das políticas públicas; e (ii) as injustiças distributivas geradas por essas ações[382]. Daí sua importância em retomá-las, inclusive para se pensar alguns aspectos de como a judicialização das políticas públicas acontece atualmente.

Primeiramente, com relação à crítica de falta de informação e preparo dos juízes[383], parte-se do pressuposto de que a concretização dos direitos sociais não se dá pela mera adjudicação ou simples reconhecimento de uma obrigação de dar ou fazer por parte do Estado, mas envolve diversas outras variáveis mais complexas, que passam pela análise do orçamento, da verificação da existência de recursos, bem como das políticas públicas eventualmente já adotadas pela administração, além de pessoal e material para sua execução – todos assuntos muito adversos ao juiz acostumado a conduzir o tradicional processo civil individualista baseado na relação ganha-perde[384].

Portanto, uma decisão judicial que obrigue os Poderes Políticos a prover um bem ou a realizar uma política pública estaria determinando a forma como parte dos recursos deveria ser gasta, o que, aliado ao "despreparo" dos juízes, resulta nas distorções vistas na jurisprudência pátria, além de favorecer grupos ou indivíduos em detrimento de outros,

---

[382] Acredita-se que as críticas relativas à legitimidade institucional e democrática do Judiciário para interferir nas políticas públicas, assim como a crítica econômica, já foram superadas no Capítulo II do presente trabalho, pelo qual ora se dedica a essas duas vertentes, quais sejam, (i) da capacidade instrumental; e (ii) das desigualdades geradas pelo acesso à Justiça.

[383] Nesse sentido, v. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: teoria e prática.* São Paulo: Método, 2006, p. 120.

[384] Um exemplo bastante emblemático da quantidade de informações que envolvem a tomada de decisões no âmbito de políticas públicas é a política de distribuição de medicamentos. A "simples" escolha dos medicamentos que comporão a lista daqueles a serem distribuídos na rede pública envolve: (i) a análise da melhor evidência farmacológica-clínica; (ii) do perfil dos usuários dos medicamentos; (iii) da sua eficácia; (iv) segurança; (v) efetividade; (vi) dos requisitos de qualidade dos fármacos; (vii) da comodidade posológica; (viii) dos custos; e (ix) da disponibilidade no mercado. (OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; BERMUDEZ, Jorge Antônio Zepeda; OSORIO DE CASTRO, Cláudia Garcia Serpa. *Assistência farmacêutica e acesso a medicamentos.* Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007, p. 15-16).

podendo inclusive minar os esforços de um planejamento de política pública de longo prazo que beneficie um número maior de pessoas[385].

O caráter coletivo dos direitos sociais requer que políticas sejam pensadas coletivamente, o que os juízes, em regra, não fazem, seja por despreparo, seja por falta de informações que nem sempre são facilmente obtidas. Daí porque muitos sustentam que essa tarefa deve ser incumbência exclusiva do processo político, que por possuir mais informações a respeito teria, consequentemente, melhores condições de decidir, estabelecendo prioridades e os meios adequados para realizá-las.

A outra crítica relacionada com as demandas individuais que chegam ao Judiciário refere-se às desigualdades geradas pelas decisões nelas proferidas. Estudos indicam que a maior parte da clientela do Judiciário provém da classe média[386]. O raciocínio é de que as decisões explicitamente alocativas de recursos são, simultaneamente, desalocativas (a lógica do "cobertor curto"), e o foco centrado nas ações individuais pode funcionar como uma espécie de "Robin Wood às avessas" [387], por retirar recursos de políticas públicas destinadas aos mais necessitados para transferi-los para a classe média.

Algumas razões podem ser identificadas como causa das dificuldades do acesso pelos mais necessitados ao Poder Judiciário, mas, de um modo geral, pode-se dizer que a Justiça é cara e distante da maioria dos cidadãos.

De fato, sabe-se que quanto mais baixo o estrato social ao qual o cidadão pertence, menor é sua capacidade de informação em relação aos seus direitos e sobre a possibilidade de exigi-los no Judiciário. Tudo isso agravado por procedimentos formalistas, de linguagem complicada e ambientes intimidadores[388].

---

[385] SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes.* New York: W.W. Norton & Company, 1999, p. 95.
[386] SARMENTO, Daniel, nota n. 100, "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", p. 584; e VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. "Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil", pp. 214-222.
[387] SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos,* p. 584.
[388] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 24.

Ademais, ainda que se possa falar em assistência jurídica gratuita, a Justiça ainda é cara[389] e deficiente. As Defensorias Públicas, a quem caberia veicular as demandas relativas aos direitos dos mais necessitados, não recebem investimentos necessários, reduzindo-lhe a capacidade de ampliar ou mesmo atender a quantidade de demandas já existentes. Isso sem contar com o fato de que nem todos os Estados da federação possuem defensorias, de sorte que o trabalho de assistência jurídica acabou sendo transferido para a Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ), para Organizações Não-Governamentais ou para o Ministério Público, que é, atualmente, quem mais exerce o papel de "defensor dos direitos sociais".

Mas ainda que se concorde com parte dessas críticas, tais argumentos não são determinantes para justificar postura totalmente refratária do Poder Judiciário frente às demandas que buscam discutir em seu cerne políticas públicas estabelecidas pelos outros Poderes. Mesmo que a intervenção Judicial não seja o mundo ideal – seja em relação ao grau de participação social que esse Poder possibilita, seja porque não é capaz de eliminar as desigualdades geradas pelas decisões – a questão é que a não participação das cortes do processo decisório de políticas públicas não é a garantia de que legisladores e burocratas irão solucionar o problema. Daí a necessidade de se estabelecer um diálogo entre as instituições para possibilitar maior participação da população na definição e implementação das políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos sociais.

Nem tanto ao céu, nem tanto ao mar, portanto. Que as ações individuais não são a forma adequada de veicular demandas relacionadas a políticas públicas, todos sabemos. Isso não significa, contudo, que o Judiciário não possa atuar na interferência dessas questões, por tudo o que já foi desenvolvido na Parte I deste trabalho.

Sem dúvidas, há maior adequação das ações coletivas (especialmente a ação civil pública) no tratamento do assunto, e por vários motivos: primeiro, porque superam a dicotomia ganhador-perdedor existente nas ações individuais; segundo, porque naturalmente forçam os juízes a ter visão mais consequencialista de suas decisões; terceiro e principalmente, *porque abrem espaço para mais diálogo e negociação entre os poderes*, permitindo maior

[389] Seja em função dos custos diretamente envolvidos com o acesso à justiça (pagamento de custas, emolumentos etc.), seja indiretamente (contratação de advogado), a Justiça brasileira ainda é uma Justiça cara.

domínio das informações e reduzindo as chances de desarranjo de política pública já existente ou de outras prioridades legitimamente estabelecidas pelo ente da administração (melhor aproveitamento dos recursos escassos).

Em outras palavras, as ações civis públicas favorecem o diálogo institucional indispensável em matéria de políticas públicas. Isso porque tendem a possibilitar uma instrução processual mais completa, franqueando ao juiz um maior contato com as inúmeras variáveis envolvidas na implementação de políticas públicas de atendimento aos direitos sociais que tenderiam a ser negligenciadas nas ações individuais[390]. Além disso, o fato de serem antecedidas por uma fase de inquérito civil, em que se abre espaço para o diálogo entre as partes, permite à própria Administração entender e corrigir sua eventual falha, celebrando um Termo de Ajustamento de Conduta[391]. E mais, a relevância e repercussão dos assuntos envolvidos nas ações civis públicas levam os promotores e procuradores a buscar meios alternativos ao processo judicial antes mesmo da fase de inquérito civil, solucionando a questão muitas vezes com a mera requisição de informações. Por fim, as ações civis públicas favorecem melhor o diálogo com os próprios envolvidos, o que geralmente ocorre através da realização de audiências públicas[392].

Por outro lado, não se defende aqui a impossibilidade de propor ações individuais. Isso seria absolutamente incompatível com o reconhecimento da justiciabilidade dos direitos sociais (ainda que *prima facie*) e com a norma constitucional de inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV) [393]. Além disso, não se pode excluir o relevante papel dessas ações que, por serem numerosas, acabam exercendo pressão política sobre o Estado para solucionar determinada questão. Trata-se de uma "faca de dois gumes": a mesma lógica perversa é, por vezes, a melhor forma encontrada de pressionar o poder público obrigando-o a enxergar os anseios da população. Assim, por exemplo, como ocorreu no caso

---

[390] SARMENTO, Daniel. "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", p. 585".

[391] WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde,* p. 35.

[392] Em palestra realizada nas Jornadas de Direito Processual realizada no Rio de Janeiro no ano de 2012, Ada Pellegrini Grinover afirmou, inclusive, que o Ministério Público deveria realizar uma audiência pública antes de propor a ação civil pública para saber se essa é mesmo necessária.

[393] Daniel SARMENTO traz ainda outro argumento importante, lembrando que há situações singulares de determinados titulares de direito social que não se enquadram no perfil da ação coletiva, a qual pressupõe a indivisibilidade ou a homogeneidade do direito a ser tutelado (*"A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos"*, p. 585).

dos indivíduos portadores de HIV, cujo número crescente de demandas sucessivas acabou por resultar na criação e implementação de elogiada política pública no setor.

Enfim, percebe-se que o Judiciário pode ser um espaço de participação nas políticas públicas, principalmente para os menos favorecidos, que têm na tutela jurisdicional um espaço institucional onde reclamar bens e serviços não disponibilizados ou disponibilizados de forma deficiente pelo Poder Público[394].

O que ocorre, muitas vezes, é o mau uso das ferramentas que o Judiciário possui. Novamente retoma-se o exemplo das demandas relativas a bens e serviços de saúde, que são o melhor indicativo de como as decisões do Judiciário são, muitas vezes, equivocadas. De um modo geral, as decisões dos juízes brasileiros consideram o direito à saúde como um direito individual e, como tal, não observam as consequências econômicas e distributivas de suas decisões. Além disso, raramente consideram a escassez de recursos e os custos dos direitos pleiteados em juízo, tampouco levam em consideração as políticas públicas existentes, optando por conceder o medicamento ou tratamento pleiteado justificando com base na fundamentalidade do direito invocado. Por fim, não promovem um diálogo com a administração pública responsável pela implementação de políticas públicas para discutir as razões da eventual não implementação, tampouco discutem a possibilidade de se cumprir uma decisão judicial frente a outros direitos que o poder público precisa efetivar[395].

Assim, muitas vezes a questão não está na falta de ferramentas do Judiciário para tratar o assunto, mas no mau uso (ou não uso) das boas ferramentas que possui e na falta de reconhecimento de seus limites. Sozinho, o juiz Hércules não será capaz de regular a situação, nem com a melhor interpretação possível dos dispositivos constitucionais, tampouco com a criação de critérios mínimos de justiciabilidade como se costuma fazer com o mínimo existencial.

---

[394] WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde.* Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 2009, disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21062011-134507/pt-br.php, acesso em 06/12/2012, pp. 8-9.

[395] WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde,* p. 42.

Como visto, a questão da justiciabilidade dos direitos sociais é mais complexa que a garantia de um mínimo existencial frente à escassez de recursos. Ao contrário, envolvem diversas outras variáveis fáticas relacionadas à vontade política, capacidade e qualidade das instituições, mobilização social, superação de formalismos e desenvolvimento de ferramentas procedimentais para permitir maior participação da população.

V.3. PARÂMETROS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM JUÍZO

Se por um lado as críticas feitas ao longo deste trabalho não são suficientes para afastar, em abstrato, a concretização de direitos sociais pelo Poder Judiciário – e tampouco são favoráveis à restrição da justiciabilidade a um mínimo existencial definido *a priori* – resta o desafio de desenvolver outros critérios ou parâmetros.

Embora não seja esse o exato escopo do trabalho, não seria justo restringi-lo à crítica do critério do mínimo existencial tal qual desenvolvido sem sequer fornecer outros parâmetros para auxiliar os operadores do direito a tratar a questão da justiciabilidade dos direitos sociais.

Vale dizer, o fato de não se concordar, neste trabalho, com um mínimo existencial apriorístico não significa que não se possa utilizá-lo (sempre levando em consideração o caso concreto), juntamente com outros parâmetros, até mesmo para orientar indiretamente a escolha de prioridades legislativa e governamental. Mas isso, repita-se, são apenas parâmetros, que funcionariam como mecanismos de redução do ônus argumentativo do magistrado – e nunca como critérios absolutos ou postulados de observância peremptória[396].

Não se atentará, nessa tarefa, para os direitos sociais em espécie, no sentido de tentar delimitar o que consistiria o mínimo existencial dentro de cada um desses direitos (saúde, educação, moradia, etc.), até porque isso seria uma tarefa árdua e inglória, por todas as

[396] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. "A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros", p. 534.

razões já expostas neste trabalho. Serão estabelecidos parâmetros mais gerais, utilizando-se de importante trabalho de Claudio Pereira Souza Neto[397] sobre o tema.

Como se verá adiante, os critérios propostos nada mais são que as variáveis fáticas que circundam as decisões no âmbito das políticas públicas e que são – ou pelo menos deveriam ser – levadas em conta na aplicação da regra da proporcionalidade e suas subregras. Todavia, vale trazer os critérios defendidos pelo autor no sentido de criar parâmetros mais "palpáveis" àqueles que ainda guardam receio em relação à "exclusiva" aplicação do princípio.

O autor subdivide os parâmetros em materiais e processuais, conforme se passa a analisá-los.

V.3.1. PARÂMETROS MATERIAIS

(1) *"A atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se circunscrever à garantia das 'condições necessárias' para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública)";*

O autor diferencia esse parâmetro do mínimo existencial, sustentando que não haveria sentido na "cristalização mínima" de determinado direito, pois apenas as "condições de subsistência" estariam garantidas.

Todavia, o mínimo existencial desenvolvido neste trabalho nunca teve a função de restringir às "condições de subsistência", tampouco se pretendeu restringir a justiciabilidade dos direitos sociais apenas ao mínimo ou ao seu conteúdo essencial. Muito ao contrário, ao sujeitar a definição do conteúdo essencial de um direito fundamental às variáveis envolvidas na situação concreta, significa que o direito social pode ser implementado em extensão muito maior que o mínimo, ou pode ser que nada reste desse direito, atingindo

[397] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. "A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros", in *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, (coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 515-551).

inclusive seu conteúdo essencial em virtude da existência de outro direito de maior relevância – desde que haja fundamentação constitucional para essa restrição, isto é, *desde que ela seja proporcional*.

Nesse sentido, esse primeiro parâmetro pode ser, sim, o mínimo existencial, inclusive remetendo aos delineamentos trazidos por Ana Paula de Barcellos[398] (educação fundamental, saúde, moradia, assistência social e acesso à justiça), mas não como um critério inoponível aos outros parâmetros, e sim como uma orientação ao juiz, ao legislador e ao burocrata no sentido do estabelecimento das prioridades para os gastos públicos.

(2) *"Os direitos sociais prestacionais só são exigíveis perante o Judiciário quando os seus titulares são incapazes de arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas";*

(3) *"Os direitos sociais só são judicialmente exigíveis quando a prestação requerida for passível de universalização entre os que não podem arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas".*

O critério (2) visa a restringir a atuação do Judiciário no âmbito das ações individuais ao atendimento dos hipossuficientes. A esse critério alia-se o critério (3), relativo à possibilidade de universalização apenas aos hipossuficientes, já utilizado em diversas decisões da jurisprudência pátria[399]. Tais parâmetros visam exatamente a reduzir as desigualdades geradas pelas decisões judiciais no controle de políticas públicas[400].

(4) *"A concretização judicial de direitos sociais deve considerá-los como unidade, de modo a garantir condições dignas de vida para os hipossuficientes, não necessariamente a observância de cada direito social em espécie".*

---

[398] Novamente, vale trazer os quatro elementos (três materiais e um instrumental) delineados pela autora, a saber: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 258).

[399] A título exemplificativo cite-se: STF, AgR no AI 238.328-0/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 08.02.2000 e STJ, Rel. Min. Garcia Vieira, RMS 13.452-MG, j. 13/08/2002.

[400] Cf. tópico V.2. Nas palavras de Cláudio Pereira de SOUZA NETO, *"o atendimento das necessidades individuais sem considerar a possibilidade de universalização da medida para os hipossuficientes representa redistribuição de renda não informada por critérios publicamente justificáveis"* ("A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros", p. 540).

Independentemente de todas as críticas que já se fez neste trabalho sobre a correlação dos critérios com a "dignidade da pessoa humana" ou à expressão "vida digna", o que o autor defende com esse parâmetro é que o direito pleiteado seja relativamente intercambiável. Para exemplificar, o Judiciário não pode determinar a abertura de um posto de emprego sob a justificativa de garantir o direito ao trabalho, mas pode determinar que o Estado provesse prestações de cunho previdenciário ou assistencial[401].

Embora o autor qualifique esse critério como material, parece-nos que se relaciona mais com a flexibilidade do procedimento, mais precisamente com o princípio da adstrição da sentença ao pedido (arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil), evitando-se, assim, que o indivíduo (ou grupo de indivíduos) fique "a ver navios" ante a impossibilidade de conceder, naquele momento, *aquela determinada prestação pleiteada em juízo.*

Esse critério está em sintonia com o que Ada Pellegrini Grinover já pugnava quando da elaboração do Anteprojeto de Lei do Código de Defesa do Consumidor[402]. Sem dúvida, o conceito rígido de pedido e causa de pedir do Código de Processo Civil, aplicado ao processo coletivo, dificulta tutela de bens caracterizados pela alta dinamicidade, como ocorre no âmbito das políticas públicas. Não é raro deparar-se com a situação de que, ao final do julgamento de uma ação coletiva, a tutela pleiteada em juízo já não se adequa mais à situação fática do momento da decisão.

Daí porque o próprio Anteprojeto de Lei de Políticas Públicas já se preocupou em prever a possibilidade do juiz, *mesmo de ofício*, (i) determinar o cumprimento de obrigações de fazer ou determinar a inclusão de verbas no orçamento; e (ii) alterar a decisão na fase da execução da política pública, conforme disposto no art. 17:

> *"Art. 17. Na decisão, se for o caso, o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, consistente, quando o entender necessário, na de incluir créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou de determinada verba no orçamento futuro e de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida.*

[401] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. "A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros", p. 540.
[402] Sobre outros institutos fundamentais do processo coletivo, v. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, Vol. II, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

> *Parágrafo único. O juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, caso o ente público promova políticas públicas que se mostrem mais adequadas do que as determinadas na decisão ou caso a decisão se revele inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente".*

(5) *"Quando há divergência entre a solução técnica previamente apresentada pela Administração e a apresentada pela demandante, a primeira tem prioridade* prima facie *sobre a segunda".*

A adoção desse parâmetro significa o reconhecimento dos limites do Judiciário e das capacidades institucionais "mais apropriadas" da Administração. O critério, aqui, funcionaria como uma presunção relativa: caberia ao demandante demonstrar que a solução por ele pleiteada seria a mais adequada.

(6) *"Se há duas soluções técnicas adequadas para o mesmo problema, o magistrado deve optar pela que demande menor gasto de recursos públicos".*

Esse parâmetro guarda relação com o princípio da eficiência da Administração Pública, insculpido no art. 37 da Constituição Federal. A escassez de recursos cria esse dever tanto para a administração pública e indiretamente para suas decisões.

(7) *"Se a Administração investe consistentemente em direitos sociais, executando efetivamente o orçamento, o Judiciário deve ser menos incisivo no controle das políticas no setor. Se a Administração não realiza esses investimentos, o controle jurisdicional deve ser mais intenso".*

O parâmetro acima nada mais sugere que a adoção de cautela por parte do Judiciário ao intervir nas políticas públicas ante sua limitação ao acesso a informações. Na verdade, esse parâmetro poderia ser reformulado para determinar cautela na análise dos aspectos técnicos. É dizer, nas palavras de Gustavo Binenbojm, que "*quanto maior o grau de*

tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau do controle judicial" [403].

V.3.1. PARÂMETROS PROCESSUAIS

(1) *"Como regra geral, as demandas por prestações sociais devem ser veiculadas através de ações coletivas, facultando-se o acesso direto aos litigantes individuais apenas excepcionalmente"*.

Conforme exposto neste Capítulo, os direitos sociais têm natureza coletiva e, por essa razão, não deveriam – salvo exceções[404] – ser tutelados judicialmente através de ações individuais, sobretudo porque refletem diretamente no orçamento e nas prioridades definidas pela administração pública, causando um desarranjo de eventuais políticas públicas já existentes naquele setor.

Essa foi uma das preocupações do Anteprojeto de Lei de políticas públicas, que prevê como saída para o infindável número de ações individuais que abarrotam o Judiciário brasileiro – sobretudo veiculando demandas relacionadas ao direito à saúde – a restrição dessas ações individuais, admitindo-se apenas ações coletivas ou aquelas que, embora propostas individualmente, têm efeitos coletivos.

A prioridade pelas ações coletivas fica clara já no art. 2º do Anteprojeto de Lei de políticas públicas[405], assim como nos diversos dispositivos que tratam da possibilidade de

---

[403] BIRENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.* São Paulo: Renovar, 2008, p. 236.

[404] As "exceções" seriam definidas a partir dos critérios da (i) urgência, (ii) razoabilidade da medida e (iii) se o bem pleiteado encontra-se dentro das prioridades governamentais. Nesse sentido, uma opção (de *lege ferenda*) seria definir o mínimo existencial no Anteprojeto de Lei de Políticas Públicas como o núcleo condensador das prioridades governamentais, que poderiam ser aquelas apontadas por Ana Paula de Barcellos já diversas vezes mencionadas neste trabalho: saúde, educação, moradia, assistência social e acesso à Justiça. Nunca é demais repetir, contudo, que o mínimo funcionaria apenas como um parâmetro, assim como todos os outros incidentes na situação concreta.

[405] *"Art. 2º. Ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais, é competente para o controle judicial de políticas públicas a justiça ordinária, estadual ou federal,* ***por intermédio de ações coletivas*** *ajuizadas pelos legitimados indicados pela legislação pertinente"* (destacamos em negrito).

reunião dos processos[406], mesmo que em fase recursal, com vistas a evitar a condução fragmentária de processos, eliminando o risco de decisões contraditórias[407].

(2) *"O acesso direto aos litigantes individuais deve ser facultado (a) quando a não entrega da prestação possa causar dano irreversível ou (b) quando a prestação estiver prevista em texto legal ou em programa governamental, vedando-se, sobretudo, o comportamento contraditório"*.

Também por todas as razões já desenvolvidas neste Capítulo, as ações individuais devem ser restringidas, evitando-se, com isso, o desarranjo que uma enxurrada de demandas acaba causando na alocação de recursos para o cumprimento das prioridades determinadas pela Administração.

A esses somem-se os critérios da urgência e gravidade[408] de uma necessidade material, bem como da razoabilidade da medida, que envolve todas as decisões relativas aos direitos sociais, sejam pleiteados individualmente, sejam coletivamente.

(3) *"A prova de que não tem recursos para universalizar a medida requerida é da Administração Pública"*.

---

[406] *"Art. 20. Quando o controle da política pública não for objeto específico da demanda, mas questão que surgir no processo, individual ou coletivo, o juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá instaurar incidente que obedecerá ao disposto nos artigos 25 e 26 desta lei"*.
"Art. 21. Quando vários processos versando sobre pedidos, diretos ou indiretos, de, implementação ou correção de politicas públicas relativas ao mesmo entre político correrem em diversos juízos, as causas serão reunidas, independentemente de conexão, para julgamento conjunto, a fim de o juiz dispor de todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível".
"Art. 23. Quando o Tribunal receber diversos recursos em processos que objetivem o controle judicial de políticas públicas, relativamente ao mesmo ente político, e que poderão comprometer o mesmo orçamento, os processos serão reunidos para julgamento conjunto, de competência do órgão especial, com vistas a uma decisão equânime e exequível".

[407] Esse mecanismo, inclusive, já há algum tempo é defendido por Ada Pellegrini Grinover quando da elaboração do Anteprojeto de Lei do Código de Defesa do Consumidor.

[408] Para Daniel SARMENTO, os critérios de urgência e gravidade da necessidade material seriam os elementos definidores do mínimo existencial. Para ele, não é a importância para a realização de outros objetivos, tais como a justiça ou a democracia, que deve ser analisado para defini-lo. Mas independentemente do fundamento moral que lhe seja atribuído, o autor entende que o fundamento normativo do mínimo existencial seria o princípio da dignidade humana, o qual, de todo modo, se relacionaria com as ideias de liberdade material, democracia e atendimento às necessidades básicas do cidadão ("A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", p. 577).

Esse parâmetro também já é bastante utilizado na jurisprudência, sobretudo com relação ao argumento da reserva do possível pela Administração. Na verdade, nada mais é que a clássica regra de distribuição do ônus da prova prevista no art. 333 do Código de Processo Civil.

(4) *"As decisões que determinam a entrega de prestações públicas devem ser construídas a partir de um diálogo que envolva não apenas as partes formalmente incluídas no processo, mas também a ampla gama de profissionais e usuários que se inserem no contexto em que a decisão incidirá".*

Mais que um parâmetro, a existência de diálogo institucional é condição *sine qua non* para uma boa decisão no âmbito das políticas públicas. Dada a importância do tema, este assunto será tratado no tópico V.5 mais adiante.

V.4. O ANTEPROJETO DE LEI DE POLÍTICAS PÚBLICAS[409]

Muito embora não seja o propósito deste trabalho a análise crítica do Anteprojeto de Lei de Políticas Públicas, não se pode deixar de tecer alguns comentários àquilo que corresponde ao tema desta dissertação.

O mínimo existencial é mencionado em duas situações no Anteprojeto, nos artigos 6º e 26 abaixo transcritos:

> *"Art. 6º. Se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa ou acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, ficando nesses casos dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 5º.*
>
> *Parágrafo único. Considera-se mínimo existencial, para efeitos desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana".*

[409] O Anteprojeto de Lei de Políticas Públicas elaborado por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe encontra-se anexado ao presente trabalho. Todavia, para facilitar a leitura, serão transcritos os dispositivos que guardam relação com o trabalho.

> *"Art. 26. Na hipótese de demandas para a tutela de direitos subjetivos individuais, que possam interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz só poderá conceder a tutela se se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 5º e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração".*

Como já exposto nos tópicos anteriores, o Anteprojeto de Lei de Políticas Públicas prioriza a judicialização das demandas por direitos sociais através de ações coletivas, em virtude do caráter coletivo desses direitos.

Excepcionalmente, contudo, o Anteprojeto admite a propositura de ações individuais visando a efetivação de determinado direito social restrito ao *mínimo existencial* (art. 26). Vale dizer, somente nas situações em que os indivíduos que não tiverem o seu *mínimo* atendido, estaria autorizada a intervenção judicial para conceder-lhes o direito pleiteado – e nos limites desse mínimo. Esse mesmo critério também é utilizado como requisito para a concessão da tutela de urgência, conforme disposto no art. 6º acima transcrito.

Podem-se tecer algumas críticas em relação aos dispositivos em questão.

A primeira delas é que o Anteprojeto adota o conceito de mínimo existencial compartilhado pelos adeptos do suporte fático restrito, limites imanentes e teoria absoluta para definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, com todas as dificuldades daí decorrentes já apontadas neste trabalho. Basta notar que o art. 6º define o mínimo existencial como "núcleo duro" em seu parágrafo único e, no *caput*, afirma que a tutela será concedida independentemente da análise de informações, quais sejam: (i) relativas aos recursos financeiros previstos no orçamento para a implementação da política pública a que se refere o pedido (art. 5º, II); (ii) relativas à previsão de recursos necessários para implementação ou correção da política pública a que se refere o pedido (art. 5º, III); e (iii) independentemente da insuficiência de recursos ou da possibilidade de transposição de verbas (art. 5º, IV). Em outras palavras, a definição do mínimo existencial adotada nos termos do art. 6º do Anteprojeto de Lei de Políticas Públicas é a da teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos

fundamentais, a partir da qual o mínimo existencial seria inoponível a qualquer outra variável fática ou jurídica da situação em análise.

É interessante notar que os dispositivos acrescentam outro critério tanto para concessão da tutela antecipada quanto para permitir as ações individuais, que é o fato do direito ser "assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada". Ao que parece, a ideia aqui seria a mesma das "normas de eficácia plena" de José Afonso da Silva, cujas críticas já foram delineadas no tópico V.1 deste Capítulo. Por essa razão, prefere-se interpretar a expressão "norma constitucional completa e acabada" como "normas com estrutura de regra constitucional", cuja aplicação, como não poderia deixar de ser, dá-se através do "tudo ou nada". Para exemplificar, um cidadão que pleiteasse individualmente o acesso à educação fundamental (regra constitucional insculpida no art. 208, incisos I e IV) para seu filho teria, em função do art. 6º do Anteprojeto, a possibilidade de ver seu pedido concedido já em sede de antecipação de tutela.

Acontece que a concessão de determinado direito assegurado por regra constitucional nunca apresentou dúvidas quanto à sua justiciabilidade. Pelo contrário, são sempre essas as situações em que as cortes não hesitam em conceder. O problema reside, como visto, nos outros direitos sociais previstos em normas com estrutura de princípio e que têm, portanto, justiciabilidade apenas *prima facie*, cuja efetivação depende da alocação de recursos escassos.

Assim, embora o Anteprojeto tente criar critérios objetivos para restringir as ações individuais sem, contudo, deixar os indivíduos desamparados, garantindo-lhes a possibilidade de ingressar em juízo individualmente ou de antecipar os efeitos da tutela quando se tratar de mínimo existencial, ele acaba por manter o mesmo impasse: afinal, quais seriam esses direitos mínimos cuja desatenção permitiria a intervenção estatal para concedê-los?

Há, ainda, uma segunda crítica, que aponta para a incoerência entre o art. 6º e o art. 26. Enquanto o primeiro claramente adota o conceito de mínimo existencial *apriorístico*, o art. 26 o submete a outros parâmetros, quais sejam: (i) a razoabilidade do pedido; e (ii) a irrazoabilidade da conduta da Administração. Em outras palavras, enquanto no art. 6º a

definição parte da teoria absoluta, no art. 26 adota-se a teoria relativa. Esse *sincretismo metodológico*, como visto, resulta na inutilidade do critério, inclusive pela falta de possibilidade de controle em sua aplicação.

Uma possível saída para o Anteprojeto seria interpretar o mínimo existencial como um parâmetro a ser definido no caso concreto (sob o critério da razoabilidade e todos os outros parâmetros incidentes em uma determinada situação concreta). Sem prejuízo, o conceito poderia ser delineado a partir daqueles direitos que seriam designados como prioridades legislativas e dos gastos públicos: saúde, educação, moradia, assistência social e acesso à justiça[410]. Dessa forma, o mínimo existencial cumpriria sua função declaratória[411] e serviria como um parâmetro para a designação das prioridades legislativa e governamentais. Daí porque, no final das contas, o mínimo existencial serve antes como um parâmetro ao legislador e ao administrador que ao magistrado.

É importante destacar uma vez mais que em hipótese alguma o mínimo existencial teria "justiciabilidade imediata" simplesmente pelo fato do direito pleiteado se enquadrar nas prioridades elencadas. O mínimo existencial deve funcionar como um *critério*, assim como todos os outros delineados neste trabalho, seja para restrição à aceitabilidade das ações individuais, seja para concessão da tutela de urgência.

Com relação à utilização do mínimo existencial como requisito para a antecipação de tutela, acredito que os critérios da urgência e razoabilidade da medida pleiteada são mais determinadores que a inserção ou não do direito pleiteado dentro das prioridades eventualmente delineadas no mínimo existencial. Embora funcione como mais um critério[412] (nos termos *de lege ferenda* ora propostos), a discussão guarda mais relação com o "standard"

---

[410] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 258.
[411] Cf. tópico IV.7.3.
[412] Embora não estivesse tratando especificamente da possibilidade de antecipação da tutela, Daniel SARMENTO ressalta a importância do mínimo existencial como critério no sentido de que quanto mais essencial for a necessidade material em jogo, maior será o peso atribuído ao direito social no processo ponderativo. É claro que, nessa lógica, prestações situadas fora do mínimo existencial terão, portanto, uma chance menor de êxito, já que quando elas estiverem em questão o direito social comparecerá à ponderação com "peso reduzido". De qualquer forma, o autor reconhece que persistirá a possibilidade teórica de adjudicação de direitos sociais naquilo que extrapolar o mínimo existencial, a depender dos interesses em disputa ("A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", pp. 579-560).

de convencimento judicial, a depender do modelo de constatação que se adota[413] (verossimilhança do direito invocado) que com o mínimo existencial.

Em outras palavras, parece-nos que a saída para garantir maior proteção aos direitos sociais não é delimitar seu conteúdo mínimo. Isso porque, nesse caso, o problema é inclusive *anterior* à necessidade de regulamentação ou possibilidade de restrição a esses direitos, é a própria criação de condições para que eles produzam algum efeito. O problema, repita-se, não reside na norma, e é por isso que a interpretação constitucional é insuficiente para solucionar a questão. Se essas normas previstas no texto constitucional não têm quase nenhuma condição de produzir efeito, não faz qualquer sentido pensar em um conteúdo essencial, absoluto ou relativo.

V.5. A NECESSIDADE DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Embora pareçam óbvias, existem algumas reflexões que são esquecidas quando se fala em efetivação de direitos sociais pelo Poder Judiciário. Uma delas é a de que não existe um super-poder que seja capaz de regular sozinho a matéria.

Claro que as decisões de justiça distributiva que envolvem políticas públicas devem ser encaradas como prioridades dos Poderes Políticos, por todas as razões já expostas neste trabalho. Todavia, nenhum poder é perfeito. Embora a democracia representativa permita a premiação e a punição dos eleitos por parte dos eleitores e possibilite a participação popular direta através do voto, ela nem sempre garante que aqueles que são afetados por algumas decisões em matéria de políticas públicas possam se manifestar e, de fato, ter alguma participação na tomada de decisão. Ademais, não é difícil perceber as inúmeras dificuldades de se punir ou premiar um político em razão da qualidade de uma política pública determinada.

Tampouco os Poderes Políticos não impedem que desigualdades econômicas reflitam em desigualdades na capacidade de influir em decisões políticas. Principalmente se

[413]Nesse sentido, v. KNIJNIK, Danilo. *As provas nos juízos cível, penal e tributário.* Rio de Janeiro, Forense, 2007.

considerados (i) a dependência dos políticos de contribuições de particulares para suas campanhas; (ii) a influência de grupos de interesses organizados (lobbying); (iii) relacionamentos privilegiados; (iv) a classe de origem dos políticos, normalmente proveniente das elites; (v) a desconfiança dos cidadãos nas instituições democráticas, o que implica menor engajamento político da população, dentre diversos outros fatores[414].

Desse modo, o fato dos membros do Executivo e do Legislativo serem eleitos pelo povo, assim como o fato de o Executivo possuir melhor conhecimento da relação entre escassez de recursos e o conjunto das necessidades que esses recursos devem atender, não parecem suficientes para afirmar, sem maiores problemas, que a escolha de canalização de recursos públicos feitas por esses poderes levará a uma formulação e gestão democráticas das políticas públicas em matéria de direitos sociais[415].

Ou seja, embora a atuação do Judiciário no âmbito das políticas públicas apresente inúmeras dificuldades e anacronismos, esta não é uma característica exclusiva deste poder. Tanto a representação política quanto os focos específicos de participação e deliberação, ainda que muito importantes, possuem sérias limitações para a participação dos cidadãos, especialmente os menos favorecidos[416].

Prova disso é que um dos fatores que resultaram na maior atuação do Judiciário é justamente a debilidade das instituições de representação democrática e a deterioração dos espaços tradicionais de mediação política e social[417].

Daí porque além da interpretação constitucional, da vontade de Constituição (vontade política), da existência de recursos (ou melhor, da administração eficiente dos recursos escassos), do reconhecimento da legitimidade do controle judicial e da adoção de parâmetros para esse controle, é necessário ampliar a possibilidade de participação e contestação da política pública. "A voz do povo é a voz de Deus": é através dessa participação

---

[414] WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde,* pp. 26-27.
[415] WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde,* p. 28.
[416] WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde,* p. 32.
[417] ABRAMOVICH, Victor. "Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados", in SUR: *Revista Internacional de Direitos Humanos,* 2(2), 2005, p. 204.

que ela se tornará mais efetiva e eficiente para os maiores interessados nela, por meio de cobrança, fiscalização e troca de conhecimentos[418].

Um grande exemplo dessa possibilidade é o tão conhecido programa de combate ao HIV/AIDS no Brasil: sem dúvida alguma, o sucesso desse programa deve-se à organização de interesses dos pacientes e à sua capacidade de usar as vias institucionais existentes para influir nas políticas públicas[419].

É nesse contexto que o papel do Judiciário assume grande relevo e deve ser encarado, nas palavras de Robert Alexy[420], como uma "instância de reflexão do processo político", cuja legitimidade está em sua "representação argumentativa". Vale dizer, o Judiciário promove um diálogo com a administração pública, que terá o ônus de explicar, justificar as razões pelas quais determinada política pública não foi implementada ou foi insuficientemente implementada; se empregou seus melhores esforços; se está atendendo outras áreas prioritárias; se possui informação suficiente a respeito das necessidades existentes etc.[421].

Além disso, é inegável que o Judiciário tornou-se um importante canal institucional para expressar demandas dos menos favorecidos, que dificilmente teriam suas demandas atendidas pelos Poderes Políticos, colocando em debate as escolhas de prioridade previamente feitas por esses poderes.

Ou seja, o Poder Judiciário pode – e deve – funcionar como um espaço de questionamento das decisões tomadas pelo Poder Executivo, forçando-o a uma justificativa e

---

[418] WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde*, p. 24.

[419] Para maiores informações sobre o programa, v. Programa Nacional DST/AIDS, 2005, disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_estrategico.pdf , acesso em 07/07/2012; FONSECA, Maria Goretti P.; TRAVASSOS, Cláudia; BASTOS, Francisco Inácio; SILVA, Nelson do Valle; SZWARCWALD, Célia Landmann. "Distrituição social da AIDS no Brasil, segundo participação no mercado de trabalho, ocupação e status sócio-econômico dos casos de 1987 a 1998", *Cadernos de Saúde Pública* 19(5):1351-1363, 2003, disponível em http://www.scielosp.org/pdf/csp/v19n5/17807.pdf, acesso em 10/12/2012, p. 1362; FERREIRA, Camila Duran; OLIVEIRA, Ana Carolina C.; MACHADO, Ana Mara F.; NAHOUM, André V.; FERRÃO, Brisa L. de M.; CARDOSO, Evorah L. C.; FRANCO, Leandro A.; GUERRA, Marcele G.; BRAGA, Marco Aurélio C.; PUCCI, Rafael D.; BURANELLI, Vinicius C. *O Judiciário e as políticas de saúde no Brasil: o caso AIDS.* Disponível em www.ipea.gov.br, acesso em 03/01/2013.

[420] ALEXY, Robert. "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático" In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 39.

[421] PISARELLO, Gerardo. *Los Derechos Sociales y Sus Garantías*, Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 101-102.

reavaliação de suas decisões e prioridades. Tudo isso vai de encontro com a possibilidade de controlar o orçamento (no sentido de controle das prioridades), bem como à existência de parâmetros e critérios (tais quais o mínimo existencial e outros delineados neste trabalho) que auxiliem não só o Judiciário, mas todos os poderes na tomada de decisões que envolvam os direitos sociais.

É claro que a teoria parece ser muito mais simples que a prática. Afinal, o Judiciário como "espaço democrático" perde forças diante de ações individuais, principalmente se acompanhadas de pedidos liminares. Esse é (mais) um motivo que justifica a priorização das ações coletivas, tal qual sugerido pelo Anteprojeto de Lei de Políticas Públicas, na tentativa de buscar saídas que envolvam mais diálogo e negociação entre todos os poderes.

Vale dizer, o Judiciário torna-se um espaço de participação social *na medida em que consegue realizar o controle de políticas públicas de forma dialogada com outros poderes*.

Mas de que forma poderia ocorrer esse diálogo?

Em um primeiro momento, o diálogo pode ocorrer em cada caso concreto submetido a juízo, utilizando-se para isso os elementos favoráveis das ações civis públicas já mencionados. Mas não é só.

Muitas vezes, esse diálogo ocorre indiretamente, como um produto da totalidade do fenômeno, como aconteceu no caso das demandas judiciais pleiteando medicamentos: o aumento exponencial dessas ações no Judiciário levou as secretarias de saúde a "intensificar" o diálogo com promotores e juízes a respeito do funcionamento da política pública de assistência farmacêutica e os critérios do poder público para inserção de medicamentos na lista de distribuição, realizando inclusive audiências públicas para ouvir os interessados. Outras vezes, o próprio Judiciário consegue "forçar" diálogos institucionais,

ainda que fora do processo judicial, uma vez que a própria Administração busca evitar o litígio judicial, já que a jurisprudência tende a não lhe dar razão[422].

De uma forma ou de outra, é importante que toda a comunidade jurídica busque fomentar esse diálogo, refletindo sobre novas possibilidades de implementá-lo. Sozinho, o juiz Hércules não será capaz de solucionar todas as dificuldades que envolvem a efetivação dos direitos sociais, sobretudo em um país como o Brasil, marcado por um abismo de desigualdade, com recordes mundiais de concentração de renda e déficit dramático nas necessidades básicas dos cidadãos. Há necessidade de um empenho de esforços conjunto por parte de todas as instituições e da própria sociedade civil organizada.

[422] WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde*, p. 39.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do Estado guarda íntima relação com a evolução da política e do Direito. Assim, se paulatinamente o Estado assume nova feição e torna-se um Estado Democrático de Direito, também os direitos fundamentais evoluem, no sentido de serem pouco a pouco reconhecidos: primeiro, as liberdades públicas; depois, os direitos sociais; em seguinte, os direitos da coletividade; e, finalmente, a evolução desses e de outros direitos fundamentais que, independentemente da "geração" a que pertençam, têm dupla dimensão: positiva e negativa, e sempre exigirão, em maior ou menor medida, uma ação estatal que crie condições para seu exercício.

No Brasil – embora este não tenha passado inteiramente pelas fases do "Estado Liberal" e do "Estado Social" – a Constituição de 1988 atribuiu, por força de seu artigo 3º, o caráter democrático ao Estado, manifestando de forma expressa os seus objetivos sociais, embora muitas vezes o faça em normas com estrutura de princípio (tradicionalmente tratadas como "normas de caráter programático"). Tais normas acabaram por atribuir grande margem de discricionariedade ao Poder Executivo, e foi assim que governar deixou de ser a simples aplicação dos preceitos estabelecidos em Lei e passou a significar a consecução de programas, fins e objetivos planejados (políticas públicas) para atingir os objetivos do art. 3º da Carta Constitucional.

A consecução desses objetivos resultou, ainda, em um rearranjo do poder no qual a Separação de Poderes estanque, nos moldes de Montesquieu, já não se adequava à realidade na qual o Executivo legisla, o Legislativo julga e o Judiciário executa. A separação de poderes foi sucedida pela separação de funções, marcada, contudo, pela interdependência entre os Poderes, todos vinculados à consecução dos fins constitucionais. Nesse contexto, o Poder Judiciário deixa de ser um mero coadjuvante para assumir um papel fundamental na implementação de políticas públicas, com a real possibilidade de intervir todas as vezes em que houver inconstitucionalidades por parte do Legislativo e do Executivo, seja decorrente de ação, seja decorrente de omissão desses poderes na garantia dos direitos fundamentais.

Esse incremento da atuação do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas foi (e ainda é) alvo das mais diversas críticas, com diferentes enfoques. Mas seja sob

a ótica da legitimidade democrática, seja sob a ótica institucionalista ou da capacidade instrumental, o fato é que o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário já é uma realidade latente no país, que não pode e nem deve ser ignorada. Todavia, deve-se ter em mente que essa "intromissão" do Judiciário nos assuntos prioritariamente tratados pelos Poderes Políticos deve sempre ser a exceção, e não a regra.

Torna-se cada vez mais indispensável a adoção de parâmetros e critérios que funcionem como "temperamentos" à intervenção judicial. Afinal, se por um lado essa intervenção não deve ser excessiva, substituindo a atuação dos demais Poderes e gerando enormes distorções no âmbito da Administração Pública, o Judiciário também não pode deixar de cumprir seu papel democrático de efetivação de direitos sociais que, historicamente, ficaram relegados a segundo plano na atuação do Poder Legislativo e, sobretudo, do Poder Executivo.

Dentro desse contexto, a doutrina e a jurisprudência, com base nas decisões do Tribunal Constitucional alemão, "importou" limites ao controle jurisdicional de políticas públicas, divididos entre aqueles arguidos em favor do Executivo, que visam a impedir a intervenção judicial, e aqueles que buscam uma garantia, mínima que seja, da efetivação dos direitos sociais encartados na Constituição. Tem-se, assim, a polarização entre a reserva do possível, na tentativa de proteger as finanças e prioridades definidas pelo governo; e o *mínimo existencial*, que seria um "núcleo duro" dos direitos sociais, um conjunto de prestações materiais mínimas ligadas à dignidade humana, que seriam imediatamente exigíveis, independentemente da existência de lei que os regulamente ou de recursos financeiros do ente Estatal. Teria, assim, justiciabilidade imediata e, em caso de comprovada falta de recursos do Estado, o Judiciário estaria autorizado a determinar a realocação de recursos para garantia desses direitos. O mínimo existencial seria, assim, um "limite aos limites" ao controle jurisdicional de políticas públicas.

Essa ideia de mínimo existencial defendida pela doutrina majoritária – e já encampada pela jurisprudência dos tribunais superiores – tem como pressuposto teórico (i) a existência de um modelo de suporte fático restrito dos direitos fundamentais (isto é, excluem-se, *a priori* e de forma definitiva, determinadas condutas do âmbito de proteção da norma); (ii)

a adoção da teoria interna de restrições aos direitos fundamentais (isto é, as restrições aos direitos existem também de forma apriorística e dispensam, portanto, a fundamentação constitucional); e, finalmente, (iii) a adoção da *teoria absoluta* do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Tais pressupostos estabelecem um conteúdo essencial apriorístico dos direitos fundamentais, destacado da situação concreta e que não admite restrições senão aquelas internas ao próprio direito (limites imanentes). Assim, a saída encontrada para efetivação dos direitos sociais no plano fático sem que o Estado fosse obrigado a se tornar um "segurador universal" seria a de que os direitos sociais teriam um conteúdo essencial definido *a priori*, irredutível, que deveria ser garantido em toda e qualquer situação, sem o qual o cidadão estaria em situação de indignidade. Esse núcleo mínimo não se submeteria à ponderação de interesses ou à aplicação da regra da proporcionalidade. Somente aquilo que ultrapassasse o "núcleo" é que poderia ser objeto de ponderação pelo legislador ou submetido à análise da proporcionalidade pelo julgador.

A grande dificuldade da ideia do mínimo existencial como um conceito determinado *a priori* relaciona-se com a delimitação do seu conteúdo, isto é, quais direitos fundamentais estariam previstos nesse conceito e qual a extensão que corresponderia ao "conteúdo essencial" de cada um dos direitos fundamentais e que teriam, portanto, aplicabilidade imediata. Fala-se em "conteúdo essencial" dos direitos fundamentais, mas, salvo nas situações de previsão constitucional expressa (e.g., ensino básico e creche, insculpido em regra constitucional veiculada pelo artigo 208, incisos I e IV), nem mesmo a doutrina defensora do mínimo existencial é capaz de delimitar esse conteúdo com alguma objetividade. Como resultado, o conceito delineado para garantir a efetivação dos direitos sociais acaba por ter reduzida utilidade frente à incapacidade de sua delimitação e, consequentemente, de controle do critério.

Some-se a isso o fato de que essa mesma doutrina e jurisprudência que se utiliza do mínimo existencial definido em abstrato adota, de um modo geral, a teoria dos princípios de Robert Alexy, resultando em uma grande incoerência metodológica. Afinal, se as normas de direito fundamental – sobretudo os direitos sociais – têm caráter principiológico e consistem em *mandamentos de otimização* que contêm em si um *direito prima facie* que deve ser realizado na maior medida possível (a partir da ponderação na situação concreta), a adoção

de um critério limitador apriorístico como o mínimo existencial lhe é incompatível. Além disso, a noção de que existiria um núcleo não submetido ao sopesamento em nenhuma circunstância encontra óbice no pressuposto de que não existe direito absoluto no ordenamento pátrio.

Por todas essas razões, é metodologicamente mais adequado (por uma questão de *coerência argumentativa*), partir de um modelo de suporte fático amplo dos direitos fundamentais, o que, por sua vez, implica uma extensão do âmbito de proteção de todos os direitos fundamentais. A aceitação desse modelo amplo tem como consequência natural um aumento das colisões entre direitos fundamentais; colisões estas que só podem ser resolvidas através do *sopesamento* ou da aplicação da *regra da proporcionalidade*. Com isso, pressupõe-se a restringibilidade de todos os direitos fundamentais, baseada na distinção entre *direitos prima facie* e *direitos definitivos*. Em outras palavras, o *direito definitivo* será produto de um sopesamento realizado em determinada situação concreta.

Dentro desse arcabouço, também é mais *defensável* partir de uma *teoria externa* das restrições de direito fundamental. Vale dizer, rejeita-se o recurso a qualquer forma de limitação implícita (limites imanentes) a direitos fundamentais. Todo direito fundamental é passível de restrição e toda e qualquer limitação é decorrência de uma restrição externa – e isso vale tanto para as normas que consagram as liberdades públicas, quanto para as normas que veiculam direitos sociais. E toda restrição externa só será legitima se for fundamentada constitucionalmente. Uma restrição fundamentada é uma restrição proporcional; uma restrição não fundamentada é desproporcional e, portanto, inconstitucional. Essa última situação resultará na existência de um *direito subjetivo* do cidadão face ao Estado para garantir a efetivação do direito fundamental violado, seja ele um direito com dimensão negativa (abstenção) ou positiva (prestação).

Sabe-se que todos os direitos fundamentais, mesmo as liberdades públicas, exigem uma ação estatal que crie condições para seu exercício (legislação, manutenção de instituições etc.). Nesse sentido, a "inefetividade" das normas de direito social não reside na exigência de prestação estatal, tampouco reside no "caráter programático" da norma. Muito ao contrário, as dificuldades na implementação dos direitos sociais resultam de *outras variáveis*

fáticas e jurídicas que não guardam relação com a eficácia dessas normas, inclusive pelo fato de que a implementação desses direitos custa *muito mais dinheiro*. Daí porque não se trata de mera questão de interpretação constitucional, e sim de vontade política, capacidade e qualidade das instituições, mobilização social, superação de formalismos e desenvolvimento de ferramentas procedimentais para permitir maior participação da população.

Tendo isso em mente, verifica-se que haverá maior *coerência argumentativa* e consequentemente maior *utilidade* e *possibilidade de controle* (e segurança jurídica) com a adoção de um critério de mínimo existencial que seja compatível com os pressupostos da teoria dos princípios de Robert Alexy, que é a *teoria relativa* do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Por essa teoria, o mínimo existencial será definido levando-se em consideração a situação concreta, e será o produto do sopesamento entre os direitos colidentes e as variáveis fáticas incidentes naquela determinada situação. Ou seja, reconhece-se a justiciabilidade dos direitos sociais em caráter *prima facie* e, a partir daí, o mínimo existencial, a reserva do possível, assim como todos os outros critérios usualmente mencionados pela doutrina e pela jurisprudência no âmbito do controle das políticas públicas adquirirão maior utilidade. Vale dizer, o mínimo existencial será *um dos critérios*, isto é, um dos parâmetros que funcionam como mecanismos de redução do ônus argumentativo do magistrado – e nunca como critérios absolutos ou postulados de observância peremptória.

Finalmente, pensar em efetividade dos direitos sociais, mínimo existencial e controle de políticas públicas pelo Judiciário não se resume a um debate maniqueísta sobre a possibilidade de realização dos direitos sociais por meio de decisões judiciais, mas da imposição de ônus argumentativos ao legislador ou ao administrador. É nesse contexto que o Judiciário se transforma em uma importante "instância de reflexão do processo político" [423], cuja legitimidade está em sua "representação argumentativa". Vale dizer, o Judiciário promove um diálogo com a administração pública, que terá o ônus de explicar, justificar as razões pelas quais determinada política pública não foi implementada ou foi insuficientemente implementada.

[423] ALEXY, Robert. "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático" In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 39.

Isso significa que o Poder Judiciário pode – e deve – funcionar como um espaço de questionamento das decisões tomadas pelo Poder Executivo, forçando-o, pelo menos, a uma justificativa, garantindo a participação e a contestação pública também no "Terceiro Poder". Para isso, contudo, é indispensável a superação de alguns formalismos, a boa utilização das ferramentas que o Judiciário já possui (cujo exemplo, por excelência, é a ação civil pública), tudo visando a permitir um efetivo diálogo institucional entre todas as esferas de poder. Só assim, através do empenho de esforços conjuntos e do reconhecimento dos limites de cada instância de poder democrática, será possível alcançar boas decisões no âmbito das políticas públicas.

VI.BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor. “Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados”, in SUR: *Revista Internacional de Direitos Humanos*, 2(2), 2005.

_____; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles.* Madrid: Trotta, 2002.

ALEGRE, Marcelo. “Igualitarismo, democracia y activismo judicial”. In: *Los derechos fundamentales – SELA 2001 – Seminario em Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política.* Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2003, pp. 91-106.

ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. SILVA, Virgilio Afonso da (trad.). 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. “Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988”, in *Vinte anos da Constituição,* Revista AASP, ano XXVIII, n. 99, São Paulo: AASP, pp. 42-53.

AMANCIA, Natália Alves. *O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF* (monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP), São Paulo, 2010,disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/197_Monografia%20Natalia%20Amancia.pdf, acesso em 17.08.2012.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. “Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes”, in TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais.* 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 99-120).

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.* 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 297.

ANTONIO, Nilva M. Leonardi. "O controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade e seus limites", in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 183-212.

ANUÁRIO da Justiça Brasil *2012,* São Paulo: Editora Conjur, 2012.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. "O Direito ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos", in *Vinte anos da Constituição,* Revista AASP, ano XXVIII, n. 99, São Paulo: AASP, pp.07-14.

BARBOSA, Mariana Gracioso. "O STF e a política de fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS/HIV", in COUTINHO, Diogo; VOJVODIC, Adriana M (coords.). *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?,* São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 335-350.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional,* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Miradas sobre o controle jurisdicional de políticas públicas: dos preceitos judiciais à teoria* (obtido em http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/miradas.pdf – acesso em 11 de junho de 2010).

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades na Constituição brasileira.* 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. Entrevista concedida ao Consultor Jurídico sobre os 20 anos da Constituição Federal de 1988. Obtida em http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barrosotraca-historico-direito-constitucional-tv - acesso em 10 de junho de 2010.

_____. "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)", in *Revista Diálogo Jurídico,* Ano I, Vol. I, nº 6, Salvador, setembro de 2011, p.4. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf, acesso em 29 de junho de 2011.

_____. "Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil", in *Vinte anos da Constituição,* Revista AASP, ano XXVIII, n. 99, São Paulo: AASP, pp. 80-85.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. "A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios". In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 101-135.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. "O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata", in *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie,* (coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 803-826.

_____. "O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy", in TORRES, Ricardo Lobo (org.), *Legitimação dos Direitos Humanos,* 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BATOCHIO, Ligia Lamana. "A interpretação do STF quanto aos efeitos da decisão no mandado de injunção", in COUTINHO, Diogo; VOJVODIC, Adriana M (coords.). *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?,* São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 161-175.

BRASIL JR., Samuel; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. “O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas”, in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 467-488.

BÉNOIT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif Français.* Paris: Dalloz, 1968.

BERCOVICI, Gilberto; “A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro”. In *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 142, abr-jun.1999.

_____; MASSONETO, Luis Fernando. “A Constituição Dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica”, Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra. Suplemento (Cessou em 1992. Cont. ISSN 0872-6043 Studia Juridica), Coimbra, Portugal, v. XLIX, p. 57-77, 2006. Disponível em: http://moodle.stoa.usp.br/file.php/467/A_Constituio_Dirigente_Invertida.pdf. Acesso em 29 de junho de 2011.

BIRENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.* São Paulo: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos* (org. Michelangelo Bovero e trad. Daniela Beccaccia Versiani). Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alice Dominguez. “Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005”, in *Cadernos de Saúde Pública,* 26(1), Rio de Janeiro, jan. 2010.

BOUCIER, Danièle. “Modeliser la décision administrative – Réflexions sur quelques paradigmes”, in CHEVALIER, Jacques (org.). *Le Droit Administratif en mutation.* Paris: BUF, 1993.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em Direito.* In "Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico". São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

BURGO, Vitor. "O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário", in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 73-91.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices (the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources).* New York: Norton, 1978.

CAMARGO, Manuela Oliveira. "Proporcionalidade e razoabilidade na jurisprudência do STF: os casos de conflitos entre princípios da ordem econômica", in COUTINHO, Diogo; VOJVODIC, Adriana M (coords.). *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?,* São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 37-52.

CANELA JR., Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição.* São Paulo: tese defendida na USP, no prelo.

_____. "O orçamento e a 'Reserva do Possível': dimensionamento no controle judicial de políticas públicas", in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 225-236.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.* 2ª ed., Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra: Livraria Almedinha, 1991.

_____. "Metodologia 'fuzzy' e 'camaleões normativos' na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais". In *Estudos sobre direitos fundamentais.* Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Porto Alegre: Fabris, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. “Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional”. In *Para viver a democracia,* São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 102.

CORTEZ, Luis Francisco Aguilar. “Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas”, in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 285-307.

COSTA, Suzana Henriques da. “O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal”, in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 451-466.

COURTIS, Christian. “Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração”, in *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie,* (coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 487-513.

CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988.* Vol. 8, 1993.

_____. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo.* 2a edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.

CUNHA JR., Dirley. *Controle judicial das omissões do Poder Público,* 2ª ed., SãoPaulo: Saraiva.

DAL BOSCO, Maria Goretti; VALLE, Paulo Roberto Dalla. “Novo conceito da discricionariedade em políticas públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais”, disponível na internet, em http://www.compedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_adm_pub_maria_dal_bosco_e_paulo_valle.pdf, acesso em 09 de junho de 2010.

DANIEL, Juliana Maia. “Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas”, in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 92-124.

DE PAULA, Felipe. *A (de)limitação dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 150).

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* Vol. I, São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (trad. Nelson Boeira). 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EGIDY, Stefanie. "Casenote - The fundamental right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Federal Constitutional Court", *The German Law Journal,* Vol 12, n. 11, pp. 1961 a 1982, disponível em http://www.germanlawjournal.org/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1961-1982_Egidy%20FINAL.pdf, acesso em 05/06/2012.

FERRARESI, Eurico. "A responsabilidade do Ministério Público no controle das políticas públicas", in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 489-506.

FERREIRA, Camila Duran; OLIVEIRA, Ana Carolina C.; MACHADO, Ana Mara F.; NAHOUM, André V.; FERRÃO, Brisa L. de M.; CARDOSO, Evorah L. C.; FRANCO, Leandro A.; GUERRA, Marcele G.; BRAGA, Marco Aurélio C.; PUCCI, Rafael D.; BURANELLI, Vinicius C. *O Judiciário e as políticas de saúde no Brasil: o caso AIDS.* Disponível em www.ipea.gov.br, acesso em 03/01/2013.

FERREIRA, Éder. "As ações individuais no controle judicial de políticas públicas", in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 333-351.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente", in *Vinte anos da Constituição,* Revista AASP, ano XXVIII, n. 99, São Paulo: AASP, pp. 86- 91.

FISS, Owen. "The forms of Justice", *Harvard Law Review,* v. 93, n. 1, 1979.

FONSECA, Maria Goretti P.; TRAVASSOS, Cláudia; BASTOS, Francisco Inácio; SILVA, Nelson do Valle; SZWARCWALD, Célia Landmann. “Distrituição social da AIDS no Brasil, segundo participação no mercado de trabalho, ocupação e status sócio-econômico dos casos de 1987 a 1998”, *Cadernos de Saúde Pública* 19(5):1351-1363, 2003, disponível em http://www.scielosp.org/pdf/csp/v19n5/17807.pdf, acesso em 10/12/2012.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo.* Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FREITAS, Juarez de. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.* 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

FRIEDMAN, Barry. "The Politics of Judicial Review" (2006). *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers,*Paper 16.

FRISCHEISEN, Luisa Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público.* Max Limonad, 2000, p. 95.

FULLER, Lon Luvois. “The forms and limits of adjudication”, in *92 Harvard Law Review,* 1978.

GALDINO, Flavio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Maria. “Vinte anos da Constituição e o poder reformador: as emendas constitucionais”, in *Vinte anos da Constituição,* Revista AASP, ano XXVIII, n. 99, São Paulo: AASP, pp. 92-99.

GEMIGNANI, Daniel. “A coerência na interpretação dos direitos sociais quando analisados pelo STF: comparação evolutiva do tema”, in COUTINHO, Diogo; VOJVODIC, Adriana M (coords.). *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?,* São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 83-98.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “A motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988: funções políticas e processuais”, in *Vinte anos da Constituição,* Revista AASP, ano XXVIII, n. 99, São Paulo: AASP, pp. 15-20.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto; FILHO, Willis Santiago Guerra. *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides.* 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica).* 2ª ed., São Paulo: RT, 1991.

_____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto.* São Paulo: Malheiros, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle jurisdicional de políticas públicas”, in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 125-150.

_____; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto,* Vol. II, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.* Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law – uma análise de direito comparado.* São Paulo: RT, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. “O princípio da proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil”, publicado em www.mundojuridico.adv.br em 01.05.2003, acesso em 26.06.2012.

HAISKEN-DENEW, John P.; SCHIMIDT, Christoph M. “Nickel and dimed German style: the working poor in Germany” *Ruhr Economic Papers n.* 122, Ruhr-Universität Bochum

(RUB), Bochum, Dortmund, Duisburg, Essen, Germany, 2009, obtido na internet em www.ssrn.com, acesso em 18 de julho de 2011.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional.* 2ª. edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOLMES, Stephen; SUSTAIN, Cass R. *The Cost of Rights,* New York: Norton, 1999.

HORBACH, Beatriz Bastide. "Benefícios Sociais e a garantia do mínimo existencial: o caso Hartz IV", in *Observatório da Jurisdição Constitucional.* Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011.

HUBER, Martin; LECHNER, Michael; WUNSCH, Conny; WALTER, Thomas. "Do german welfare-to-work programmes reduce welfare and increase work?" IZA Discussion Paper nº 4090, March 2009, obtido na internet em www.ssrn.com, acesso em 18 de julho de 2011.

JACOB, César Augusto Alkmin. "A 'Reserva do Possível': obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba", in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 237-283.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (traduzione italiana riveduta dall'autore sulla seconda edizione tedesca con note del Gaetano Vitagliano), Milano : Società Editrice Libreria, 1912.

KNIJNIK, Danilo. *As provas nos juízos cível, penal e tributário.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KRELL, Andreas. "Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais", in SARLET, Ingo Wolfgang (org). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial.* Revista Esmafe: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região, n. 8, dez. 2004.

_____. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, pp. 108-109.

LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. "Políticas públicas como programas e ações para o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado", in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 151-182.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. "Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial", in *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie,* (coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LIMA, Rafael Schavone Bellem de. *Otimização de princípios, separação de poderes e segurança jurídica: o conflito entre princípio e regra.* Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, no prelo.

LOPES, Ana Carolina. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível".* Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 211. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3084/Dissertação%20-%20Ana%20Carolina%20Lopes%20Olsen.pdf;jsessionid=77EB2F6144D3D23B4F8891B5F0199D6E?sequence=1, acesso em 05/11/2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: teoria e prática.* São Paulo: Método, 2006.

_____. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito.* In "Direitos humanos, direitos sociais e justiça (org. José Eduardo Faria). São Paulo: Malheiros, 1994.

LUÑO, Antônio Enrique Perez. "Las Geraciones de Derechos Humanos", in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* n. 10, Septiembre-Deciembre 1991, pp. 203-217.

_____. *Los Derechos Fundamentales.* 7a ed., Madrid: Tecnos, 1998.

MARTINS, Leonardo (org). Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (coletânea original de Jürgen Schwabe). Montevideo, Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, pp. 663-664.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional.* 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. "O papel do juiz na efetiva implementação da política pública. Como administrar a implementação?", in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 399-418.

MESSEDER, Ana Márcia; OSÓRIO-DE-CASTRO, Cláudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. "Mandados judiciais como ferramentas para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil", in *Cadernos de Saúde Pública,* 21(2).

MOLÍN, Carina Gomes dal; MELO, Maria Veronica Monteiro de; ESPER, Vivian Maria. "Os provimentos judiciais para intervenção em políticas públicas: obrigações de fazer e não fazer – tutela antecipada e sentença condenatória", in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 387-397.

MONTESQUIEU. *De L'esprit des lois.* Paris: Garnier Frères, Libraires Éditeurs, 1869.

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito,* I, (trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza), 2ª ed., São Paulo: RT, 2009.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; BERMUDEZ, Jorge Antônio Zepeda; OSORIO DE CASTRO, Cláudia Garcia Serpa. *Assistência farmacêutica e acesso a medicamentos.* Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. "O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Contornos e perspectivas", in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 419-450.

PENALVA, Ernesto Pedraz. *Contitucion, jurisdiccion y proceso.* Madrid: Akal, 1990.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo,* 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. *A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional: em busca da superação dos obstáculos.* Dissertação de mestrado defendida na Universidade de Brasília – UNB, no prelo, disponível em: http://repositorio.bce.unb.br/handle/10482/5143, acesso em 20.06.2012, p. 39.

PINHEIRO, Victor Marcel. "O STF e o mito do legislador negativo", in COUTINHO, Diogo; VOJVODIC, Adriana M (coords.). *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?.* São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 19-36.

PIOVESAN, Flávia. "Direitos humanos e o princípio da dignidade humana". In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 180-197.

PISARELLO, Gerardo. *Los Derechos Sociales y Sus Garantías,* Madrid: Editorial Trotta, 2007.

RAMOS, Luciana de Oliveira. "O uso dos precedentes pelo STF em casos de fornecimento de medicamentos", in COUTINHO, Diogo; VOJVODIC, Adriana M (coords.). *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?,* São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 351-365.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça.* Lisboa: Editorial Presença, 1993.

REIS, Luciana Silva. “Medidas provisórias no STF: o papel do Tribunal no presidencialismo de coalizão”, in COUTINHO, Diogo; VOJVODIC, Adriana M (coords.). *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?,* São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 117-141.

RELATÓRIO FINAL do Projeto de Pesquisa *Tutela judicial dos interesses metaindividuais – ações coletivas,* Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário, Ideal Gráfica e Editora Ltda., Brasília, setembro de 2007.

RODRIGUES, Lucas de Faria. “STF, medida provisória, delegação legislativa: análise de algumas decisões”, in COUTINHO, Diogo; VOJVODIC, Adriana M (coords.). *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?,* São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 142-160.

ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. *A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira.* Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2004

SABINO, Marco Antonio da Costa. “Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da saúde”, in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 353-386.

SADEK, Maria Teresa. “Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política”, in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 1-32.

SALDANHA, Ana Cláudia. “A interpretação constitucional dos direitos sociais e o mínimo existencial”, in *Revista Acadêmica ESMP,* n. 1, ano IV, 2012, disponível em http://www.mp.ce.gov.br/esmp/publicacoes/revistaeletronica.asp, acesso em 11.11.2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira”. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 198-236.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", in *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie,* (org. Claudio Souza Pereira Neto e Daniel Sarmento), 2ª tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 552-575.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.* São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", in *Revista de Direito do Estado* 4 (2006), p. 24, disponível em http://static.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/VAS-Conteudo_essencial.pdf, acesso em 05/04/2012.

_____. "O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais", in *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie,* (coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 587-599.

_____. *O proporcional e o Razoável.* In RT n. 798, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, pp. 23-50.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. "A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros", in *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie,* (coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 515-551.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - uma nova crítica do Direito.* 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência,* 2002, p. 24.

_____. *Direito Administrativo Ordenador.* 1ª ed., 3ª tir., São Paulo: Malheiros, 2003.

THAYLOR, Matthew M. "Beyond Judicial Reform – Courts as political actors in Latin America", *Latin American Research Review,* Vol. 41, n. 2, june 2006, p. 271.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VEDEL, Georges. *Droit Administratif.* Paris: PUF, 1973.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. "Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil", in *Revista de Saúde Pública,* 41(2), 2007, pp. 214-222.

WANG, Daniel Wei Liang. "Escassez de recursos, custos dos direitos e reserve do possível na jurisprudência do STF", in COUTINHO, Diogo; VOJVODIC, Adriana M (coords.). *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?,* São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 275-300.

_____. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde.* Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 2009, disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21062011-134507/pt-br.php, acesso em 06/12/2012.

WATANABE, Kazuo. "Controle jurisdictional das políticas públicas – 'Mínimo Existencial' e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis", in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 213-224.

YOUNG, Katharine. "The minimum core of economic and social rights: a concept in search of content", in *The Yale Journal of International Law,* Vol 33:113, 2008, pp. 113-175.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.* 3ª ed., Madrid: Trotta, 2005.

ZANETI JR., Hermes. "A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia", in GRINOVER, Ada Pellegrini;

WATANABE, Kazuo (Orgs.), *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 33-72.

ZUFELATO, Camilo. “Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais”, in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas,* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 309-331.