



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CARLA SODRÉ DA MOTA DESSIMONI

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Belém, PA
2015

CARLA SODRÉ DA MOTA DESSIMONI

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará.

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

Área de Concentração: Direitos Humanos e Políticas Públicas

Orientadora Prof^ª. Dr^ª. Violeta Refkalefsky Loureiro.

Belém, PA
2015

Dados Internacionais de Catalogação na publicação (CIP)
Sistemas de Bibliotecas da UFPA

Dessimoni, Carla Sodré da Mota

O papel do judiciário na efetivação dos direitos sociais/ Carla Sodré da Mota Dessimoni; Orientadora, Violeta Refkalefsky Loureiro. - 2015.

110 f. : il. ; 29 cm

Inclui bibliografias

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2015.

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos sociais. 2. Poder Judiciário. 3. Efetividade. 4. Políticas Públicas. 5. Controle judicial. I. Loureiro, Violeta Refkalefsky, Orientadora. II. Título.

CDD – 22 ed. 341. 27

CARLA SODRÉ DA MOTA DESSIMONI

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará.

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

Área de Concentração: Direitos Humanos e Políticas Públicas

Aprovado em: ___/___/2015

Banca Examinadora

Prof^a. Dr^a. Violeta Refkalefsky Loureiro.
Orientadora-ICJ/UFPA

Prof^o. Dr^o. José Claudio de Brito Filho
Examinador-UFPA)

Prof^o. Dr^o. Elder Lisboa Ferreira da Costa
Examinador- ICJ/UNAMA

Conceito: _____

Belém, PA
2015

Para Bruna

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Carlos Eduardo e Rozilda, por forjarem o meu caráter, por todo amor e apoio nos momentos mais difíceis da minha caminhada até aqui. E, principalmente, por terem dispensado de seu tempo para cuidar da minha filha para que eu pudesse concluir os créditos do mestrado.

Ao meu marido Cesar pelo apoio e pelas palavras de incentivo, quando pensei em desistir. Obrigada por cuidar de nossa filha nos meus momentos de ausência, seja para conclusão do programa ou para o exercício do meu mister em Altamira.

A minha filha Bruna, que nasceu ainda no segundo semestre do programa de pós-graduação, por superar a minha ausência e ser o motivo pelo qual me esforço todos os dias para ser um ser humano melhor.

A minha brilhante orientadora, Violeta Refkalefsky Loureiro, por todas as valiosas sugestões e correções, e também pelo exemplo de educação, humildade, vitalidade e alegria de viver que me serve como modelo a ser perseguido.

Aos professores do PPGD com os quais tive a honra de cursar disciplinas e que contribuíram valiosamente para o meu crescimento intelectual, especialmente aos professores José Cláudio Monteiro de Brito Filho e Antônio José de Mattos Neto, que aceitaram participar de minha banca de qualificação e contribuíram de maneira ímpar para a qualidade da minha dissertação.

Aos meus colegas no PPGD com os quais tive a feliz oportunidade de vivenciar experiências de vida e dividir as alegrias e as angústias comuns aqueles que se lançam na jornada do saber.

Muito obrigada.

RESUMO

A atuação do poder judiciário para efetividade dos direitos sociais é uma questão relevante, sendo objeto de debate tanto no meio jurídico quanto no político. O tema aqui tratado ganha maior relevância em virtude do crescimento do papel judiciário como guardião da Constituição Federal e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional. É inegável que atrelado à efetividade dos direitos sociais está o incremento do gasto público para a realização desses direitos, chamados de direitos prestacionais, garantidos pela Constituição, que necessitam de prestações positivas do Estado. Diante desse panorama, mostra-se importante situar os direitos sociais no direito internacional, a fim que se perceba a real dimensão desses direitos no âmbito global. Será estudado o papel do judiciário na efetivação dos direitos sociais, analisando-se os elementos fáticos e jurídicos que podem ser levados em consideração pelo julgador na sua aplicação no caso concreto como a reserva do possível, o mínimo existencial, o orçamento público e a chamada teoria dos custos dos direitos. Será analisada ainda a questão da legitimidade e da possibilidade de se impor limites a essa atuação jurisdicional no controle das políticas públicas criadas pelos demais poderes, fundamentando-se o posicionamento aqui adotado na teoria da justiça distributiva e na democracia constitucional. Por fim, será abordada a racionalidade da decisão judicial e a teoria da integridade formulada por Dworkin para embasar o estudo ora desenvolvido. Serão objeto de análise ainda as decisões atuais do Supremo Tribunal Federal acerca da temática abordada.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Poder Judiciário. Efetividade. Políticas Públicas. Controle judicial.

ABSTRACT

The role of the judiciary for effective social rights is an issue, the subject of much debate in the legal environment and politically. The hereof theme gains greater relevance due to the growth of the judicial role as guardian of the Constitution and hence of fundamental rights provided in the Constitutional Charter. It is undeniable that tied the effectiveness of social rights is the increase in public spending for the realization of these rights, called rights of provide, guaranteed by the Constitution that require positive state benefits. Against this background, proves important to situate social rights in international law in order to realize that the real dimension of these rights at the global level. We will study the role of the judiciary in attaining social rights, analyzing the factual and legal elements that can be taken into consideration by the judge in its application in this case as the reserve as possible, the existential minimum, the public budget and the theory of the cost of rights. Still it will be considered the question of legitimacy and ability to impose limits on this legal action in the control of public policies created by other powers, the positioning adopted here in the theory of distributive justice and constitutional democracy. Finally, the rationality of judicial decision and the theory of integrity formulated by Dworkin to support the study now developed will be addressed. Will be analyzed further the current decisions of the Supreme Court about the theme.

Keywords: Fundamental Social Rights. Effectiveness. Public Policy. Judicial Control.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
2.1	Contextualização Histórica.....	15
2.2	Diferença entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais.....	17
2.3	A dignidade da Pessoa Humana.....	19
2.4	Direitos Humanos e a Constituição de 1988.....	24
2.5	Os Direitos Fundamentais.....	27
2.5.1	Características dos Direitos Fundamentais.....	27
2.6	Classificação dos Direitos Fundamentais.....	29
2.6.1	Direitos fundamentais de defesa.....	29
2.6.2	Direitos fundamentais de prestação.....	30
2.7	Direitos fundamentais sociais.....	32
2.8	Os direitos sociais e a Constituição de 1988.....	34
3	ELEMENTOS TEÓRICOS E FÁTICOS CONDICIONADORES À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	39
3.1	O mínimo existencial.....	39
3.2	A reserva do possível.....	44
3.3	A posição do Supremo Tribunal Federal acerca do mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível.....	48
3.4	Custos financeiros dos direitos prestacionais.....	57
3.5	O orçamento público e os direitos sociais.....	60
4	A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO	65
4.1	A separação de poderes.....	65
4.1.2	A legitimidade democrática.....	69
4.2	A Justiça Distributiva.....	74
4.3	A racionalidade jurídica.....	77
4.4	O Direito como integridade.....	82
4.5	Os limites da intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais apresentados pela doutrina pátria.....	88
4.6	A posição do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.....	91
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	97
	REFERÊNCIAS	104

1 INTRODUÇÃO

Na última década no Brasil houve um aumento significativo da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocou uma intensa judicialização das relações políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final. Podem ser tomados de exemplo os seguintes casos recentes que foram decididos pelos tribunais superiores: o uso das células tronco para pesquisa e tratamentos médicos, a legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal e o reconhecimento da união estável homoafetiva como unidade familiar.

Se num primeiro momento os direitos sociais eram considerados apenas como normas programáticas previstas na Constituição Federal, sendo raras as intervenções judiciais nesta seara, em nome da preservação do princípio da separação de poderes, hoje o quadro se modificou significativamente. Atualmente, são inúmeras as decisões, tanto nas esferas federal quanto estadual, garantindo a aplicabilidade desses direitos, seja individualmente ou em prol da coletividade.

Diante do agigantamento das demandas sociais no País, o poder judiciário acabou por evoluir o seu entendimento com relação à eficácia dos direitos sociais, como expressão dos direitos fundamentais, apresentando-se a via judicial como um forte instrumento colocado à disposição dos cidadãos brasileiros em prol da defesa dos direitos individuais e sociais, visando a observância do mínimo existencial e a garantia de uma vida digna.

De outra banda, o debate judicial, pela sua própria natureza, permite o crescimento da democracia, uma vez que trazendo para discussão temas caros à sociedade, como o direito de greve, direito ao aborto e outros, amplia o espaço de discussão democrática, uma vez que exige certo grau de racionalidade às propostas colidentes.

Contudo, a questão da judicialização das políticas públicas, entendida como a possibilidade do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário vem rendendo grandes discussões no meio doutrinário e jurisprudencial, com severas críticas à expansão da jurisdição constitucional e a sua legitimidade para intervir no caráter discricionário do administrador público com relação às políticas públicas.

O crescente impacto financeiro no orçamento público gerado por ações que demandam a efetivação de direitos sociais, notadamente o direito à saúde e à

educação, tem gerado críticas que questionam a legitimidade do poder judiciário para determinar gastos públicos em questões de políticas públicas, atrelada ainda à falta de capacidade técnica dos juízes para controlar as políticas públicas.

Embora neste trabalho defenda o entendimento doutrinário acerca da possibilidade de o Poder Judiciário conhecer e atuar em conflitos que envolvam direitos sociais, garantindo-se maior efetividade ao texto constitucional, parte da doutrina entende necessária a existência de parâmetros mínimos processuais e materiais para que se possa dar efetividade aos direitos fundamentais sociais consagrados na Constituição, sem prejuízo à discricionariedade da administração pública para a alocação de recursos atinentes as políticas públicas.

Para nós, a atuação do poder judiciário na efetividade dos direitos individuais e sociais mostra-se relevante e essencial na realização dos direitos fundamentais sociais, sendo um espaço de participação política da sociedade civil para a condução das políticas públicas para os direitos sociais, principalmente para os menos favorecidos, que podem se valer da jurisdição para ter garantido direito não prestado ou prestado de forma deficiente pela administração pública.

Todavia, há várias dificuldades políticas e econômicas que devem ser enfrentadas para que se possa traçar os limites para a atuação positiva do poder judiciário em prol da efetivação dos direitos sociais, ressaltando-se que as decisões judiciais devem estar amparadas nas disposições constitucionais (sem esquecer dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais).

Uma das questões principais colocadas pelos opositores do entendimento acima esposado é que os recursos disponíveis são finitos, o que traz à tona a discussão sobre a pertinência da atuação do poder judiciário na efetivação dos direitos sociais, sobretudo na área de saúde pública, mormente em situações pontuais em que o direito à vida de um indivíduo que dependa de tratamento médicos caros e não disponíveis na rede pública pode por em risco o atendimento aos demais cidadãos.

A questão do controle das políticas públicas envolve também a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Se, de um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los - cabendo ao poder judiciário zelar pela observância do texto constitucional, por outro,

atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos ao executivo e legislativo, o que dificulta o desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas.

Outro ponto nevrálgico acerca do tema é a amplíssima cartela de direitos individuais e sociais brasileiro, não se limitando aos direitos expressos na Constituição Federal, não havendo qualquer limite para a atuação jurisdicional. Por isso, parte da doutrina questiona a legitimidade do poder judiciário em interferir nas decisões do poder executivo na alocação dos recursos públicos para determinados fins sociais.

O fato de os membros do poder judiciário não serem eleitos pelo povo, tampouco responderem politicamente perante o povo, suscita, por alguns, a falta de legitimidade para interferir na realização das políticas públicas estatais.

Necessário ainda ponderar acerca da possibilidade da tutela efetiva dos direitos fundamentais em contraponto ao princípio da separação dos poderes, pois há doutrinadores que defendem a superioridade hierárquica do princípio da separação dos poderes em detrimento dos direitos fundamentais em caso de colisão, rejeitando qualquer intervenção do poder judiciário nas questões que envolvam direitos prestacionais.

A ausência de regulamentação ampla acerca da possibilidade de intervenção do poder judiciário na realização das políticas públicas do Estado, não antevendo o ordenamento jurídico pátrio todas as necessidades de direito material, bem como a precariedade dos estudos doutrinários acerca do tema, não podem representar obstáculos para a concretização dos direitos fundamentais, dentre os quais os direitos sociais, que por sua relevância, devem ser viabilizados pelo Estado da forma mais efetiva possível.

A doutrina é divergente em relação ao tema, não havendo consenso sobre os limites da atuação do poder judiciário na efetivação dos direitos sociais, principalmente, por força da diversidade de direitos abarcados pela Constituição de 1988, o que dificulta a harmonização dos posicionamentos doutrinários.

Ponto importante da problemática apresentada é identificar se os direitos sociais podem ser objeto da tutela jurisdicional. No caso positivo, deve-se perquirir os limites da atuação jurisdicional, ante a escassez de recursos materiais do Estado para a concretização plena dos direitos fundamentais, principalmente nos entes

federativos que tenham diminuta dotação orçamentária, bem como outras limitações colocadas pela doutrina pátria e estrangeira.

A discussão do tema ora proposto mostra-se relevante diante do avanço da atuação do poder judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais, o que implica na necessidade de se determinar se existem limites para essa atuação e quais seriam esses limites, bem como discutir se o poder judiciário possui legitimação para fazê-lo.

Assim, a questão posta em debate se justifica pela crescente demanda da população brasileira pelos direitos sociais, que acaba desembocando no poder judiciário quando a administração pública não atende as demandas dos indivíduos, o que de fato gera uma sobrecarga financeira aos cofres públicos pelos custos, inerente aos cumprimentos de direitos garantidos pelas decisões judiciais concessivas de direitos sociais, o que torna necessário estudo mais aprofundado do tema, a fim de evitar decisões temerárias ao equilíbrio financeiro do Estado.

Registre-se que o conceito de política pública que será adotado neste trabalho é o que entende como políticas públicas o conjunto organizado de atos e programas de ação governamental para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados para a realização dos direitos sociais insculpidos na Constituição brasileira e os objetivos do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, nossa proposta é identificar e analisar os aspectos fundamentais dos direitos sociais, bem como a possibilidade de intervenção do poder judiciário com vistas à eficácia desses direitos no Brasil, identificando e destacando os entraves práticos e doutrinários na sua realização, bem como apresentar os parâmetros colocados pela doutrina para sua atuação, com o intuito de contribuir com a discussão doutrinária acerca do tema.

Para tanto será necessário analisar a evolução dos Direitos Humanos como fator que influenciou no resgate do princípio da dignidade da pessoa humana, que serve de fundamento à ordem jurídica pátria, permitindo a realização dos direitos sociais pelas políticas públicas, e a possibilidade de intervenção do poder judiciário para a garantia dos direitos sociais no Brasil, identificando os limites práticos e doutrinários na sua realização.

Na busca de respostas adequadas ao tema proposto será utilizado como referencial teórico a teoria da integridade de Dworkin, que entende o Direito como

um exercício interpretativo, defendendo a coerência de princípios como exigências morais, sendo as proposições jurídicas verdadeiras se constam ou derivam dos princípios da equidade e devido processo legal, que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

No caso especificamente brasileiro, ainda é reduzido o número de demandas judiciais relacionadas à implementação dos direitos sociais e econômicos – a exceção do direito à saúde e educação, sendo em sua grande maioria ações individuais.

A intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais perpassa o problema da própria legitimação do poder judiciário e a discussão acerca da necessidade de imposição de limites para essa atuação, a fim de preservar o Estado Democrático de Direito.

Repise-se que a judicialização dos direitos sociais é questão ainda controvertida na doutrina pátria e alienígena, existindo teorias divergentes acerca da possibilidade intervenção do poder judiciário no controle das políticas públicas com o fim de garantir efetividade aos direitos sociais.

A metodologia a ser utilizada será a pesquisa jurídico-teórica, valendo-se de consultas a textos teóricos, à legislação, à doutrina e à jurisprudência do Brasil, tendo em vista que a pesquisa destina-se primordialmente a encontrar solução para os parâmetros e/ou limites para a atuação jurisdicional na realização das políticas públicas pelos entes federativos, com enfoque na garantia da realização do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito nacional, funcionando os elementos de direito como exemplos e possíveis fontes de inspiração na criação de um modelo eficaz para a resolução do problema.

No primeiro capítulo serão abordados os principais pontos do processo de evolução dos direitos humanos como a distinção dos direitos humanos e direitos fundamentais, trazendo os principais aspectos dos direitos fundamentais sociais, a fim de permitir o adequado entendimento do objeto de discussão do presente trabalho.

Em seguida serão discutidos os principais elementos condicionadores dos direitos sociais elencados pela doutrina nacional para efetividade dos direitos fundamentais sociais, atendo-se a três questões que são temas recorrentes: a teoria da reserva do possível, o mínimo existencial, os custos financeiros dos direitos

prestacionais, uma vez que servem de argumentos para aqueles que defendem a impossibilidade de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Após traçar o panorama geral acerca do tema, sendo vencidos os chamados elementos condicionadores dos direitos sociais, será travada a discussão que entendo ser muito importante para a conclusão do trabalho que é a chamada judicialização dos direitos sociais, sendo abordada a questão da legitimidade do poder judiciário no controle de políticas públicas relativas aos direitos sociais e à posição da jurisprudência pátria dos tribunais superiores acerca do tema.

A última parte da dissertação abordará o objetivo central da discussão que é a definição do papel do poder judiciário na efetivação dos direitos sociais, a importância da racionalidade jurídica para a correta delimitação dos parâmetros da intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais, sendo discutido o caráter discricionário do administrador público na escolha das políticas públicas, fundamentando-se a posição aqui adotada na teoria da justiça distributiva e na democracia constitucional. Por fim, será abordada a racionalidade da decisão judicial e a teoria da integridade formulada por Dworkin para embasar o posicionamento apresentado neste trabalho.

2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Contextualização Histórica

As doutrinas pátria e alienígena citam alguns documentos que são entendidos como antecedentes dos direitos humanos, como a Carta Magna das Liberdades, declaração solene assinada pelo rei João Sem-terra, de 1215 (*Magna Charter Libertatum*), firmada entre o rei, os barões e bispos ingleses com o propósito de reconhecer e garantir certas liberdades a uma parcela da sociedade, como a liberdade eclesiástica para designação de autoridades, permitindo o reconhecimento ao longo dos séculos dos direitos fundamentais pelas constituições nacionais.

A declaração de direitos dos povos da Virgínia, de 1776, foi o primeiro documento a positivizar os direitos naturais do homem, sinalizando o início de uma nova fase para os direitos humanos, marcando a transição entre as liberdades legais inglesas para os direitos fundamentais constitucionais (SARLET, 2012).

O primeiro documento a afirmar os princípios democráticos na história da política moderna foi a declaração de independência dos Estados Unidos. A sua importância histórica reside no fato de ser o primeiro documento político que reconhece, ao lado da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo o ser humano, independentemente de características individuais (COMPARATO, 2013).

A declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789, nascida da revolução burguesa na França, também é um documento de suma importância para entender a evolução dos direitos fundamentais, uma vez que reconheceu a todo ser humano direitos naturais imprescritíveis e inalienáveis.

Comparato (2013) ressalta que as declarações de direitos norte-americanas e francesa significam a emancipação do indivíduo em face dos grupos sociais aos quais pertenciam como a família, o clã ou as organizações religiosas, porém tornaram o indivíduo mais vulnerável aos reveses da vida.

Contudo, os direitos humanos como direitos reconhecidos internacionalmente ganharam propulsão após a constatação das atrocidades cometidas contra a raça humana pelo nazismo nas décadas de 30 e 40¹. Após a II

¹ “O legado da segunda Guerra mundial apresentava o Estado como grande violador de direitos humanos. O período do pós-guerra buscou reconstruir a noção de respeito à pessoa humana,

Guerra Mundial o ideal de tutela global à dignidade da pessoa humana passou a figurar na pauta de discussão dos líderes mundiais em âmbito internacional inicialmente. Declarações e Pactos sobre os direitos humanos foram firmados com a criação de cortes internacionais, a fim de impedir que o mundo protagonizasse novas histórias de holocausto.

Comparato (2013) assinala que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Convenção Internacional sobre prevenção e punição do crime de genocídio (aprovada um dia antes da primeira) – ambos documentos elaborados pela Organização das Nações Unidas - constituem os marcos inaugurais da nova fase histórica que se encontra em desenvolvimento na atualidade.

Com a declaração de 1948, tem início a terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas de todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente conhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. (BOBBIO, 1992, p. 30).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é o documento internacional de maior importância para a afirmação dos Direitos Humanos, que embora tenha a forma de simples recomendação feita pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), tem reconhecida sua força vinculante pelos Estados membros.

A criação da ONU bem como a edição da Declaração dos Direitos Humanos de 1948 e outros pactos internacionais que se seguiram, assinados e ratificados por um número cada vez crescente de Estados ampliou a discussão acerca da proteção e promoção dos direitos humanos para os Estados Nacionais, os quais também passaram a se preocupar internamente com a proteção dos novos direitos.

Outros dois documentos de suma importância para a expansão dos Direitos Humanos são os chamados Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto de Direito Econômico, Social e Cultural, ambos datados de 1966.

Ressalte-se que a Comissão de Direitos Humanos da ONU tentou elaborar um pacto internacional único que englobaria todos os direitos protegidos e

delimitando o conceito de soberania nacional perante aos direitos humanos. A concepção contemporânea dos direitos humanos inicia o seu processo de consolidação” (UGATTI, 2008, 75).

reconhecidos pela ordem internacional. Mas, a ausência de entendimento entre os países que compunham a Organização das Nações Unidas à época impediu a realização de um único documento. A divergência entre os países resultou na confecção de dois tratados: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e o Pacto pelos Direitos Sociais e Econômicos, ambos de 1966.

Os direitos humanos, em sua concepção contemporânea, são definidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Sobre este ponto afirma Piovesan que:

Essa concepção é fruto da internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Com efeito, no momento que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável (PIOVESAN, 2007, p. 8-9).

Dessa forma, o movimento de internacionalização dos direitos humanos se fortalece e se expande, o que se observa pelo crescente número de documentos internacionais e a criação de mecanismos de promoção, defesa e controle para efetivação dos direitos humanos.

2.2 Diferença entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais

No tocante aos termos direitos humanos e direitos fundamentais, considerando a existência de pontos de contato entre os dois termos, deve-se entender que os direitos fundamentais são sempre direitos humanos, contudo nem todos direitos humanos podem ser abrangidos pelo termo direitos fundamentais.

A sua diferenciação se mostra necessária, uma vez que não serão utilizados como sinônimos, tendo cada um o seu conceito definido e delineado como ficará claro a seguir.

Embora o entendimento adotado acerca do tema objeto dessa dissertação não se filie ao positivismo jurídico, deve-se destacar a distinção trazida por Bobbio para afastar o conceito de direitos humanos do direito natural, afirmando que “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como

direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais” (BOBBIO, 1992, p. 30).

Silva (1998, p. 182) sustenta que

no qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Sarlet (2012) assevera que não existe identidade necessária entre o elenco dos direitos que compõem os direitos humanos e os direitos fundamentais, nem entre o direito constitucional dos diversos Estados e o direito internacional nem entre as Constituições, ficando muitas vezes o catálogo de direitos fundamentais constitucionais aquém ou além dos direitos humanos contemplados nos documentos internacionais. Para Sarlet os termos direitos humanos e direitos fundamentais não possuem o mesmo significado, sendo que os direitos fundamentais “nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados” (SARLET, 2012, p. 35).

A locução direitos fundamentais é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inseridos nos diplomas normativos de cada Estado. São direitos vigentes numa ordem jurídica concreta, garantidos e limitados no espaço e no tempo, uma vez que são assegurados na medida em que cada Estado os consagra (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009). Brito Filho (2013) adota a distinção entre os direitos humanos e direitos fundamentais, sendo os direitos fundamentais como os direitos humanos reconhecidos pelo Estado como regras constitucionais escritas como necessários à dignidade da pessoa humana².

A positivação dos direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva de direitos considerados naturais e inalienáveis, porém os direitos fundamentais devem ser alçados a fonte fundamental do direito que são as normas constitucionais, permitindo a proteção dos direitos fundamentais mediante controle de constitucionalidade dos atos normativos desses direitos. (CANOTILHO, 2003).

² Para Brito Filho (2013, p. 27) “Não obstante, para nós, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais tenham definições baseadas na necessidade de seu reconhecimento como forma de garantir a dignidade da pessoa humana, elas diferem no sentido de que nem sempre haverá coincidência entre ambos, pois, além de ser comum que, no plano interno dos Estados, nem todos os direitos humanos consagrados no plano internacional sejam reconhecidos, é comum também que alguns direitos só sejam reconhecidos como fundamental em algum ou em alguns Estados”.

Num primeiro momento apenas os direitos civis e políticos foram reconhecidos como direitos humanos. Os direitos econômicos, sociais e culturais somente foram reconhecidos como parte da cartela de direitos fundamentais após a afirmação dos direitos civis e políticos. Por último, estendeu-se o conceito de direitos humanos ao direito ao meio ambiente, direito ao patrimônio comum da humanidade.

Assim, os direitos fundamentais são apresentados pela doutrina como um conjunto de direitos formados pelos direitos individuais, políticos e sociais, bem como os direitos de fraternidade plasmados nas Constituições.

Os direitos fundamentais individuais são associados aos direitos de liberdade, o livre exercício dos direitos civis, livre da atuação estatal. Os direitos políticos representam os direitos associados à livre participação dos indivíduos na vida pública do Estado, sendo corolário do princípio da igualdade. Por último, os direitos sociais, econômicos e culturais compõem a ideia de direitos fundamentais, a serem respeitados e fomentados pelo Estado a fim de garantir a existência plena dos indivíduos.

Mendes; Coelho e Branco (2009, p. 273) resumem o papel dos direitos fundamentais na sociedade ocidental contemporânea afirmando que:

os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar da necessidade dos cidadãos.

2.3 A dignidade da Pessoa Humana

O valor da dignidade da pessoa humana é o principal fundamento que justifica o respeito e a promoção dos direitos humanos, bem como os direitos fundamentais positivados pelos Estados.

O ponto de partida para a concepção contemporânea da dignidade da pessoa humana como condição inerente ao próprio ser humano é a concepção defendida por Kant, que sustenta que todo ser humano é um fim em si mesmo. Para ele “o homem, e duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não como meio para uso arbitrário para essa ou aquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto aquelas que se dirigem a outros seres

racionais, ele tem que ser considerado simultaneamente como um fim” (KANT, 1980, p. 134 -135).

Em outra passagem importante em defesa do tema, Kant (1980) afirma que a qualidade peculiar e insubstituível da pessoa humana é a dignidade, que está acima de todo preço, o que não permite sua troca por outro equivalente. Difere das demais coisas do mundo às quais podem ser atribuídas um preço e, portanto, permitem equivalentes. Dessa forma, todo o ser humano tem dignidade e não um preço, e como os têm as coisas que podem ser substituídas por outras equivalentes. Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da Comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2012, p. 73).

A dignidade da pessoa humana serve de fundamento aos documentos internacionais que regulam os direitos humanos, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que dispõe no artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns com os outros em espírito e fraternidade”.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana não é um direito a ser concedido pelo ordenamento jurídico, mas atributo inerente a qualquer ser humano, sendo que o seu reconhecimento pelo Estado significa o dever de respeito, fomento e proteção dos direitos fundamentais que se alicercem direta ou indiretamente no seu preceito.

O conceito de dignidade humana pode ser expresso em um feixe de condições concretas, que devem estar (ou não podem estar) presentes para que a dignidade da pessoa humana seja garantida. Sobre essas condições é possível haver consenso. Assim, a dignidade humana não é garantida se o indivíduo é humilhado, estigmatizado, perseguido ou proscrito. Acerca de outras condições é possível haver controvérsias, como, por exemplo no caso de se saber se o desemprego de longa duração de alguém que tenha vontade de trabalhar - continua (ALEXY, 2015, p. 355).³

³ Alexy discute a dignidade da pessoa humana quando analisa o artigo 1º, §1º da Constituição Alemã, que dispõe que a dignidade da pessoa humana é inviolável.

Deve ser ressaltado que o princípio da dignidade da pessoa humana atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais (SARLET, 2012). Duarte (2012, p. 56), defende que “a dignidade da pessoa humana deve funcionar, como, pelo menos, um dos critérios identificadores do conteúdo material (ou fundamentalidade material) dos direitos materialmente constitucionais, ainda que não formalmente constitucionais”.

O princípio da dignidade possui um papel hermenêutico importante, funcionando como diretriz para a interpretação das normas de todo ordenamento jurídico, em razão de ser fundamento basilar da ordem constitucional (SARMENTO, 2002).

No mesmo sentido, Sarlet (2011) diz que a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da ordem constitucional brasileira, dotada de plena normatividade, sendo referencial no âmbito do processo hermenêutico.

Os direitos fundamentais, sociais e econômicos, tanto os direitos de liberdade e de justiça se originam da dignidade humana, sendo que sua própria “natureza de princípio fundamental faz com que a dignidade humana se irradie para toda a Constituição e imante todo o ordenamento jurídico (TORRES, 2003, p.14).

A ideia da pessoa como um fim em si mesma implica não só o dever negativo de não prejudicar um terceiro, mas também implica o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade do outro. Constitui a melhor justificativa do reconhecimento dos direitos e das liberdades individuais, bem como dos direitos humanos para a realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social, como enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (COMPARATO, 2013).

A dignidade da pessoa humana tem sido reconhecida pelos principais instrumentos internacionais e textos nacionais como ponto fundamental dos Direitos Humanos.

Porém, deve ser ressaltado que a dignidade da pessoa humana deveria prescindir de previsão legal, não sendo um direito a ser concedido pelo ordenamento jurídico, mas atributo inerente a qualquer ser humano, sendo que o seu reconhecimento pelo Estado significa o dever de respeito, fomento e proteção dos direitos fundamentais que se alicercem direta ou indiretamente no seu preceito.

Para Brito Filho (2008) os direitos humanos podem ser entendidos como o conjunto de direitos necessários à garantia da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, quando determinado direito for entendido como essencial para o respeito à dignidade humana, deverá ser considerado parte integrante dos direitos fundamentais. Defende ainda que “a dignidade funciona ao mesmo tempo como um ímã e como um freio. Como o primeiro para atrair todos os direitos indispensáveis a uma vida digna do ser humano, e como o segundo para impedir a tentação, às vezes desenfreada de alguns, de querer incluir todos os direitos como direitos humanos” (BRITO FILHO, 2008, p. 33).

No Brasil, a Constituição de 1988 reconheceu expressamente a dignidade da pessoa humana como preceito axiológico, despontando entre os fundamentos do Estado, pelo que se extrai da leitura do inciso III do art. 1º. Outros artigos da carta constitucional também se referem à dignidade da pessoa humana, podendo ser citados o artigo 170, artigo 226, §7º, artigo 227 e artigo 230.

Nessa linha de pensamento, o constituinte da Constituição de 1988 elegeu o valor da dignidade um dos fundamentos do Estado democrático de direito, servindo como parâmetro que deve nortear a interpretação das normas constitucionais e as ações do Estado em prol de uma sociedade solidária e igualitária.

O direito fundamental da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial possuem dimensão ampliada nos países pobres ou com imensa desigualdade social, como o Brasil, pela própria necessidade da proteção estatal ser mais efetiva na garantia aos bens essenciais à sobrevivência das populações.

O princípio da dignidade da pessoa humana exerce múltiplas funções no ordenamento jurídico pátrio, em face de sua importância dentro do sistema constitucional vigente, bem como pela sua fluidez estrutural, sendo a primeira delas a legitimação ética da Constituição (SARMENTO, 2002). Diz ainda que sob outro aspecto, o princípio da dignidade possui uma dimensão negativa, uma vez que é concebido como limite inafastável para a atuação estatal. Assevera ainda que “é lícito afirmar que todo e qualquer ato normativo, administrativo ou jurisdicional atentatório à dignidade da pessoa humana será inválido e desprovido de eficácia jurídica, ainda que não colida frontalmente com qualquer dispositivo constitucional” (SARMENTO, 2002, p. 71).

Seguindo o mesmo raciocínio, Sarlet (2012) defende que o Estado deve se abster de praticar atos atentatórios ao princípio da dignidade da pessoa humana,

bem como deverá promovê-la por meio de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.

Diante dos argumentos acima espostos fica clara a posição do constituinte de 1988, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro, sendo pressuposto filosófico de nosso regime jurídico, o que pressupõe a existência de eficácia positiva de seu enunciado normativo, não podendo ser ignoradas pelo administrador público, sob pena de afronta à Constituição.

Contudo, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser compatibilizado com os demais princípios constitucionais, uma vez que não existem princípios absolutos.

Alexy (2015) ressalva que o princípio da dignidade da pessoa comporta graus de realização, embora em determinadas situações preceda a todos os outros princípios. Isso não lhe confere caráter absoluto, significando apenas que quase não existem razões jurídico-constitucionais que não se deixem de comover para uma relação de preferência em favor da dignidade da pessoa⁴.

Barcelos resume que a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da ordem jurídica, vetor de interpretação constitucional, mas deve ser harmonizado com os demais princípios e regras constitucionais⁵. Isso se deve em parte pelo princípio da unidade da Constituição, mas também porque os demais princípios constitucionais são partes de uma estrutura cujo objetivo final é a realização da dignidade da pessoa humana (BARCELLOS, 2008).

⁴ Alexy diz que a razão da impressão que a dignidade tem caráter absoluto reside no fato “de que a norma ser tratada em parte como regra e em parte como princípio, e também no fato de existir, para o caso da dignidade, um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes (2015, p. 112) O autor prossegue seu pensamento: [...] “É necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma relação de preferência. O princípio da dignidade pode ser realizado em diferentes medidas”.

⁵ Torres argumenta que “Com a mudança do paradigma jurídico e ético trazido pelo Estado Democrático de Direito, houve profunda modificação na problemática da dignidade humana: a) já não é princípio hierarquicamente superior, pois se abre a ponderação; b) dela se irradiam não só os direitos fundamentais, mas os sociais. De feito. Coube a Alexy chamar a atenção para a necessidade de se colocar a dignidade humana no mesmo conjunto de outros princípios fundamentais e sujeitá-la ao jogo da ponderação diante de interesses emergentes, em virtude de sua característica de princípio e regra (TORRES, 2003, p. 14).

2.4 Direitos Humanos e a Constituição de 1988

No Brasil o reconhecimento dos direitos humanos, pela adesão e ratificação aos instrumentos internacionais se deu de forma gradativa, refletindo a situação política do país em dado momento histórico.

A redemocratização do País na década de 1980, bem como com a Assembleia Constituinte de 1988 marcaram a mudança da trajetória do reconhecimento dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição de 1988 inaugura uma nova fase de um regime democrático de direito no País, garantindo os direitos fundamentais e a proteção aos grupos de vulneráveis, “situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil” (PIOVESAN, 2009, p. 24).

O Estado Democrático de Direito brasileiro adotou como seus fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º, incisos I a V, CF/88), bem como estabeleceu seus objetivos fundamentais: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, 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, CF/88), o que demonstra a predisposição do constituinte em transformar o País em uma sociedade plural, onde o respeito e a promoção dos direitos humanos têm um papel fundamental.

Vale ressaltar que a Constituição fixou entre os princípios que regem o país em suas relações internacionais: prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a não-intervenção e a defesa da paz (artigo 4º, incisos II, III, IV e VI).

Resta evidenciado o caráter democrático da nova carta constitucional do país, que preza reconhecimento dos direitos humanos. “Pode-se afirmar que a Carta de 1988, elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá

unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular⁶. (PIOVESAN, 2009, p. 28).

A nova ordem política iniciada após a redemocratização pode ser notada na adoção e ratificação dos instrumentos internacionais dos direitos humanos, a exemplo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotados pela ONU em 06.12.1966 e 16.12.1966, respectivamente, que somente foram ratificados pelo Brasil em 24.01.1992.

Outro ponto relevante a ser mencionado é a importância destinada aos instrumentos internacionais que reconhecem os direitos humanos, assegurando a Constituição de 1988 que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (§ 2º, art. 5º da CF/88), havendo posterior inclusão pela Emenda Constitucional n. 45 do seguinte texto: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (§ 3º, art. 5º da CF/88)⁷.

Dessa forma, o que se observa é que houve um alargamento dos direitos humanos reconhecidos pelo Estado brasileiro com reconhecimento dos direitos previstos nos tratados internacionais ratificados pelo País, o que sem dúvida é um avanço para a promoção dos direitos humanos.

No caso dos direitos humanos que não estão incluídos no rol dos direitos fundamentais elencados pelo texto constitucional, merece ser mencionada a posição do Supremo Tribunal Federal, que fixou entendimento que, tratados e convenções internacionais estão numa denominada supralegalidade na hierarquia das normas, estando acima das normas infraconstitucionais, mas abaixo das normas

⁶ Ainda para Flávia Piovesan: “[...] o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e de outros valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Com efeito, a busca do Texto em resguardar o valor da dignidade humana é redimensionada, na medida em que, enfaticamente, privilegia a temática dos direitos fundamentais”. (PIOVESAN, 2009, p. 32).

⁷ Embora exista uma discussão doutrinária acerca da natureza jurídica dos tratados de direitos internacionais no Direito pátrio, esse ponto não será objeto de estudo do presente trabalho. Sobre o tema Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

constitucionais, quando não obedecido o que dispõe o §3º, artigo 5º da Constituição de 1988. Assim, os tratados internacionais somente terão status de norma constitucional quando aprovados por cada casa do Congresso Nacional em quórum qualificado.

Neste sentido é firme a posição do STF quando trata da proibição de prisão civil por dívida (exceto em caso de alimentos), nos termos da ratificação do Pacto de San Jose da Costa Rica⁸.

Embora existam autores⁹ que discordem da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal neste tema, a maior parte dos autores segue o entendimento esposado.

⁸ DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. Habeas corpus concedido. (HC 95967, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008, DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-02 PP-00407 RTJ VOL-00208-03 PP-01202)

⁹ Novamente convém citar Flávia Piovesan que entende que “corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo (3º do art. 5º da CF/88), ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, tem hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais (PIOVESAN, 2009, p. 73). “Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam status constitucional e aplicação imediata (por força do art. 5º, §§1º e 2º, da Carta de 1988), os tratados tradicionais apresentam status infraconstitucional e aplicação não imediata (por força do art. 102, III, b, da Carta de 1988 e da existência de dispositivo constitucional que lhes assegure aplicação imediata” (PIOVESAN, 2009, p. 92).

2.5 Os direitos fundamentais

2.5.1 Características dos Direitos Fundamentais

Para a identificação adequada dos direitos que estão inseridos no conceito de direitos fundamentais a doutrina elenca algumas características essenciais para tais direitos, sendo que as características relacionadas também são aplicáveis ao sistema internacional dos direitos humanos.

A universalidade atribuída aos direitos humanos não é uma unanimidade entre aqueles que se dedicam ao estudo do tema pois, para alguns autores, eles somente trariam sentido para as sociedades ocidentais. O reconhecimento dos direitos humanos como universais foi fruto de intenso debate entre as nações que compunham a Organização das Nações Unidas à época da assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos e continua a ter importância nos dias atuais, razão pela qual a tese da universalidade não pode ser afastada.

O entendimento da universalidade desses direitos é a posição adotada neste trabalho, uma vez que se pauta na observância da dignidade da pessoa humana, independentemente da concepção particular de cada sociedade, independentemente de suas particularidades sociais e culturais.

A universalidade dos direitos humanos é pautada no art. XXVIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos ao afirmar que “todos os homens têm direito a uma ordem social e internacional, em que todos os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”. Como defende Paulo Bonavides:

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbice ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da celebre declaração dos direitos do homem de 1789. (BONAVIDES, 2007, p. 562).

O pensamento kantiano e o imperativo categórico¹⁰, que coloca o indivíduo como um fim em si mesmo, não podendo nenhum ser humano ser usado como

¹⁰ “O imperativo categórico kantiano possui um caráter procedimental. É uma fórmula para verificação da moralidade de uma ação, que depende da viabilidade de sua universalidade. Segundo Kant, algumas leis moralmente possíveis são também moralmente necessárias, dando a elas o status de

instrumento de outrem para o alcance de uma finalidade, fundamenta a ideia da dignidade da pessoa humana e a universalidade dos direitos humanos.

A defesa da universalidade dos direitos humanos na teoria kantiana parte da ideia de que as pessoas são iguais em sua dignidade e, como tal, é justo que todas as pessoas possam reclamar os mesmos direitos. (HERNANDEZ, 2013, p. 191).¹¹

A universalidade, portanto, reflete a defesa da própria condição humana de existência, que conduz ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos humanos.

Contudo, Hesse (2009) ressalva que a diversidade das concepções políticas de cada Estado depende, por exemplo, de fatores extrajurídicos como os comportamentos sociais, a cultura e história do povo, o que reflete nas diferentes formas de garantir os direitos fundamentais, embora exista conformidade em seu conteúdo e interpretação, como ocorre no âmbito das democracias ocidentais. Para Hesse toda essa diversidade evidencia que a validade universal dos direitos fundamentais não supõe a uniformidade.

Outra característica comum aos direitos fundamentais é a sua historicidade, isto é, são direitos fruto da evolução das sociedades e de seus anseios políticos e sociais. Não surgiram todos no mesmo momento histórico, evoluindo de acordo com as mudanças da sociedade, somente fazendo sentido o reconhecimento de determinados direitos fundamentais num determinado contexto histórico.

A indivisibilidade dos direitos humanos é introduzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos ao conjugar os direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais, inovando ao afirmar a sua igualdade em importância e interdependência (PIOVESAN, 2009).

A inalienabilidade dos direitos fundamentais significa dizer que não poderão ser disponibilizados ou preteridos pelo mero fato do titular do direito consentir, uma

dever. Assim, pode-se afirmar que o imperativo é uma regra prática em virtude da qual uma ação se converte em necessária". (HERNANDEZ, 2013, p. 189).

¹¹ "O primeiro ponto indispensável ao entendimento desta questão é a distinção entre Direito e Moral em Kant, uma vez que ao distinguir e, simultaneamente, submeter o Direito à Moral, Kant faz com que se chegue a um complexo arranjo teórico que caracteriza os direitos humanos como direitos morais. Outro ponto importante é a questão do imperativo categórico. Ao elaborar uma maneira de verificar a moralidade e a universalidade de uma ação, Kant fornece aos direitos humanos um fundamento, tendo em vista que ao submeter uma ação a tal fórmula garante-se a condição de autonomia, a qual conduz ao princípio da dignidade humana, sustentáculo da ideia de direitos humanos". (HERNANDEZ, 2013, p. 186).

vez que essa característica se fundamenta na dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais também não são passíveis de renúncia por parte do indivíduo, em qualquer situação. São, portanto, irrenunciáveis.

2.6 Classificação dos Direitos Fundamentais

Diante da multiplicidade de funções desempenhadas pelos direitos fundamentais, as classificações apontadas pela doutrina são importantes para facilitar a sistematização do assunto servindo como forma de aclarar a sua compreensão. Embora existam várias classificações dos direitos fundamentais na doutrina especializada¹², neste trabalho apenas será dada ênfase à distinção entre os direitos de defesa, normalmente vinculados aos direitos de liberdade, e os direitos de prestação¹³, vinculados aos direitos sociais, uma vez que esta abordagem será importante para limitar o objeto de estudo.

2.6.1 Direitos fundamentais de defesa

Os direitos fundamentais de defesa se traduzem na obrigatoriedade de abstenção do Estado (leia-se órgãos estatais) em práticas que inibem o exercício de um conjunto de ações, protegendo o indivíduo de qualquer ato abusivo por parte do Estado. Tais direitos podem ser imediatamente usufruídos pelos titulares, independentemente de qualquer intervenção do poder judiciário, tendo, portanto, plena eficácia, a exemplo da maioria dos direitos civis e políticos.

A doutrina contemporânea sustenta que os direitos de defesa são verdadeiros direitos assegurados com aplicabilidade imediata e eficácia plena.

A primeira função dos direitos fundamentais é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado e de outros esquemas políticos coercitivos, cumprindo a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla

¹² Podem ser citadas as seguintes classificações: direitos fundamentais formalmente constitucionais, direitos fundamentais materialmente constitucionais, direitos fundamentais positivos e direitos fundamentais negativos. Deve-se mencionar ainda a teoria geracional desenvolvida por Karel Vasak que divide os direitos fundamentais em direitos de primeira, segunda e terceira geração.

¹³ Importante registrar a ressalva feita por Sarlet ao afirmar que “há de se levar em conta a circunstância de que várias normas definidoras de direitos fundamentais exercem simultaneamente duas ou mais funções, sendo, neste sentido, inevitável alguma superposição [...]. É, de destacar-se, ainda, que a inclusão dos direitos fundamentais em um ou outro grupo se baseia no critério de predominância do elemento defensivo ou prestacional, já que os direitos de defesa podem, por vezes, assumir uma dimensão prestacional e vice-versa”. (SARLET, 2012, p. 166).

perspectiva. A primeira se constitui das normas de competência negativa para poderes públicos, proibindo de forma fundamental sua ingerência na esfera jurídica individual. A segunda implica o poder de exercer positivamente direitos fundamentais e de exigir omissões dos poderes públicos a fim de evitar agressões lesivas aos jurisdicionados (CANOTILHO, 2003)¹⁴.

Alexy (2015) denomina os direitos de defesa como direitos a ação negativa, sendo composto por três grupos: direitos a que o Estado não impeça ou dificulte determinadas ações do titular do direito, direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito e ainda direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito.

Mendes; Coelho e Branco (2009) ressaltam que os direitos de defesa impedem as interferências do Estado no âmbito de liberdade dos indivíduos, constituindo-se, sob esse prisma, normas de competência negativa para os poderes públicos. Explicam que os direitos de defesa também podem proteger os bens jurídicos, a exemplo do direito à vida, contra as ações do Estado que os afetem. Apresentam ainda como efeito do direito fundamental de defesa a proibição de que o Estado elimine posições jurídicas concretas, a exemplo da proibição de extinção de direito de propriedade de quem adquiriu de acordo com as normas em vigor.

No direito pátrio, os direitos de defesa estão contidos no art. 5º da Constituição de 1988, a exemplo do direito de liberdade de expressão artística, científica e intelectual (inciso IX); o sigilo de comunicações (inciso XII); a liberdade de locomoção (inciso XV), bem como a liberdade de associação para fins lícitos (inciso XVII). Os direitos de defesa são, via de regra, de eficácia plena, isto é, podem ser aplicadas imediatamente, independentemente de norma regulamentadora.

2.6.2 Direitos fundamentais de prestação

Os direitos fundamentais de prestação são aqueles que exigem do Estado uma prestação positiva que permita o efetivo exercício dessa parcela dos direitos fundamentais pelos indivíduos, seja jurídica ou material, a fim de permitir o pleno

¹⁴ Canotilho defende a existência de quatro funções dos direitos fundamentais: função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação.

gozo dos direitos. Aqui, enquadra-se uma gama expressiva de direitos sociais que necessitam da atuação estatal para que alcancem a sua plenitude de exercício, a exemplo do direito à saúde e à moradia.

Alexy divide o direito a prestações em dois grupos: direitos prestacionais em sentido amplo, que englobam os direitos à proteção e direitos à organização e procedimento, e direitos à prestação em sentido estrito.

Tratando acerca dos direitos a prestação em sentido estrito, Alexy sustenta que esses direitos se referem normalmente a ações positivas fáticas, que poderiam ser realizados por particulares. Entretanto, há direitos à prestação que requerem ações positivas normativas por meio da atuação do Estado para sua normatização.

Para Alexy (2015, p. 499) os direitos de prestação em sentido estrito são “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia obter de particulares”, exemplificando que “quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direito à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos de prestação em sentido estrito”.

Mendes; Coelho e Branco (2009) dividem o direito de prestação¹⁵ em direito à prestação jurídica e direitos a prestação material em face da ação do Estado. Serão direitos à prestação jurídica quando os direitos fundamentais esgotem seu objeto na satisfação de uma prestação pela “normação pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental. Essa prestação jurídica pode consistir na emissão de normas jurídicas penais ou de normas de organização e procedimento”. (MENDES; COELHO; BRANCO, p. 292).

Os direitos a prestações materiais são os direitos à prestação em sentido estrito, resultando da concepção social do Estado, “concebidos com o propósito de atenuar as desigualdades de fato da sociedade, visando ensejar que a libertação das necessidades aproveite ao gozo da liberdade efetiva por um maior número de indivíduos” (MENDES; COELHO; BRANCO, p. 293).

¹⁵ Os autores partem dessa distinção de direito a prestação jurídica e a prestação material porque “a circunstância de os direitos a prestação traduzirem-se numa ação positiva do Estado conferem-lhes peculiaridades estruturais, em termos de níveis de densidade normativa, que os distinguem dos direitos de defesa, não somente quanto a finalidade, mas, igualmente, quanto ao seu modo de exercício e a eficácia”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 292).

Os direitos a prestação em sentido estrito¹⁶ normalmente carecem de intervenção do legislador para produzir seus efeitos plenos, embora existam algumas normas constitucionais que contenham direitos a prestação material com alta densidade normativa, permitindo a imediata exigência do indivíduo a sua satisfação, independentemente de atuação do legislativo.

Parte dos direitos fundamentais sociais é enquadrada no grupo de direitos de defesa por sua estrutura normativa e função, não havendo maiores dificuldades na sua aplicabilidade imediata. Mas, a maior parcela de direitos fundamentais sociais está incluída entre os direitos fundamentais sociais que demandam uma prestação positiva do Estado, o que inclui a necessidade de sua concretização legislativa através de normas regulamentadoras para garantia do exercício pleno desses direitos.

Diferentemente dos direitos de defesa, os direitos à prestação normalmente carecem de eficácia em caso de ausência de concretização legislativa, uma vez que eles dependem da existência de recursos públicos e de condições materiais para a satisfação objetiva de todas as prestações relacionadas ao equilíbrio material na distribuição e redistribuição dos recursos públicos (CALIENDO, 2013).

2.7 Direitos fundamentais sociais

Os direitos fundamentais sociais tiveram reconhecimento mais tardio do que os direitos de igualdade e de liberdade, que foram o embrião para o reconhecimento dos direitos fundamentais.

Embora a pauta da constitucionalização do social remonte o século XVIII, a questão ressurgiu de maneira vigorosa com as revoluções ocorridas no período entre as duas grandes guerras. Esse movimento se estende até a Revolução Espanhola de 1931, florescendo a denominação de constitucionalismo social que se refere ao movimento de incorporação das cláusulas programáticas de conteúdo econômico e social nos textos constitucionais (HERRERA, 2008).

¹⁶ Para Mendes, Coelho e Branco “os direitos a prestação notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo conjunturas econômicas, de acordo com a disponibilidade do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à reserva do possível. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado (MENDES; COELHO; BRANCO, p. 294.)

O reconhecimento dos direitos sociais como parcela integrante dos direitos humanos foi decorrente das lutas encampadas pela classe trabalhadora, que buscava o amparo estatal para combater a exploração desenfreada do trabalho pós revolução industrial, visando melhores condições de vida, de moradia, de trabalho e outros direitos.

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto de grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização. (COMPARATO, 2013, p. 66).

Os direitos sociais que albergam os direitos econômicos, sociais e culturais, são, portanto, de formação mais recente remontando à Constituição Mexicana de 1917 e à Constituição de Weimar de 1919. Sua consagração marca a superação de uma perspectiva estritamente liberal, em que passa a considerar o homem para além de sua condição individual, impondo aos Estados deveres de prestações positivas, visando à melhoria da qualidade de vida e à promoção da igualdade material.

No conceito de José Afonso da Silva, os direitos sociais

são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. Vale como pressuposto de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA, 2003, p, 199).

A dignidade da pessoa humana é o fundamento primordial para o reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos (e fundamentais), a legitimação dos direitos sociais se funda, como já explicitado por José Afonso da Silva, pela busca de uma igualdade material que possa proporcionar melhoria nas condições de vida do indivíduo, permitindo ainda a participação plena na vida política e social do Estado¹⁷.

¹⁷ Para Alexy: “a questão acerca de quais os direitos fundamentais sociais os indivíduos têm é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além dos princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a

Desse modo, os direitos sociais, econômicos e culturais, sejam na sua condição positiva (direitos de prestação) ou negativa (direitos de defesa), constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Não há dúvida que os direitos sociais, econômicos e culturais, na ordem internacional e nacional, compõem a cartela de direitos humanos e são considerados direitos fundamentais da pessoa humana.

2.8 Os direitos sociais e a Constituição de 1988

O processo de redemocratização do País e a Constituição de 1988 marcam uma mudança no tratamento dado aos direitos humanos em nível internacional, uma vez que a partir deles o País ratificou os mais importantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, notadamente no âmbito dos direitos sociais e econômicos o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, bem como o Protocolo Adicional de San Salvador em 1996 (PIOVESAN, 2010).

Ao lado do reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais no âmbito internacional, a Constituição de 1988 estabeleceu um grande avanço no reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, albergando os direitos sociais dentro da cartela dos direitos fundamentais, encontrando-se a maioria dos dispositivos que tratam da matéria dispostos entre os direitos e garantias fundamentais elencadas no art. 5º, bem como materialmente, uma vez que congregam valores da dignidade da pessoa humana.

Outra característica que assevera o prisma comunitário do texto constitucional condiz com o fato de possuir cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que implicam o referencial de Constituição aberta, como já dito, evitando o engessamento de seus preceitos, enfatizando valores sociais, culturais e éticos da sociedade num determinado contexto histórico (SARMENTO, 2008, p. 566).

Gotti (2012) sustenta que a Constituição de 1988 delineou um regime jurídico próprio dos direitos fundamentais, norteados por uma principiologia e lógica

interesses coletivos (ALEXY, 2015, p. 512). Pelo modelo de ponderação proposto por Alexy, "o indivíduo tem um direito definitivo a prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto. Esse é o caso dos direitos mínimos" (ALEXY, 2015, p. 517).

próprias, diante da clara preocupação em conferir especial proteção às normas definidoras dos direitos fundamentais.

A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam hoje o pressuposto mais importante com o que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da sociedade e do poder (BONAVIDES, 2007, p. 642).

Diz Sarlet (2012) que três características atribuídas de forma consensual à Constituição de 1988 podem ser estendidas ao título dos direitos fundamentais, nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e forte cunho programático e dirigente. Diz que seu caráter plural advém do seu caráter compromissário, uma vez que o constituinte optou por acolher e conciliar posições e reivindicações discordantes, como resultado das fortes pressões políticas.

Para Bonavides (2007), sem a concretização dos direitos sociais não será possível alcançar uma sociedade livre, justa e solidária, elencada no artigo 3º como um dos objetivos da Constituição de 1988.

Faz parte da discussão acerca dos direitos fundamentais sociais a questão da eficácia das normas jurídicas que preveem a sua realização.

Hesse (2009) coloca que a problemática que envolve os direitos fundamentais sociais é explicada pela estrutura distinta dos direitos de liberdade e igualdade, uma vez que tais direitos não se tornam efetivos pelo respeito ou amparo legal, mas requerem ações do Estado tendentes a realizar o programa neles contido.

Canotilho (2008, p. 100) exemplifica a problemática relativa aos direitos sociais, afirmando que “paira sobre a dogmática e sobre a teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da vagueza, indeterminação e impressionismo que a teoria da ciência vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de fuzzysmo ou metodologia fuzzy”. Continua o autor afirmando que “em toda a sua radicalidade, a censura do fuzzysmo, lançada aos juristas significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais” (CANOTILHO, (2008, p. 100).

Parte da doutrina entende que apenas os direitos civis e políticos são autoaplicáveis, enquanto os direitos sociais, econômicos e culturais são programáticos, dependendo de implementação progressiva por parte do Estado,

uma vez que somente poderão ser postos à disposição dos indivíduos mediante a prévia existência de recursos econômicos.

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 atribuiu eficácia imediata às normas definidoras de direitos fundamentais, conforme dispõe o artigo 5º, §1º abrangendo todos os direitos fundamentais, dentre os quais direitos sociais, econômicos e culturais.

Repise-se que no que concerne a nossa carta constitucional, os direitos sociais são considerados direitos fundamentais, uma vez que formalmente se encontram dispostos, em sua maioria, entre os direitos e garantias fundamentais elencadas no art. 5º, bem como materialmente, uma vez que congregam valores da dignidade da pessoa humana.

Embora a disposição constitucional clara no sentido de garantir ampla efetividade aos direitos sociais, a doutrina é divergente acerca do tema, diante da necessidade de recursos econômicos para efetivação desses direitos, sendo que parcela da doutrina entende que os direitos sociais assumem a feição de normas programáticas, dependentes de políticas públicas para sua efetivação, rechaçando ainda a possibilidade de intervenção do poder judiciário frente à violação desses direitos pelo ente público.

Neste ponto Grau (2010), ao defender a aplicabilidade imediata de todas as normas definidoras dos direitos fundamentais vai mais além ao afirmar que o Poder Judiciário é o último aplicador do direito e na ausência de correta aplicação do direito pela administração pública ou pelo poder legislativo, o judiciário poderá ser acionado com a finalidade de aplicá-lo. Assim, o preceito imediatamente aplicável vincula também o judiciário que deverá decidir pela imposição de sua pronta efetivação quando negado o direito pela administração pública, pelo legislativo ou pelos particulares.

O poder judiciário, então, estará, de uma banda, vinculado pelo dever de conferir efetividade imediata ao preceito. De outra, estará autorizado a inovar no ordenamento jurídico suprindo, em cada cidadão que tomar, eventuais lacunas que, não estivesse o preceito dotado de aplicabilidade imediata, atuariam como obstáculo a sua exequibilidade. (GRAU, 2010, p. 319).

O Administrador público está vinculado à Constituição e às normas constitucionais para implementação das políticas públicas relativas à ordem social plasmada na Constituição, o que significa dizer que está vinculado a sua finalidade

que é a justiça social. O administrador não tem discricionariedade¹⁸ para determinar a conveniência e oportunidade na implementação das políticas públicas discriminadas pelo próprio texto constitucional, pois não lhe cabe essa deliberação, uma vez que já determinada pelo constituinte (FRISCHEISEN, 2000).

Defendendo ponto de vista intermediário, Sarlet (2012) entende que a melhor interpretação do artigo 5º, §1º da Constituição de 1988, parte da premissa que se trata de norma de caráter principiológico, sendo uma espécie de mandado de otimização que estabelece aos órgãos estatais o dever de reconhecerem maior eficácia aos direitos fundamentais¹⁹. O postulado da aplicabilidade imediata não pode ser resolvido na lógica do tudo ou nada, dependendo o seu alcance do exame do caso concreto (SARLET, 2012).

Para Sarlet (2012, p. 281 “os direitos prestacionais, por menor que seja a sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida dessa aptidão, diretamente aplicáveis”. Ressalta ainda que “inexiste norma Constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade” (SARLET, 2012, p. 281).

Canotilho (2008) entende que alguns direitos sociais, econômicos e culturais não são verdadeiros direitos, mas, apenas, política ou economia, sustentando que a consagração acoplada de direitos sociais e políticas públicas sociais pode originar sérias questões no plano de concretização desses direitos, a exemplo do reconhecimento do direito ao ensino, acoplado a uma política de democratização do ensino baseada na gratuidade progressiva do ensino em vários graus. Dessa forma,

Não há dúvida que a consagração concreta de políticas implica um mandato constitucional de otimização dos direitos, através de uma política pré-determinada, com a conseqüente restrição de liberdade conformadora do legislador e a entrada do controle das políticas públicas no circuito da constitucionalidade (ou inconstitucionalidade). (CANOTILHO, 2008, p. 130).

¹⁸ Bandeira de Mello (2000, p. 48), conceitua discricionariedade como: “é 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 cumprir o dever 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 possa se extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”.

¹⁹ José Afonso da Silva entende que o valor do que dispõe o §1º do artigo 5º da CF: “Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para o seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o poder judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixá-las de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito proclamado, segundo as instituições existentes”. (SILVA, 2007, p. 165).

Embora a questão seja controvertida na doutrina, é inquestionável a importância da disposição constitucional do art. 5º, §1º, que garante aos direitos fundamentais posição de destaque no ordenamento jurídico pátrio, devendo ser observado tanto pelo poder público quanto pelos particulares, com o fim último de garantia da dignidade da pessoa humana.

Assim, embora haja divergência doutrinária a respeito da fundamentalidade dos direitos sociais, faz-se necessária sua salvaguarda pelo Poder Judiciário em ambas as dimensões (positiva e negativa) com respeito ao princípio da dignidade humana e à satisfação das prestações vinculadas ao mínimo existencial.

3 ELEMENTOS TEÓRICOS E FÁTICOS CONDICIONADORES À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

3.1 O mínimo existencial

Retomando a ideia de dignidade da pessoa humana, inserido no seu conceito está o que a doutrina denomina de mínimo existencial. A ideia do mínimo existencial²⁰ tem sido proposta por parte da doutrina como forma de superação de várias dificuldades inerentes ao conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que procura representar, dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais, um subconjunto menor – minimizando o problema dos custos, mais preciso e que seja efetivamente exigível do Estado (BARCELLOS, 2007).

Dizendo de outro modo, o mínimo existencial serve de fundamento para a garantia da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de obrigar ao Estado a prestar uma parcela mínima dos direitos fundamentais sociais em que pese a alegação de ausência de recursos públicos.

A noção de mínimo existencial foi originada na Alemanha em decorrência da necessidade de proteção e promoção dos direitos sociais, uma vez que a Constituição de 1949 limitava a proteger apenas os direitos civis e políticos. Alexy destaca que a Constituição da Alemanha, embora não trate claramente a proteção aos direitos sociais, permite identificar pontos de apoio que permitem uma interpretação no sentido de proteção desses direitos²¹.

²⁰ Na definição de Ingo Wolfgang Sarlet: “todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável” (SARLET, 2013, p. 25). Ana Paula de Barcellos define mínimo existencial como “conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento” (BARCELLOS, 2008, p. 278).

²¹ “A renúncia consciente do legislador constituinte à formulação de normas garantidoras de direitos subjetivos a prestações é, no entanto, apenas um lado da questão. O outro consiste na possibilidade de encontrar na Constituição uma série de pontos de apoio, formulados de forma objetiva, para uma interpretação orientada a direitos a prestações. Em primeiro lugar devem ser mencionadas a ‘obrigação de todos os poderes estatais’ de proteger a dignidade humana (art. 1º, 2, da Constituição Alemã) e a cláusula do Estado Social (art. 20, §1º, e art. 28, §1º, 1). Além disso, são também dignos de menção a garantia de proteção ao matrimônio e à família (art. 6º, §1º) e o mandamento constitucional no sentido de equiparação de filhos ilegítimos (art. 6º, §5º)” (ALEXY, 2015, p. 435).

Destaca Honório que

A não-inclusão de direitos sociais na Lei de Bonn explica-se em parte pela experiência mal-sucedida da Constituição de Weimar. Como os direitos sociais dependem de determinadas circunstâncias fáticas e jurídicas, optou-se por não correr o risco, com a positivação desses direitos, de a Carta perder sua força normativa. Foi priorizada a garantia dos direitos individuais também por terem sido os direitos mais sacrificados durante o período nazista (HONORIO, 2009, p. 149).

Dessa forma, a ideia de mínimo existencial, na jurisprudência e doutrina alemã, surgiu com o intuito de garantir direitos sociais não previstos pela Constituição, o que difere notadamente da Constituição Brasileira, que abraçou de maneira ampla os direitos sociais.

O reconhecimento do direito ao mínimo existencial pode ser extraído do artigo 11, primeira parte, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, sociais e culturais, quando afirma que “Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência”.

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria, devendo ser procurado na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e na dignidade, na declaração dos Direitos Humanos e nos privilégios e imunidades do cidadão²² (TORRES, 2009).

No ordenamento jurídico pátrio não há previsão legal expressa, contudo se deve entender que é indubitável que a Constituição de 1988 protege o mínimo existencial, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana é diretriz de interpretação de todo o ordenamento, sendo fundamento basilar da ordem constitucional.

Para parte da doutrina a proteção do mínimo existencial independe de recursos públicos disponíveis, sendo uma obrigação do Estado na sua garantia²³.

²² Para Torres o mínimo existencial não tem conteúdo específico, abrangendo “qualquer direito, ainda que originalmente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc) considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por desenvolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estimá-lo, em sua região periférica, do máximo da utilidade (*maximun welfare*, *Nutzenmaximierung*), que é o princípio ligado à ideia de justiça e de redistribuição da riqueza social” (TORRES, 2009, p. 266-267).

²³ “A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende do orçamento e nem das políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega de prestações

Sarlet (2012) entende o mínimo existencial como o conjunto de prestações indispensáveis para assegurá-lo não pode ser reduzido a um objeto fixo ou a um valor pecuniário determinado, uma vez que depende de um conjunto de fatores ligados à condição pessoal de cada indivíduo, bem como de outros componentes de ordem econômica, social e cultural e ao próprio direito social em espécie. Advoga que embora os direitos sociais possam ser enquadrados como direitos subjetivos, gerando deveres de assegurar prestações, isso não os torna absolutos, cabendo restrições, dependendo de sua contextualização e, inclusive, dos impactos da reserva do possível.

O mínimo existencial pode ser compreendido como direito fundamental de dupla face: compreende os direitos fundamentais originários ou de liberdade e os direitos fundamentais sociais, todos em sua expressão mínima irreduzível (SARMENTO, 2001, p. 73), sendo conteúdo invencível dos direitos fundamentais, constituindo-se em núcleo intocável dos direitos fundamentais como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Barcelos (2008, p. 282) defende que “Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância: também a ponderação tem limites²⁴”.

O aspecto distintivo fundamental entre os direitos que compõem o mínimo existencial e outros direitos sociais está no fato de que aqueles são direitos mínimos imprescindíveis a uma vida digna, não se submetendo à regra da reserva do possível (CAMARGO, 2007).

Interessante a posição defendida por Caliendo (2013), que diz que uma compreensão moderada da proteção dos direitos fundamentais sociais deve ser realizada mediante uma eficácia máxima possível, o que significa dizer nessa

positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da administração ou do legislativo, mas compreendem as garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos” (TORRES, 2013, 74).

²⁴ Para Barcelos “Ao lado do campo meramente político, uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema: ‘tudo ou nada’, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente”. (BARCELOS, 2008, p. 282).

concepção, que existiria uma proibição de insuficiência no fornecimento e na preservação do mínimo existencial necessário à dignidade da pessoa humana. Assim, o direito subjetivo aos direitos fundamentais sociais seria dirigido ao mínimo existencial e os demais direitos fundamentais somente poderiam ser exigidos nos limites de sua possibilidade técnica e financeira, se constituindo em normas programáticas, devendo o administrador buscar sempre a máxima eficácia possível.

É nesse contexto de respeito à dignidade da pessoa humana que se inserem os direitos fundamentais sociais, que necessitam da ação positiva do Estado para que sejam alcançados em sua plenitude a fim de garantir o direito à dignidade.

Cambi (2010, p. 393) aduz que “o conceito de mínimo existencial deve ser buscado no núcleo dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade na cláusula do Estado social e do princípio da igualdade”.

Embora admitindo-se – na esteira de Alexy – que mesmo a dignidade comporta diversos níveis de realização e, portanto, uma certa graduação e relativização, desde que não importe em sacrifício da dignidade, seria possível reconhecer também que a própria dignidade da pessoa, como norma jurídica fundamental, possui um núcleo essencial e, portanto, apenas este (na hipótese de uma necessária harmonização da dignidade de diversas pessoas), por via de consequência, seria intangível (SARLET, 2012. p. 163).

Para Alexy (2015) a garantia do mínimo existencial constitui uma regra constitucional que é resultado da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real (chamada de igualdade fática)²⁵.

Para Duarte (2011, p. 169)

o consenso acerca da efetivação dos direitos sociais em um padrão mínimo se reforça quando considerada a realidade de países ditos periféricos, a exemplo do Brasil, onde a grave deficiência de condições básicas para uma vida digna ainda está longe de ser resolvida.

²⁵ “A questão acerca de quais direitos fundamentais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento de princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado, estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e interesses coletivos” (ALEXY, 2015, p. 512).

A doutrina não é uníssona acerca dos direitos que compõem o mínimo existencial, faltando critérios que possam definir quais direitos podem ser incluídos neste rol, o que dificulta a atuação judicial na sua defesa.

Barcellos (2008) defende que é possível identificar dentro do conteúdo da Constituição de 1988 quatro elementos que constituem o mínimo existencial: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Esses quatro elementos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana, que se reconhece eficácia jurídica positiva e status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário (BARCELLOS, 2008).

Honório (2009), em dissertação sobre o tema, conclui que o instituto do mínimo existencial reforça a proteção e realização dos direitos fundamentais, aqueles classificados como direitos prestacionais, contornando obstáculos colocados à sua efetivação, possibilita que a existência seja preservada independentemente de positivação expressa de determinado direito, servindo de parâmetro para os comportamentos tanto do Estado quanto dos particulares e ainda densifica o princípio da dignidade da pessoa humana.

Fica claro que embora a doutrina tenha propostas diferentes do conteúdo do mínimo existencial, não há dúvida da necessidade do Estado garantir condições materiais mínimas para uma existência digna, ainda que por força de decisão judicial.

Apesar da controvérsia ainda existente na doutrina acerca dos direitos ou prestações sociais que compõem o mínimo existencial é certo que se faz necessária a definição de contornos legais que contemplem as condições mínimas de existência de uma vida digna.

O mínimo existencial deve ser entendido como uma parcela irredutível dos direitos fundamentais, sendo obrigatório o dever de promoção dos direitos que se constituam como indispensáveis a uma vida digna.

Antecipando o ponto seguinte a ser tratado, embora possa ser admitida com restrições a reserva do possível, esta não poderá se contrapor à necessidade de satisfação do mínimo existencial que é indissociável da dignidade da pessoa humana.

3.2 A reserva do possível

A expressão “reserva do possível” tem como berço o direito alemão, fruto de uma decisão judicial da Corte Constitucional, que assentou entendimento que o reconhecimento dos direitos subjetivos de prestação material depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para satisfazerem as prestações materiais que constituem seu objeto.

No caso que deu origem à cláusula da reserva do possível a Corte alemã recusou a tese do direito universal de vagas nas universidades, devendo ser garantido o direito ao acesso ao nível superior a todos, argumentando que o direito subjetivo²⁶ à prestação estatal está sujeita disponibilidade orçamentária. O Tribunal entendeu ser possível restringir o acesso aos cursos na universidade, uma vez que os direitos sociais se encontram sob a reserva do possível, no sentido do que pode o indivíduo exigir da coletividade.

Para o tribunal alemão, a reserva do possível não se refere apenas a possibilidade fática (disponibilidade orçamentária), mas com o que é racional para o indivíduo requerer do Estado e da sociedade. Assim, a justificativa da reserva do possível é que somente se deve dispor daquilo que for razoável, ainda que o ente tenha recursos, não deve prestar algo além do razoável.

A partir daí a cláusula da reserva do possível passou a ser adotada por outros países, sendo difundida no Brasil apenas sob o seu aspecto de limitação orçamentária, sendo esse aspecto o ponto de sustentação para os seus defensores.

Para a teoria da reserva do possível a disponibilidade de recursos públicos para satisfação dos direitos sociais está inserida na esfera de atos discricionários do poder público.

²⁶ Para Alexy “o direito, enquanto direito prima facie, é um direito vinculante, e não simples enunciado programático quando o tribunal afirma que o direito, ‘em sua validade normativa não [pode] depender de um grau menor ou Quanto aos direitos sociais e a reserva do possível, Alexy diz que “o direito, enquanto direito prima facie, é um direito vinculante, e não simples enunciado programático quando o maior grau de possibilidades de realização. Mas a natureza da cláusula vinculante implica que a cláusula de restrição a esse direito – a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade – não pode levar a um esvaziamento desse direito” (ALEXY, 2015, p. 515).

A cláusula da reserva do possível, como cunhada no Brasil, deve ser vista com extrema reservas, sob pena de tornar inexecutíveis os direitos sociais pela mera alegação de ausência de recursos.

Na defesa da reserva do possível, a doutrina utiliza o argumento que a existência de limitação orçamentária do Poder Executivo leva o Estado a eleger prioridades, relegando outras necessidades públicas a segundo plano, o que deve ser levado em consideração pelo Poder Judiciário quando se defronta com ações que imponham ao Estado uma obrigação de dar ou fazer que importem em alocação de recursos orçamentários.

Mendes et al. (2009) defende a adoção da reserva do possível, entendendo que grande parte dos direitos de prestação depende de interposição do legislador para que possa produzir efeitos plenos, em face de sua baixa densidade normativa seja pela forma como estão enunciados na Constituição ou pelas peculiaridades do seu objeto. Assevera que

São direitos dependentes da existência de uma dada condição econômica favorável à sua efetivação. Os direitos, aqui, submetem-se ao natural condicionante de que não se pode conceder o que não se possui [...]. Os direitos a prestação notabilizam-se por uma decisiva questão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos a reserva do possível. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 294).

Para Sarlet e Figueiredo (2013) reserva do possível não é parte integrante dos direitos fundamentais, mas se constitui forma de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais. Defendem ainda que o argumento da reserva do possível poderá atuar como garantia dos direitos fundamentais, a exemplo da ocorrência de conflito de direitos. Importante ponto levantado por Sarlet e Figueiredo é a utilização genérica dessa reserva pelos entes públicos para a omissão na efetivação dos direitos fundamentais²⁷.

²⁷ [...] as limitações vinculadas à reserva do possível não são, por si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível vem sendo utilizada entre nós como elemento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, §1º da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 32).

Caliendo (2013, p. 180) na mesma linha de raciocínio esclarece “que esta insuficiência de recursos deve ser provada e não apenas alegada, sob pena de responsabilidade do administrador”.

Olsen (2010, p. 200) trata a reserva do possível “como uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais”. Para a autora, antes de se defender a inexistência de recursos para o não atendimento dos direitos fundamentais sociais é necessário investigar se a atividade orçamentária do Estado encontra-se em conformidade com as normas constitucionais (OLSEN, 2010).

Olsen faz ainda severa crítica à adoção da reserva do possível, que funciona como obstáculo sempre defendido pelo poder público para se eximir de suas obrigações constitucionais na garantia dos direitos fundamentais e garantia do mínimo existencial. Diz a autora:

A reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas, como os direitos sociais, pois nada poderia ser feito, ainda que houvesse ‘vontade política’, face a escassez de recursos. Interessante que estes recursos nunca são escassos para outros fins, de modo que a própria noção de escassez merece ser investigada, e não tomada como um dado de verdade irrefutável. A escassez de recursos financeiros para a realização de direitos fundamentais sociais não é necessariamente natural como já se teve oportunidade de observar, a partir da classificação de Jon Elster. (OLSEN, 2010, p. 204).

A reserva do possível pode ser tanto de ordem fática quando há falta de recursos, quanto jurídica quando há limitação orçamentária²⁸. Assim, a ausência de recursos para o atendimento à prestação impede faticamente o cumprimento do direito social pleiteado.

Contudo, devem os gastos públicos refletirem a prioridade constitucional de garantia da existência de condições materiais essenciais à promoção e à preservação da dignidade da pessoa humana, “invertendo-se a lógica utilizada por aqueles que defendem que os direitos sociais só existem quando os cofres estão

²⁸ “A rigor, sob o título geral da reserva do possível convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustão orçamentária, e que pode ser identificado como uma reserva do possível fática. É possível questionar essa espécie de circunstância quando se trata do poder público, tendo em conta a forma de arrecadação de recursos e a natureza dos ingressos públicos. [...] O segundo fenômeno identifica uma reserva do possível jurídica já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular.. (BARCELLOS, 2008, p. 262-263).

cheios”, o que “corresponde ao total aniquilamento dos direitos constitucionalmente consagrados, despindo-os de toda a sua força normativa” (GOTTI, 2012, p. 93).

Outros autores defendem que a teoria da reserva do possível encontra barreira intransponível na garantia do núcleo essencial dos direitos sociais (*minimum core obligation*). Gotti (2012, p. 94) defende que

se a maioria dos direitos sociais depende dos recursos públicos para sua implementação, para assegurar a ‘força normativa da constituição’ é preciso adotar o raciocínio inverso: em vez de condicionar a realização dos direitos sociais à existência de recursos públicos, é preciso condicionar a existência de recursos públicos à implementação dos direitos sociais, exigindo-se dos poderes públicos que justifiquem a impossibilidade de concretização de determinado direito diante da totalidade de recursos de que dispõem e das prioridades que elegeram.

Porém, a teoria da reserva do possível não pode ser aceita indistintamente, devendo ser demonstrada a impossibilidade econômica real do ente público no atendimento do direito social defendido. Neste sentido, defendem Sarlet e Figueiredo (2013) que eventual impacto da reserva do possível poderá ser minimizado, mediante o controle – também jurisdicional – das decisões políticas acerca da alocação de recursos, inclusive com transparência das decisões e viabilização do controle social sobre a aplicação dos recursos alocados no âmbito do processo político.

Importante frisar que não se pode transpor literalmente a teoria da reserva do possível, uma vez que Brasil e Alemanha possuem realidades sociais, econômicas e culturais distintas, sendo que o Estado alemão detém ótimos índices de desenvolvimento humano e econômico com notória eficiência administrativa, não se podendo dizer o mesmo do Estado brasileiro. A decisão da corte constitucional alemã recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar uma quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos, enquanto no Brasil o Supremo Tribunal Federal ainda discute a necessidade de oferta de educação infantil básica para todas as crianças²⁹.

²⁹Neste sentido é a decisão proferida nos autos do RE 431.773 – SP, proferida pelo Ministro Marco Aurélio nos autos de Recurso Extraordinário, uma vez que “conforme preceitua o art. 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios devem aparelhar-se para a observância irrestrita dos direitos constitucionais não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas a deficiência de caixa”.

Diante das considerações colocadas, a reserva do possível deve ser vista com ressalvas, uma vez que a afirmação simplória dos altos custos dos direitos sociais não pode servir para sustentar a defesa da administração pública para burla dos direitos fundamentais sociais sem qualquer amparo fático concreto que possa justificá-la num país em que o desperdício de dinheiro público, seja pela ineficiência administrativa ou pela corrupção presente em todas as esferas públicas, é notório.

3.3 A posição do Supremo Tribunal Federal acerca do mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível

Primeiramente, a pesquisa foi realizada em consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, sendo utilizado no sistema de busca as palavras “mínimo e existencial”, o que resultou em doze acórdãos com publicação disponível. Em seguida, a pesquisa utilizou apenas as palavras “reserva e possível” resultando em 116 acórdãos, contudo a grande maioria tratava de matéria diversa do tema proposto, referindo-se apenas a possível ou reserva sem qualquer relação entre os termos. Por fim, utilizando-se ambos os termos no site de pesquisa do STF, o resultado foi quase idêntico quando apenas pesquisado o tema do mínimo existencial, apresentando onze acórdãos com publicação disponível, pelo que optou-se em fazer um apanhado das principais decisões envolvendo os dois temas, que aparecem de forma interligada em todas as decisões pesquisadas.

Aqui, serão abordados quatro acórdãos recentemente publicados, escolhidos por entender de maior relevância, retratando a posição atual da corte.

O primeiro acórdão analisado é o julgamento do recurso extraordinário com agravo 745.745, oriundo do Estado de Minas Gerais, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 02/12/2014³⁰. Em linhas gerais a discussão no caso se revela

³⁰ Recurso Extraordinário com agravo (lei nº 12.322/2010 – Manutenção de Rede de Assistência à saúde da criança e do adolescente – dever estatal resultante de norma constitucional – Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão constitucional imputável ao município – desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819) – comportamento que transgride a autoridade da lei fundamental da república (RTJ 185/794-796) – a questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – o papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público – a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público – a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na

possível ao Judiciário determinar a adoção de políticas públicas pelo ente federativo, pela inexecução governamental de deveres jurídico-constitucionais referente ao direito à saúde de crianças e adolescentes pela manutenção de rede de assistência pública.

Embora a emenda do acórdão traga explicitamente o termo mínimo existencial, no voto do relator há apenas a sua indicação implícita, não havendo o termo expressamente. O voto do relator Ministro Celso de Melo apresenta vários pontos importantes para debate.

Apresenta a decisão em sede de Ação de Descumprimento Fundamental – ADPF 45 como decisão paradigma para a decisão da matéria em exame. No seu voto diz o Ministro Celso de Melo (2014):

Cumprir 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 nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Num outro momento do voto proferido o relator sustenta que

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (PET 1.246/SC), 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, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

área da saúde (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – a questão das “escolhas trágicas” – a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito – controle jurisdicional de legitimidade da omissão do poder público: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – doutrina – precedentes do supremo tribunal federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – existência, no caso em exame, de relevante interesse social – recurso de agravo improvido.

(ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, Processo Eletrônico DJe-250 Divulgado em 18-12-2014 Publicado em 19-12-2014).

A posição do relator, acompanhada pelos demais Ministros que compõem a 2ª turma, corrobora a posição adotada neste trabalho com relação à cláusula da reserva do possível, que não pode ser acolhida sem a comprovação da ausência de recursos financeiros ou orçamentários disponíveis para a realização de determinado direito social, não podendo ser invocado como mero argumento de retórica do Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais.

Diz o voto do relator Celso de Melo: (2004)

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.

O segundo acórdão analisado é a decisão em sede de agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 727.864 de relatoria do Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014, também se refere ao direito fundamental da saúde, em defesa de direito individual que obriga ao Estado o custeio de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em caso de urgência de atendimento e de inexistência de leitos na rede pública³¹.

³¹ Recurso Extraordinário com agravo (lei nº 12.322/2010) – Custeio, pelo Estado, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do SUS atendidos pelo SAMU nos casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública – dever estatal de assistência à saúde e de proteção à vida resultante de norma constitucional – obrigação jurídico-constitucional que se impõe aos Estados – Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Estado – Desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819) – comportamento que transgredir a autoridade da lei fundamental da República (RTJ 185/794-796) – A questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – o papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público – a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público – a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A questão das “escolhas trágicas” – a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito – controle jurisdicional de legitimidade da omissão do poder público: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – doutrina – precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da República (RTJ

O relator assentou em seu voto que “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. Mas, como precedentemente acentuado, a missão institucional desta”.

Outro ponto a ser destacado é o reconhecimento do direito à vida e o direito à saúde como elementos do mínimo existencial. Diz o Ministro Celso de Mello (2014):

A Suprema Corte, como guardiã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde. Cumpre não perder de perspectiva, por isso mesmo, que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível.

A decisão também apresenta a decisão da ADPF 45 como precedente da decisão, salientando no que se refere ao mínimo existencial:

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).

174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – existência, no caso em exame, de relevante interesse social. 2. ação civil pública: instrumento processual adequado à proteção jurisdicional de direitos revestidos de metaindividualidade – legitimação ativa do ministério público (CF, art. 129, III) – a função institucional do ministério público como “defensor do povo” (CF, art. 129, II) – doutrina – precedentes. 3. responsabilidade solidária das pessoas políticas que integram o estado federal brasileiro, no contexto do sistema único de saúde (sus) – competência comum dos entes federados (união, estados-membros, distrito federal e municípios) em tema de proteção e assistência à saúde pública e/ou individual (CF, art. 23, II). determinação constitucional que, ao instituir o dever estatal de desenvolver ações e de prestar serviços de saúde, torna as pessoas políticas responsáveis solidárias pela concretização de tais obrigações jurídicas, o que lhes confere legitimação passiva “ad causam” nas demandas motivadas por recusa de atendimento no âmbito do sus – consequente possibilidade de ajuizamento da ação contra um, alguns ou todos os entes estatais – precedentes – recurso de agravo improvido. (ARE 727864 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014)

Quanto à apreciação da cláusula da reserva do possível, o voto do Relator é no mesmo sentido da decisão proferida nos autos do recurso extraordinário com agravo 745.745 já examinado.

O próximo acórdão analisado é a decisão em sede de Recurso Extraordinário - RE 567.985³² apreciado pelo tribunal pleno do Supremo Tribunal Federal de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello e relatoria para acórdão do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 18/04/2013, sobre o benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente previsto pela Constituição Federal.

O acórdão versa sobre a possibilidade de concessão de benefício social de prestação continuada a idoso mesmo não preenchendo os requisitos previstos no artigo 20, § 3º³³, da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93), uma vez que não se considera absoluto o parâmetro de um quarto do salário mínimo

³² Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 567985, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013)

³³ “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. [...] §3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo”. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011).

estabelecido na mencionada lei, devendo o Judiciário adequar o critério para concessão do benefício à diretriz constitucional da dignidade da pessoa humana e às peculiaridades do caso concreto.

No julgamento, o Supremo Tribunal Federal assetou que a limitação do benefício previdenciário a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo per capita viola a dignidade da pessoa humana, uma vez que essa política pública se inclui no mínimo existencial. O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e declarou incidentalmente (*incidenter tantum*) a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93³⁴

Para o Ministro Marco Aurélio Mello

não se pode negar a relação entre a dignidade e (i) a proteção jurídica do indivíduo simplesmente por ostentar a condição humana e (ii) o reconhecimento de uma esfera de proteção material do ser humano, como condição essencial à construção da individualidade e à autodeterminação no tocante à participação política. Com base nessa visão, conclui-se que existe certo grupo de prestações essenciais básicas que se deve fornecer ao ser humano para simplesmente ter capacidade de sobreviver e que o acesso a tais bens constitui direito subjetivo de natureza pública. A isso a doutrina vem denominando mínimo existencial (MELO, 2013).

Prossegue o Ministro afirmando que: “Como “autonomia”, a dignidade protege o conjunto de decisões e atitudes que concernem especificamente à vida de um indivíduo. O Supremo, ao emprestar interpretação conforme à Constituição e aos dispositivos do Código Civil que dispõem sobre as uniões estáveis, para neles incluir as uniões homoafetivas, protegeu, segundo penso, exatamente essa concepção de dignidade. Continua o Ministro afirmando que:

³⁴ No julgamento do caso, foram vencidos, parcialmente, o Ministro Marco Aurélio (Relator), que apenas negava provimento ao recurso, sem declarar a inconstitucionalidade da norma referida, e os Ministros Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski, que davam provimento ao recurso. O Ministro Gilmar Mendes abriu a divergência no sentido do desprovimento do recurso com a declaração de inconstitucionalidade da norma atacada, sendo vencido o relator neste ponto.

É certo que as prestações básicas que compõem o mínimo existencial – esse conjunto sem o qual o ser humano não tem dignidade – não são as mesmas de ontem, e certamente não serão iguais às de amanhã. Assim, embora as definições legais nessa matéria sejam essencialmente contingentes, não chegam a mostrar-se desimportantes. Fixam os patamares gerais para a atuação da Administração Pública, além de permitir razoável margem de certeza quanto ao grupo geral de favorecidos pela regra, o que terá impactos na programação financeira do Estado. (MELO, 2013).

Dessa forma, o que se extrai da análise do voto do relator é a acolhida da Corte do Princípio da Dignidade como vetor de interpretação constitucional e o acolhimento do mínimo existencial pelo reconhecimento da dignidade humana.

O acórdão seguinte a ser analisado é o julgamento do agravo regimental em sede de recurso extraordinário - RE 581352 AGR³⁵, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, da segunda turma, julgado em 29/10/2013. Em linhas gerais a discussão no caso revela possível ao Judiciário determinar a adoção de políticas públicas pelo ente federativo para ampliação do atendimento de gestantes em maternidades estaduais.

A decisão apresenta como precedente o julgamento da Ação de Descumprimento de Direito Fundamental - ADPF 45, enfatizando ainda a

³⁵ Ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais – dever estatal de assistência materno-infantil resultante de norma constitucional – obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao poder público, inclusive aos estados-membros – configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao estado-membro – desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819) – comportamento que transgride a autoridade da lei fundamental da república (RTJ 185/794-796) – a questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – o papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público – a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao estado – a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 196, 197 e 227) – a questão das “escolhas trágicas” – a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito – controle jurisdicional de legitimidade da omissão do estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – doutrina – precedentes do supremo tribunal federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – possibilidade jurídico-processual de utilização das “*astreintes*” (CPC, art. 461, § 5º) como meio coercitivo indireto – existência, no caso em exame, de relevante interesse social – ação civil pública: instrumento processual adequado à proteção jurisdicional de direitos revestidos de metaindividualidade – legitimação ativa do ministério público (CF, art. 129, III) – a função institucional do ministério público como “defensor do povo” (CF, art. 129, II) – doutrina – precedentes – recurso de agravo improvido. (RE 581352 AGR, relator(a): Ministro Celso de Mello, segunda turma, julgado em 29/10/2013, acórdão eletrônico DJE-230, publicado em 22-11-2013).

legitimidade do Ministério Público em ingressar em juízo buscando a efetividade de direitos sociais.

O mínimo existencial pode ser extraído no presente excerto do voto do relator: (MELLO, 2004).

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe, ao Poder Público, um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

No ponto da reserva do possível, o Relator Ministro Celso de Mello, destaca que: “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”.

Continua seu pensamento afirmando que

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 nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Por fim, embora não tenha sido obtido no resultado da busca no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal quando da presente pesquisa, importante tecer comentários acerca do julgamento da ADPF 45, que embora tenha o julgamento do mérito prejudicado pela declaração de perda do objeto, trouxe considerações importantes sobre o tema, sendo reiteradamente utilizado como precedente jurisprudencial em casos análogos.

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento que a cláusula da reserva do possível, por si só, não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, sendo a ação de descumprimento de preceito fundamental apta “a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas³⁶”. A problemática do mínimo existencial é utilizada como argumento jurídico para afastar alguns obstáculos desfavoráveis a concretização dos direitos sociais, claramente na sua dimensão prestacional, garantindo-se efetividade às normas constitucionais.

As decisões do Supremo Tribunal Federal não discutem com profundidade a questão do mínimo existencial, não havendo posição definida acerca dos direitos fundamentais que compõem a ideia do mínimo existencial. Contudo, quando reconhecido que determinado direito integra o mínimo existencial, como o direito à saúde como direito subjetivo inalienável, os julgadores entenderam a inaplicabilidade da reserva do possível.

Dessa forma, o que se verifica é que o Supremo Tribunal Federal adota a posição de não aceitação da reserva do possível que não pode ser utilizado pelo ente público de forma corriqueira apenas para afastar a obrigação de realização dos direitos sociais, especialmente nos casos em que o direito pleiteado integra o mínimo existencial. O Supremo Tribunal Federal acatou a defesa do Estado quando sustenta a cláusula da reserva do possível para o não pagamento de precatórios, entendendo o STF plausível o argumento utilizado como se verifica, por exemplo, no julgamento do pedido de intervenção federal - IF 1262³⁷, que indeferiu o pedido de

³⁶ ADPF 45/2004, Relator Ministro Celso de Mello, publicada no DJU em 04.05.2004.

³⁷ Intervenção Federal. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida

intervenção federal no Estado de São Paulo diante das limitações econômicas que condicionam a atuação do Estado ao pagamento dos precatórios.

Contudo, deve ser registrado que neste caso, os julgamentos não são decididos por unanimidade, não se podendo falar numa posição pacificada da Corte acerca da matéria.

3.4 Custos financeiros dos direitos prestacionais

Os grandes entraves para a realização dos direitos sociais no caso brasileiro estão vinculados à má gestão dos recursos financeiros estatais aliado à limitação de recursos financeiros para a realização de políticas públicas sociais, o que leva a parte da doutrina a aceitar a teoria da reserva do possível, uma vez que o atendimento às demandas sociais da sociedade só se faz possível com a existência de recursos disponíveis.

Para Wang, “afirmar que os direitos possuem custos dentro de um cenário de escassez não significa dizer que eles não devam ser levados a sério, mas apenas que a análise jurídica não pode ignorar as consequências econômicas e distributivas da adjudicação de direitos” (WANG, 2013, p. 351).

Porém, não apenas os direitos considerados sociais demandam a existência de recursos, pois os direitos políticos e as chamadas liberdades públicas também demandam recursos do Estado, tanto no que refere à necessidade de abstenção do poder público quanto para à necessidade de garantir o exercício de direitos pelos cidadãos, a exemplo da garantia do direito ao voto por meio da realização periódica de eleições gerais e a garantia de acesso à jurisdição. Ao lado disso, pode-se destacar ainda que alguns direitos sociais sequer geram custos econômicos para o Estado, uma vez que importam apenas num não fazer, a exemplo do direito à sindicalização.

Tanto os direitos sociais como os chamados direitos individuais carecem da existência de recursos para sua realização plena. Holmes e Sunstein, na obra *The*

extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido. (IF 1262, Relator(a): Ministro Marco Aurélio (Presidente), Relator(a) para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/2003, DJ 06-02-2004 PP-00031 EMENT VOL-02138-02 PP-00219)

Cost of Rights, defendem que nenhum direito se exime da imperiosa necessidade de patrocínio estatal, mesmo os direitos individuais. Os direitos não podem ser protegidos ou executados sem financiamento público e apoio estatal (Holmes e Sunstein, 2000)³⁸.

Apontam Holmes e Sunstein (2000) que seria desnecessário existir a dicotomia entre direitos positivos e negativos, uma vez que para a proteção de todos necessita-se de uma vigorosa atuação estatal. Todos os direitos são custosos porque todos os direitos demandam gastos públicos para monitoramento e efetivação. Para eles todos os direitos são positivos.

Descabida, portanto, a distinção entre os direitos de defesa (negativos) e os direitos prestacionais (positivos) pautada sob o ponto de vista financeiro, eis que ambos os direitos pressupõem custos financeiros para serem realizados. Fica claro que não há direito fundamental que independa de qualquer ação positiva do Estado o que, por óbvio, demanda custos.

Mas, sem dúvida, o direito à saúde e à educação são os direitos sociais sobre os quais a doutrina e a jurisprudência tem-se debruçado com maior frequência, em face da urgência e importância desses direitos para o alcance do mínimo existencial e a observância do princípio da dignidade humana, bem como pelo alto custo para a sua realização de forma satisfatória.

O argumento utilizado com mais frequência contra a judicialização dos direitos sociais é a existência de limitação orçamentária do Poder Executivo, que leva o Estado a eleger prioridades, relegando outras necessidades públicas ao segundo plano, o que deve ser levado em consideração pelo Poder Judiciário quando se defronta com ações que imponham ao Estado uma obrigação de dar ou fazer que importem em alocação de recursos orçamentários.

Mas, quando se analisam os principais argumentos sustentados pela administração pública no caso concreto, a alegação de comprometimento do orçamento público ou ainda a já discutida reserva do possível não é feita de forma

³⁸ No original: "to the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: right cost money. Rights cannot be protected or enforced without public funding and support. This is just true of old rights as new rights, of the rights of Americans before as well after Franklin Delano Roosevelt's New Deal. Both the right of welfare and the right to private property have public costs. The right to freedom of contract has public costs no less than the right to health care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing. All rights make claims upon public treasury.(HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 15).

qualificada, havendo apenas a alegação genérica desses elementos, o que impossibilita um debate qualificado na esfera processual.

Na prática, o que se constata é que a defesa da administração pública sempre se faz de forma genérica pela ausência de recursos públicos, sem apresentação de dados reais que possibilitem a análise pelo poder judiciário, o que de fato impede uma avaliação mais acurada do juiz que possibilite acatar a tese de defesa de ausência de recursos disponíveis.

Repise-se que é apenas a alegação genérica de ausência de recursos públicos para a satisfação de determinado direito social não é suficiente para afastar a tutela jurisdicional em favor da concessão dos direitos sociais.

Outra crítica à intervenção do poder judiciário, principalmente quando se detém ao tema da saúde, é a alegação que o direito brasileiro é voltado para a solução de litígios individuais, não sendo possível num campo complexo como esse a determinação judicial do gasto público, vinculando o orçamento público as determinações judiciais sem análise da existência de recursos.

Lopes (2010), em trabalho específico sobre o tema da saúde, refuta essa afirmação, sustentando que a intervenção do poder judiciário – em ação coletiva, acerca da alteração da lista de cuidados médicos/farmacêuticos oferecidos importaria violar o princípio da separação dos poderes, na medida em que o judiciário estaria a dispor em sentido geral e obrigatório, substituindo-se à administração pública numa tarefa que é só dela.

O custo dos direitos é uma questão de extrema importância no debate ora levantado, contudo deve ser feito de forma responsável pelo administrador público e ao mesmo tempo levado a sério pelos membros do poder judiciário diante da existência de limitação orçamentária para a realização de políticas públicas.

Caminhando lado a lado com a questão dos custos dos direitos está a teoria da separação de poderes, uma vez que, na maioria dos casos, quando o indivíduo busca garantir um direito fundamental social de alto custo, a defesa da administração pública é defender a reserva do poder executivo em deliberar sobre a aplicação dos recursos referentes às políticas públicas. Esse argumento será debatido com maior profundidade no capítulo seguinte do presente trabalho.

Retomando a questão dos custos dos direitos, relevante o ponto de vista defendido por Zanitelli (2013) para quem a atenção dada aos custos dos direitos traz o risco de que toda a ação baseada nos direitos fundamentais se limite a enfrentar o

problema da quantidade de recursos necessária ao seu atendimento e quantas demandas poderiam ser satisfeitas com tais recursos, sem se discutir primeiramente acerca da legitimidade do poder judiciário de determinar se é sua a atribuição de considerar os custos para a realização de determinados direitos.

3.5 O orçamento público e os direitos sociais

A crítica mais severa acerca da intervenção do Poder Judiciário para a eficácia dos direitos sociais é a que vincula a decisão judicial ao orçamento público.

Scaff (2013, p. 137) sustenta que “julgar que apenas uma pessoa tem direito à saúde, e determinar que o Estado dispenda vários milhões em seu tratamento não implementa este direito social, mas apenas o atribui a uma única pessoa, ou grupo de pessoas, que teve acesso àquela pessoa e àquela decisão”. Scaff (2013) diz ainda que o direito social à saúde exercido apenas por um indivíduo ou a uma pequena parcela da sociedade é confundir o sentido do que é um direito social daquele que possa ser usufruído de forma individual, desvirtuando o sentido do direito social a ser usufruído pelo conjunto dos cidadãos.

Na defesa de seu pensamento, Scaff (2013, p. 152-153) sustenta que

ocorre que os recursos são escassos e as necessidades infinitas. Como o sistema financeiro é um sistema de vasos comunicantes, para se gastar de um lado precisa-se tirar dinheiro de outro. E aí será feito aquilo que no ditado popular se diz como ‘descobrir um santo para cobrir outro.

Contudo, defender apenas a restrição orçamentária como impedimento à garantia de direito fundamental não autoriza o poder público a ignorar o direito individual à saúde, tampouco a alegação do Estado acerca da reserva do possível, como já defendido no presente trabalho, permite que seja negado o direito fundamental à saúde, por exemplo. A efetiva impossibilidade de prestação pelo poder público deve ser provada e não simplesmente alegada como a prática revela ser usual pelo Estado.

Neste ponto, interessante destacar parte do voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do agravo regimental em pedido de Suspensão de Segurança (STA) 175 Agr:

Ressalte-se, ainda, que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de

Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis³⁹.

O orçamento brasileiro é regido por três normas que se relacionam de forma indissociável, formados pela Lei de Orçamento Anual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e o Plano Plurianual, sendo instrumentos de planejamento orçamentário do Estado, devendo ser observados os limites impostos pela lei complementar 101 de 04/05/2000, a chamada Lei Responsabilidade Fiscal (LRF), bem como o que dispõe a lei 4.320/64 que trata sobre normas de elaboração e controle do orçamento público⁴⁰.

No Brasil não há plena discricionariedade do legislador quanto ao destino do montante arrecadado para os gastos sociais, devendo ser destinado o percentual mínimo para aplicação em políticas públicas sociais nos termos que dispõe a Constituição Federal de 1988.

Desse modo, as receitas destinadas à saúde estão previstas no art. 198, §2º e §3º da CF c/c art. 77 do ADCT; as receitas destinadas à educação estão previstas no art. 212 da CF; a receita destinada ao programa de erradicação da pobreza nos artigos 80 e 82 do ADCT; a receita destinada ao Fundo de amparo ao trabalhador – FAT está prevista no artigo 239, §1º e §3º da CF; as receitas da Seguridade Social estão previstas no artigo 195 da CF e a receita ao Meio Ambiente está prevista no artigo 177 § 4º da Constituição.

Na elaboração da proposta do orçamento anual, o poder executivo define as prioridades a serem atendidas pelos recursos disponíveis, observando-se os

³⁹ Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STA 175 AGR, Relator(a): Ministro Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJE-076, publicado em 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070)

⁴⁰ Harada explica a tramitação do orçamento da seguinte forma: A iniciativa do projeto é do Executivo (art. 165, III da CF) devendo conter os três orçamentos, o orçamento fiscal da União, o de investimento das estatais e o de seguridade social (§ 5º do art. 165 da CF) e outros requisitos previstos nos §§ 6º a 8º. Esse projeto de lei é enviado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República (art. 84, XXIII da CF), onde é submetido à apreciação da Comissão Mista de Senadores e Deputados para, na forma do regimento comum, emitir parecer prévio. As emendas são apresentadas nessa Comissão que sobre elas emitirá um parecer para decisão do Plenário das duas Casas. Só que, na forma dos §§ 3º e 4º do art. 166 da CF, o poder de emendar é limitadíssimo. Na prática, as emendas só poderiam versar sobre correção de erros aritméticos ou omissões relacionadas com os dispositivos dos textos do projeto de lei” (HARADA, 2007).

objetivos determinados no plano plurianual. Há, neste ponto, discricionariedade do governo, baseado em suas convicções políticas, para definir as suas prioridades para os gastos públicos, não havendo a retirada total da discricionariedade do administrador para a alocação dos recursos disponíveis.

O administrador público não tem plena disponibilidade orçamentária para aplicação dos recursos públicos existentes, existindo diversas restrições no uso das receitas seja em decorrência das transferências constitucionais ou pela vinculação aos parâmetros mínimos exigidos pela Constituição Federal.

Contudo, existem diversas manobras pelas quais o ente público consegue minimizar a rigidez orçamentária ainda que exista a vinculação de parte da receita pública, conforme já esposado. Dentre essas manobras “legais” pode-se citar o contingenciamento de dotações, retardando a execução de despesas, a subestimação de receitas permitindo, a obtenção de “superávits”, a transferência de despesas pelo mecanismo dos restos a pagar, e ainda pelo chamado mecanismo da Desvinculação das Receitas da União.

Aqui cabe um parêntese para explicar o instituto da desvinculação de receitas da união – conhecida como “DRU”, que surgiu com o objetivo de ampliar a liberdade da União para aplicação das receitas públicas, buscando recuperar certa margem de liberdade do gestor, sendo prorrogada até o exercício financeiro do ano de 2015⁴¹.

Harada expõe o seu ponto de vista sobre a famigerada DRU:

Essa DRU, coloca mais de 100 bilhões para gastar, não segundo os elementos de despesas fixados na lei orçamentária, mas a critério do Executivo tornando difícil, senão impossível o controle desses gastos. É uma excrescência dentro do Direito Orçamentário. Mas, o pior efeito do encampamento governamental de ‘emendas’ incabíveis dos parlamentares é o deslocamento do lobby das empreiteiras do Executivo para o Legislativo. É muito mais fácil exercer influências junto à classe política do que junto aos técnicos do Executivo. É a proclamação do óbvio que em nada deslustra os parlamentares. (HARADA, 2007).

Outro exemplo do descaso do Estado com o planejamento orçamentário e melhoria na prestação de serviços públicos foi o aumento do fundo partidário, saltando os gastos no orçamento da união de R\$ 289,5 milhões para R\$ 867, 5

⁴¹ Emenda Constitucional nº. 68/2011.

milhões, já sancionado pela presidente da república, triplicando os gastos para aparelhar os partidos sem a devida contraprestação para a sociedade brasileira⁴².

No orçamento de 2015, foram realocados 2,7 bilhões de reais que eram originalmente destinados à Conta de Desenvolvimento Energético para as emendas, de forma que os parlamentares federais terão cada um entre 10 a 16 milhões de reais para propor suas emendas⁴³.

Com relação ao chamado contingenciamento de dotações orçamentárias⁴⁴, o artigo 9º, da Lei nº 101, de 2000 – Lei de responsabilidade fiscal, prevê o mecanismo do contingenciamento, permitindo ao Executivo limitar empenhos e movimentação financeira para compensar uma eventual frustração de receita no bimestre. Contudo, o poder executivo tem incluído exceções às regras de contingenciamento por meio de dispositivos da Lei de Diretrizes Orçamentárias⁴⁵.

Rocha (2010) pontua que não é possível conceber que dentro do sistema normativo se permita que o executivo modifique a lei orçamentária por ato exclusivo do poder executivo, que é o acontece “com a possibilidade do executivo alterar o conteúdo material da lei orçamentária anual ao contingenciar valores, mediante ato próprio e formal, ou simplesmente deixar de proceder ao repasse das verbas previstas, sem qualquer formalidade adicional e igualmente, sem consequência” (ROCHA, 2010, 288).

Para Brito Filho incabível um orçamento que deixe à margem a previsão para realização de direitos sociais, sendo que “a lei orçamentária deve, obrigatoriamente, prever a realização, pelo Estado, dos direitos que a Constituição

⁴² Estadão <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,parlamentares-triplicam-fundo-partidario-imp-,1653000>. Acesso: 06 de maio de 2015.

⁴³ Estadão <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,parlamentares-triplicam-fundo-partidario-imp-,1653000>. Acesso: 06 de maio de 2015.

⁴⁴ Sobre o contingenciamento de receita, diz Harada: “Ora, esse contingenciamento configura o maior atentado ao princípio de fixação de despesas (art. 165, VIII da CF) incorrendo o governante em crime de responsabilidade política (art. 85, VI da CF). Incorporando essa prática deletéria, a LRF veio prescrever em seu art. 5º, III a obrigatoriedade de a lei orçamentária conter ‘reserva de contingência’ para atendimento de passivos contingentes. Com isso, vibrou um golpe mortal contra o princípio constitucional da fixação de despesas. Para realização de despesas imprevistas ou imprevisíveis, decorrentes de calamidades públicas, por exemplo, o Executivo deve solicitar ao Legislativo a abertura de crédito adicional especial (art. 167, V da CF), sendo absolutamente vedada a concessão ilimitada de créditos (art. 167, VII da CF). Ainda que constitucional fosse a ‘verba de contingência’ ela jamais poderia ser constituída pela aplicação indiscriminada de um percentual de corte incidindo sobre todas as dotações”.

⁴⁵ Como exemplo, o orçamento para 2011 teve um corte de R\$ 53,5 bilhões. Esse volume se constituiria com R\$ 1,5 bilhão de vetos na programação aprovada pelo Congresso Nacional e com um contingenciamento de R\$ 52 bilhões, sendo R\$ 16 bilhões de despesas obrigatórias e R\$ 36 bilhões de discricionárias (GONJITO, 2010).

da república definiu como imprescindíveis, sob pena de ela ser considerada inconstitucional, pois, ao contrário, estar-se-ia diante da situação de entender que o Estado poderia, por lei orçamentária, alterar o texto constitucional, dizendo o que é fundamental e o que não é” (BRITO FILHO, 2010, p. 86)⁴⁶.

As opções orçamentárias podem ser invalidadas pelo poder judiciário para permitir a concretização dos direitos fundamentais sociais ou, ao menos, o mínimo existencial. Primeiro, deverão ser previstos recursos para atingir o mínimo existencial, sendo que somente depois disso é válido discutir como serão investidos os demais recursos (CAMBI, 2011).

Por tudo que já foi dito, o que se percebe é que a efetivação dos direitos sociais no País ainda é uma questão controvertida, ficando claro neste ponto que a reserva do orçamento, não pode ser utilizada como argumento para não satisfação dos direitos sociais, notadamente pelas exceções as leis orçamentárias apontadas, que indicam que não há “escassez” de recursos, mas aplicação inadequada dos recursos.

Vale apontar que dentre das soluções possíveis para reduzir o nível de desperdício de dinheiro público é a instituição de mecanismos efetivos de controle de gastos públicos pela existência de organismos fortes e eficazes e pela diminuição da discricionariedade orçamentária (OLIVEIRA, 2010).

Vinod Thomas (apud OLIVEIRA, 2010), sustenta que uma das metas que o Brasil deve seguir é fazer com que os investimentos na área social efetivamente cheguem, uma vez que comparativamente há mais gasto em educação e saúde do que a Coreia do Sul e China, mas os índices apresentados por esses países são muito superiores aos brasileiros, o que demonstra o mau investimento.

⁴⁶ Ainda Brito Filho: “Aqui é importante frisar que não se está a negar a possibilidade de o Estado fixar as condições de exercício dos direitos sociais, pois ele evidentemente tem essa possibilidade. O que está a dizer é que a margem de discricionariedade do Estado vai até o ponto em que ele pode dizer em que condições vai atender esses direitos, mas não ao limite de dizer que não vai atendê-los” (BRITO FILHO, 2010, p. 86).

4 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

4.1 A separação de poderes

O Estado Democrático de Direito que tem como um dos alicerces o princípio da separação dos poderes, contudo, não pode ser entendido de forma absoluta, uma vez que os poderes devem atuar de forma harmônica para alcançar os seus objetivos fundamentais. Nesse contexto de readequação dos papéis exercidos pelos poderes do Estado é que se maximiza o papel da motivação judicial.

A teoria da separação de poderes, desenvolvida por Montesquieu, que prevê a autonomia entre os poderes, deve ser repensada diante do agigantamento do Estado, a fim de permitir a real paridade entre os poderes que compõem o Estado contemporâneo.

A noção mais moderna de separação de poderes surge num contexto histórico específico da formação dos Estados de Direito Constitucionais em oposição aos regimes absolutistas, com o objetivo de evitar a concentração e o exercício arbitrário do poder, garantindo aos indivíduos os direitos de liberdade.

Neste contexto, o parlamento emergia como o poder supremo, não havendo qualquer margem para se cogitar o controle judicial de constitucionalidade das leis. Contudo, o fato é que ao longo do século XX a organização dos Estados Constitucionais se modificou, com a ampliação das funções do poder judiciário e do próprio poder executivo (com a ampliação do poder regulamentar, por exemplo), o que trouxe impactos para o poder legislativo anteriormente soberano.

Dessa forma, a teoria da separação de poderes não pode permanecer engessada numa concepção ultrapassada, baseada ainda no surgimento dos Estados Constitucionais do século XIX, esquecendo-se que naquele contexto histórico sequer os direitos fundamentais do homem como conhecemos hoje existia, tampouco a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade dos atos legislativos.

Correto o entendimento de Cappelletti (1999) que sustenta que a expansão do papel do judiciário representa uma resposta ao crescimento dos demais poderes estatais (legislativo e executivo), representando contrapeso necessário, num sistema democrático de “*checks and balances*”, à paralela expansão dos ramos políticos do Estado moderno.

A separação de poderes tem natureza instrumental, sendo um princípio fundamental de organização dos Estados dividindo o exercício do poder político entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, contudo não é um fim em si mesmo. Com a democratização e o sufrágio universal, o parlamento passou a ser heterogêneo, abrigando grupos políticos distintos, deixando de ser um lugar de identidade ideológica, o que acarretou uma crise do modelo de separação de poderes que consagrava no ápice o parlamento e a lei (BARCELLOS, 2008).

Assim, não há crise do princípio da separação de poderes, mas, na verdade, a crise é dos parlamentos e das maiorias políticas (BARCELLOS, 2008).

Disso decorre a conclusão lógica que o princípio da separação dos poderes não pode jamais ser um obstáculo à realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e adequada⁴⁷.

A legitimidade do Poder Judiciário no exercício de suas funções se baseia na própria teoria da separação dos poderes, que deve ser observada sob o prisma do ordenamento jurídico que a alberga, sendo certo que as funções exercidas pelos poderes não são exclusivas, porém deverá ser respeitado o núcleo da função prevalente de cada poder, sob pena de intervenção indevida entre os demais poderes do Estado.

O princípio da separação de poderes continua válido, sendo necessário para evitar ameaças aos direitos individuais e a democracia, contudo a sua roupagem deve ser atualizada para o mundo contemporâneo com suas complexidades.

No caso brasileiro, a Constituição consagra os direitos fundamentais e a separação dos poderes como cláusulas pétreas da Constituição (art. 60, § 4º, III e IV, CF), devendo ser utilizados os critérios hermenêuticos, a fim de aferir a validade da norma no caso concreto.

A ampliação da judicialização – entendida como a decisão de questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral decididas pelo poder judiciário como instância final – constitui-se numa mudança radical na forma de praticar o direito no sistema romano-germânico decorrente de diversos fatores.

⁴⁷ Para Alexy, tratando do tema em face da corte constitucional alemã, diz que “a necessária colisão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais significa que o problema da divisão de competências entre o legislador com legitimação democrática direta e responsabilidade, em razão da possibilidade de não-reeleição – e o tribunal constitucional apenas indiretamente legitimado democraticamente, e não destituível eleitoralmente, é um problema inevitável e permanente” (ALEXY, 2015, p. 447).

Barroso (2015) analisando esse fenômeno diz que são várias as circunstâncias que originaram essa mudança na forma de pensar nos Estados contemporâneos. Diz que a primeira circunstância é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas, o que conseqüentemente operou uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais na Europa e na América Latina⁴⁸. A segunda causa é fruto da desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. A terceira circunstância é atores políticos em certos momentos preferem que o Judiciário seja a instância decisória de questões tidas como polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade, evitando o desgaste na deliberação de temas decisivos. Por exemplo: o reconhecimento de uniões homoafetivas ou ainda a autorização para a interrupção da gestação.

No Brasil, há ainda que ser destacado que a ampliação da judicialização decorre ainda de dois outros fatores, quais sejam: o amplo leque de direitos postos na Constituição pelo seu modelo abrangente e analítico e o sistema de controle de constitucionalidade adotado, que permite o ajuizamento de ações diretas perante nossa Corte Constitucional.

A expansão da jurisdição constitucional também decorre do entendimento de que a Constituição – como maior expressão de direitos de uma sociedade – possui força normativa⁴⁹ capaz de garantir a plena aplicabilidade de suas normas, impedindo a violação de seus dispositivos constitucionais.

Com relação ao reconhecimento dos direitos sociais como direitos judicializáveis, Souza Neto (2008) destaca que a mudança de posicionamento do judiciário brasileiro acerca dos direitos sociais se deve a vários fatores, dentre os

⁴⁸ Campilongo (2002, p. 49) defende que “a magistratura ocupa uma posição singular nessa nova engenharia institucional. Além de suas funções usuais, cabe ao judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Mais ainda: o juiz passa a integrar o circuito da negociação política. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos, apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Assim, o juiz não aparece como o responsável pela tutela dos direitos e das situações subjetivas, mas também como um dos titulares da distribuição de recursos e da construção de equilíbrios entre interesses supra-individuais”.

⁴⁹ Konrad Hesse em oposição a reflexões feitas por Lassale que a Constituição seria uma mera fonte de papel, defende que no conflito entre as forças reais de poder e a Constituição, esta nem sempre sucumbe àquelas, defendendo que “A Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*wille zur macht*), mas a vontade de constituição (*wille zur verfassung*) (2009, p.19).

quais destaca: a aprovação da Constituição de 1988 e ao subsequente movimento de afirmação da normatividade constitucional, as sucessivas crises que abalam o legislativo e o executivo, a superação do positivismo como metodologia constitucional.

A positivação dos direitos sociais foi seguido por um processo de positivação de suas garantias, o que gerou um processo de judicialização desses direitos, uma vez que entre essas garantias está a existência de mecanismos de tutela jurisdicional para o seu efetivo exercício (FRISCHEISEN, 2000).

A ideia que o judiciário não poderia intervir nas prestações de cunho social do Estado, somente podendo atuar para aplicar as normas editadas pelo legislador, perdurou no Brasil até meados da década de 1990, sendo superado a partir das decisões judiciais que determinaram a entrega de medicamentos especiais e excepcionais para portadores do vírus HIV⁵⁰ (SOUZA NETO, 2008).

Para Ventura "O movimento de aids no Brasil conseguiu extrair do componente jurídico seu potencial transformador, impulsionando mudanças amplas e estruturais a partir do uso estratégico das leis nacionais, na perspectiva dos direitos humanos". Para a Professora "as práticas de intervenção judicial desse movimento têm auxiliado outros movimentos a refletirem e redirecionarem suas linhas de ação. Na história brasileira recente nenhum outro movimento obteve um grau tão satisfatório de efetividade da legislação genérica nacional existente como o das pessoas vivendo com HIV/AIDS" (VENTURA, 2003, p. 107).

O próprio Poder Executivo reconhece a importância do Poder Judiciário no desenvolvimento e reformulação das políticas públicas da saúde, conforme se extrai da leitura de documento formulado pelo Ministério da Saúde (2005) que afirma que as ações e decisões judiciais são consequências do amadurecimento da organização da sociedade aliado às deficiências da Administração Pública. O documento reconhece que os mecanismos de incorporação de novos medicamentos na rede pública devem ser aperfeiçoados e agilizados, o que poderá diminuir a necessidade de ações judiciais e o conseqüente impacto orçamentário.

Num outro documento, publicado pelo Ministério da Saúde, Miranda (2008) afirma que a judicialização das demandas no campo da aids em relação à garantia do direito à saúde é caso paradigmático no direito, sendo que as decisões judiciais

⁵⁰ Como exemplo, pode ser citado a decisão nos autos do agravo de instrumento n. 232469/RS, julgado em 12/12/1998, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

favoráveis formaram uma jurisprudência sobre o tema, sendo que esses ganhos terminaram por se converter em lei ou em política pública, por exemplo nos casos do controle do sangue, regulamentação dos planos de saúde e acesso a medicamentos.

A judicialidade dos direitos sociais e econômicos na experiência brasileira ainda é incipiente, contudo é capaz de invocar um legado transformador e emancipatório, com a ruptura gradativa de uma visão conservadora e formalista do poder judiciário. Assinala-se, como caso emblemático, as decisões judiciais acerca do fornecimento gratuito de medicamentos, que somadas a articuladas e competentes estratégias de litigância, fomentaram transformações legislativas e a adoção de políticas públicas consideradas exemplares na área (PIOVESAN, 2010).

Cambi (2011, p. 272) diz que o controle das políticas públicas pelo poder judiciário visa garantir a efetivação dos direitos fundamentais consagrados no Estado Democrático de Direito, cabendo aos juízes apenas dar força normativa à Constituição, sem que seja absorvido o espaço político reservado à deliberação acerca das políticas públicas. Não tem o propósito de criar políticas públicas, tampouco definir os objetivos e metas que possam ser alcançados⁵¹. Ressalta que a tarefa do juiz quando declara a inconstitucionalidade de uma norma, ao preencher uma lacuna jurídica ou quando materializa um princípio é garantir a efetividade à Constituição, não podendo ser comparada a atividade legislativa.

Olsen (2008) salienta que o poder judiciário é orientado pelo princípio da inércia e defende que no caso de pretensão resistida, o judiciário é convocado para fazer valer a norma constitucional, não podendo se confiar exclusivamente na atuação política dos poderes públicos, pois pode significar a burla ao atendimento de pretensão fundamental.

Assim, o controle judicial das políticas públicas não se destina a usurpar competências do Poder Executivo, representando apenas uma técnica de fiscalização constitucional destinada a proporcionar a concretização do mínimo

⁵¹ Para Andreas Krell (1999, p. 241): “em princípio o poder judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador da incumbência constitucional. No entanto, parece necessária a revisão do vetusto dogma da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos do Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais”.

existencial. O objetivo do controle é específico e se destina somente a suprir as omissões inconstitucionais que impossibilitem a tutela dos direitos fundamentais sociais e, por conseguinte, os fins do Estado Democrático de Direito.

4.1.2 A legitimidade democrática

Outra crítica recorrente à judicialização dos direitos fundamentais seria a ausência de legitimidade democrática do poder judiciário para efetivação dos direitos sociais, uma vez que os seus membros não são eleitos, não refletindo em suas decisões a vontade da maioria.

Contudo, a legitimidade do poder judiciário ao tutelar os direitos fundamentais se fundamenta no caráter democrático da Constituição e não na vontade da maioria. Cabe ao judiciário assegurar os direitos fundamentais⁵², o que permite questionar a validade de determinada norma diante da Constituição e declarar a sua inconstitucionalidade.

A história é a prova que nem sempre as vontades majoritárias conduzem à realização da democracia, embora sustentados pela massa popular para legitimar suas práticas, a exemplo dos governos ditatoriais como a Itália de Mussolini e a Alemanha do Terceiro Reich.

Embora as decisões majoritárias possam exprimir a vontade da maioria popular isso não significa que a decisão é democrática, uma vez que a democracia contemporânea deve ser compreendida vinculada à realização dos direitos fundamentais num contexto plural, devendo ser resguardados os direitos das minorias que compõem determinada sociedade.

Com efeito, o princípio da igualdade, que se encontra subjacente à regra de maioria, exige que mesmo as minorias, mesmo os vencidos, sejam respeitados em sua humanidade, no conjunto de direitos fundamentais inerentes à condição humana e lhes possibilita, afinal, serem considerados iguais aos demais (BARCELLOS, 2008, p. 251).

⁵² “Tais direitos funcionam como condições da democracia. A garantia dos direitos sociais desenvolve no cidadão a ‘capacidade’ para exercer ‘real influência’ sobre os destinos da comunidade. Sem direito à educação, por exemplo, o cidadão, em geral, possui menores capacidades reais para influenciar na vida pública. Quando o judiciário o garante, não viola o princípio democrático: afiança a conformação de um contexto adequado à manifestação efetiva da vontade popular” (SOUZA NETO, 2008, 524).

Repise-se que o judiciário somente atua na defesa dos direitos fundamentais - podendo determinar a realização de determinada política pública caso acionado pelos indivíduos que tenham algum direito violado, limitado a análise casos concretos, o que evidencia o seu papel subsidiário na realização dos direitos sociais.

Com a limitação do princípio majoritário em favor dos direitos fundamentais, o judiciário exerce a função de guardião da democracia.⁵³ O poder judiciário quando garante os direitos fundamentais contra descasos ou arbitrariedades das maiorias políticas ou tecnocratas, pode-se afirmar que está protegendo os pressupostos para o funcionamento da democracia e não o contrário⁵⁴ (SARMENTO, 2008).

A jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta é a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional. (BINENBOJM, 2004, p. 246).

Para Verbic (2009) existe ao menos uma razão para considerar que o judiciário está numa posição melhor que o legislativo para alcançar melhores decisões sobre questões de Direitos Humanos se assumir o pressuposto teórico que uma justificação moral é a base de todos os direitos Humanos⁵⁵.

As normas que positivam os direitos materialmente fundamentais são as que garantem as condições da democracia, sendo os direitos fundamentais condições da

⁵³ “Ao contrário do que ocorre no âmbito da teoria da constituição dirigente, a tarefa do Judiciário não é a de fiscalizar a implementação efetiva do programa constitucional, mas a de controlar a violação de direitos fundamentais pelas maiorias eventuais. Ao realizar a contento essa tarefa, está incrementando as condições para que o povo decida melhor. E dentre estas se situam os direitos sociais, considerados agora não mais como objetivos, mas como pressupostos e condições”. (Souza neto, 2003)

⁵⁴ No mesmo sentido Luis Roberto Barroso: “As constituições contemporâneas, como já se assinalou, desempenham dois grandes papéis: (i) o de condensar os valores políticos nucleares da sociedade, os consensos mínimos quanto a suas instituições e quanto aos direitos fundamentais nela consagrados; e (ii) o de disciplinar o processo político democrático, propiciando o governo da maioria, a participação da minoria e a alternância no poder. Pois este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia”. (BARROSO, 2015, p. 15).

⁵⁵ No original: “In my opinion, as I will try to show, there is at least one reason to consider that Courts are in a better position than legislatures to achieve better decisions about HRs issues if we assume the theoretical background already mentioned in this work: a moral right to justification as the basis of every HR”.

democracia, devendo ser defendidos pelo poder judiciário contra possíveis devaneios de maiorias eventuais.

Somente haverá democracia quando os indivíduos tenham consciência e instrução necessária para compreender as principais questões postas no debate político. Do contrário, não haverá democracia real⁵⁶.

Dworkin defende uma concepção constitucional de democracia, sustentando que as decisões políticas (coletivas) sejam tomadas por instituições cuja estrutura, composição e modo de operação destinem a todos os membros da comunidade igual consideração e respeito (DWORKIN, 2006).

O processo político de uma comunidade política verdadeira deve expressar alguma concepção de igualdade de consideração para com os outros membros da comunidade, o que significa que as decisões políticas que afetam a distribuição de renda, de benefícios e de encargos devem ser compatíveis com tal igualdade de consideração. A participação moral acarreta uma reciprocidade: um indivíduo não pode ser um membro a menos que seja tratado pelos outros como tal, ou seja, a menos que as consequências de qualquer decisão coletiva para sua vida sejam consideradas tão importantes quanto as consequências da mesma decisão para a vida de todas as outras pessoas (DWORKIN, 2006, p. 38).

A concepção constitucional exige que as decisões políticas triviais sejam tomadas por representantes eleitos pelo povo buscando a igualdade entre os cidadãos⁵⁷, não havendo óbice ao emprego de procedimento não-majoritário que possa promover a igualdade que, aliás, é a própria essência da democracia. Assim, permite que seja adotado procedimento não-majoritário em alguns casos com a finalidade de proteger ou promover a igualdade como a revisão judicial (DWORKIN, 2006, p. 26-27).

⁵⁶ “A democracia somente é um processo justo de participação política quando existir uma justiça distributiva dos bens sociais. Não há como igualar as possibilidades de participar do governo da polis sem a prévia erradicação da fome, da miséria, da ignorância, do analfabetismo e da exclusão” (CAMBI, 2011, p. 388).

⁵⁷ “Faz-se notar que a tese de democracia majoritária também deita sua fundamentação em argumentos de moralidade política, ao defender que o processo majoritário está em consonância com o valor liberdade ao garantir ao povo se auto-determinar, e conseqüentemente, possibilitá-lo a liberdade de fazer tudo o que queira; também apresenta-se em consonância com o valor igualdade ao garantir a cada cidadão uma igualdade política simétrica no poder do voto, de modo que o voto de cada uma ganhe a maior equidade possível em relação ao voto dos demais; e também apresenta-se em consonância com o valor da comunidade, ao possibilitar que através do procedimento majoritário a coletividade possa se engajar em um espírito de deliberação pública. O debate na esfera da moralidade política, como dito, é inescapável. Deste modo, Dworkin buscará enfrentar a interpretação dos valores liberdade, igualdade e comunidade postas segundo a visão majoritária de democracia” (HIROITO, 2014, p. 84).

A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições democráticas – de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou essa garantia e respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantem e respeitem as condições democráticas. (DWORKIN, 2006, p. 26-27).

Dworkin argumenta que a democracia fica prejudicada quando um tribunal dotado de autoridade toma uma decisão errada acerca das exigências das condições democráticas, porém não fica mais prejudicada do que quando uma legislatura majoritária toma uma decisão constitucional errada que continua vigente. “A possibilidade de erro é simétrica. Assim, a premissa majoritária é confusa e deve ser abandonada” (DWORKIN, 2006, p. 50).

A teoria da democracia constitucional aceita de forma irrestrita a supremacia judicial, especialmente em se tratando de questões de proteção de direitos fundamentais, sendo que a legítima é o respeito à dignidade humana através dos direitos fundamentais de cada um dos indivíduos sob a qual o Estado exerce seu domínio (HIROITO, 2014).

Desse modo, o Poder Judiciário “tem o poder de revogar até mesmo as decisões mais ponderadas e populares de outros setores do governo, se acreditar que elas são contrárias à Constituição [...]” (DWORKIN, 2007, p. 4).

Para uma sociedade democrática algumas questões importantes e decisivas para a sociedade devem ser tratadas como questões de princípios (morais ou políticos) e não como uma questão de poder político, de vontade majoritária⁵⁸. Assim, a revisão judicial se torna parte indispensável para qualquer Estado constitucional democrático. Por exemplo: a igualdade racial, a igualdade de gênero, a orientação sexual, os direitos reprodutivos, o direito do acusado ao devido processo legal, dentre outras, são questões de princípio, e não de política.

A revisão judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas se debatidas como questões de princípio, e não apenas de poder político, uma transformação que não pode ter êxito – de qualquer modo, não completamente - no âmbito da própria legislatura. (DWORKIN, 2005, p. 102).

⁵⁸ Diz Dworkin (2005, p. 101): “Minha visão é que o tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas tem sob nosso sistema constitucional, nas decisões como se promove melhor o bem-estar geral-, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais”.

As ameaças à dignidade individual abalam os valores de moralidade política e a legitimidade política da maioria. Dessa forma, a moralidade advinda da coletividade não torna a sua decisão legítima, devendo ser respeitados os aspectos éticos da dignidade humana como fundamento dos direitos fundamentais. “[...] o respeito aos direitos fundamentais deve ser tratada como pré-condição necessária para garantir a legitimidade política de coerção estatal sobre os indivíduos” (HIROITO, 2014, p. 59).

A democracia somente será um processo efetivamente justo se existir uma justiça distributiva dos bens sociais. É nisso que se fundamenta a necessidade do Estado de promover políticas públicas em prol da sociedade. No fim, o Estado serve justamente para isso: garantir um mínimo de recursos para que os indivíduos alcancem os seus planos de vida, que somente se realizam plenamente com a satisfação dos direitos civis, políticos e sociais que garantem a liberdade real.

4.2 A Justiça Distributiva

É necessário situar a problemática ora apresentada dentro de uma concepção de igualdade, uma vez que a realização dos direitos sociais por meio de políticas públicas e da intervenção contramajoritária do poder judiciário na defesa dos direitos fundamentais fundamenta-se na realização da justiça como igualdade distributiva⁵⁹.

Diversas teorias da justiça permeiam o universo da filosofia política ao longo do tempo, sendo várias teorias idealizadas com a finalidade de buscar uma fórmula ideal para que seja alcançada a justiça distributiva, destacando-se nesse contexto algumas correntes filosóficas, dentre as quais o liberalismo político cujos grandes expoentes foram Rawls e Dworkin.

⁵⁹ Para Brito Filho (2015) os direitos humanos decorrem da própria ideia de justiça, principalmente da justiça distributiva, que é defendida na obra de Rawls quanto de Dworkin, sendo que “[...] Os direitos humanos fundamentam-se não em um direito natural que todos os seres humanos têm, ou por conta de normas que os regulem, mas sim porque é justo que as pessoas tenham direitos mínimos, básicos, qualquer que seja o esquema de cooperação social que estejam inseridas desde que se sustentem na ideia de que todos devem ter, no mínimo, esse conjunto básico de direitos” (BRITO FILHO, 2015, p. 122-123).

No presente trabalho, a chamada igualdade de recursos formulada por Dworkin é a teoria que se mostra mais adequada para sustentar os argumentos apresentados, no sentido que “a justiça distributiva é o melhor modelo para, senão eliminar, ao menos atenuar, significativamente, as desigualdades entre os indivíduos” (BRITO FILHO, 2013, p. 58).

Dworkin refuta as teorias que defendem a igualdade de bem-estar, prevendo uma divisão igualitária dos recursos disponíveis como ponto de partida para a igualdade, com a devida correção das deficiências e talentos a fim de garantir a igualdade material. A teoria de Dworkin pressupõe o equilíbrio entre a igualdade e a liberdade, posto que a liberdade é um aspecto fundamental da igualdade distributiva⁶⁰.

Na obra *A Virtude Soberana*, Dworkin expõe sua teoria da igualdade de recursos, defendendo a consideração igualitária como a virtude soberana da comunidade política, não existindo legitimidade em um governo que não demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais exerça seu domínio.

Nenhum governo é legítimo que não demonstre igualdade de consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme o seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política - sem ela o governo não passa de tirania [...] (DWORKIN, 2011, p. 1).

Dworkin constrói sua teoria a partir da situação hipotética passada em uma ilha desértica cujos habitantes desejam realizar uma divisão justa dos recursos existentes, usando mecanismos contratualistas para afirmar seu ponto de vista.

A igualdade de recursos trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos disponíveis de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais suas parcelas do total de recursos (DWORKIN, 2012).

⁶⁰ “A liberdade é necessária à igualdade, segundo essa concepção de igualdade, não na duvidosa e frágil hipótese de que as pessoas realmente dão mais valor às liberdades importantes do que aos outros recursos, mas porque a liberdade, quer as pessoas lhe deem mais valor do que a todo o resto, é essencial a qualquer processo no qual a igualdade seja definida e garantida. Isso não transforma a liberdade em instrumento da igualdade distributiva mais do que esta em instrumento da liberdade: as duas ideias, pelo contrário, fundem-se em uma tese mais completa sobre quando a lei que governa a distribuição e o uso dos recursos trata a todos com igual consideração” (DWORKIN, 2012, p. 160-161).

Ele parte da premissa que a igualdade de recursos é uma igualdade de quaisquer recursos que os indivíduos possuam privativamente⁶¹, sendo que a igualdade será garantida na medida em que os recursos sejam distribuídos de forma igualitária, sem dependência de critérios subjetivos de bem-estar.

Uma vez que a igualdade se traduz nos recursos de que as pessoas dispõem para realizar suas escolhas, e não no bem-estar que elas poderiam alcançar com esses recursos, os governos devem prover a igualdade material para todos, uma vez que tem a obrigação política de tratar a vida de cada pessoa como tendo uma importância igual.

Para Dworkin a distribuição idêntica de riquezas não se traduziria em uma distribuição justa, devendo as pessoas ser responsáveis pelas escolhas que fazem em suas vidas.

Defende que uma divisão igualitária de recursos pressupõe alguma forma de mercado econômico como mecanismo de atribuição de preços a uma grande variedade de bens e serviços e que deve estar no núcleo de qualquer elaboração teórica atraente da igualdade de recursos.

Assim, o autor faz uma afirmação que irá nortear a relação entre igualdade e liberdade dentro da sua teoria de igualdade de recursos, entendendo como a melhor concepção de igualdade distributiva, a liberdade se torna um aspecto da igualdade, ao invés de um ideal político independente ou em conflito com a igualdade.

A liberdade é necessária à igualdade, porque a liberdade é essencial a qualquer processo no qual a igualdade seja definida e garantida. A igualdade e a liberdade se fundem dentro de uma tese mais completa quando a lei que governa a distribuição e o uso dos recursos trata a todos com igual consideração.

Para Dworkin a igualdade e a liberdade fazem parte do mesmo ideal político, defendendo a garantia aos indivíduos do exercício de suas liberdades fundamentais, bem como a obrigação de criação de condições materiais para todos (BRITO FILHO, 2013).

Dworkin defende que em uma comunidade igualitária se deve buscar uma meta participativa que se exterioriza por meio das características democráticas, não se restringindo apenas pelas consequências distributivas. Assim, a interpretação do

⁶¹ Brito Filho (2013, p. 50) entende que “Do ponto de vista prático, todavia, a teoria do autor faz mais sentido quando a consideramos como uma teoria que pretende a distribuição dos recursos (bens e oportunidades) fundamentais”.

sufrágio universal, da liberdade de expressão e de outros aspectos da democracia podem ser entendidos como instrumentos que alavancam todos os objetivos da igualdade.

4.3 A racionalidade jurídica

A teoria da força normativa da Constituição, aliada a mudanças na forma de interpretar a carta constitucional brasileira⁶², que passou a ser o eixo central do ordenamento jurídico pátrio, afetou as premissas tradicionais relativas ao papel da norma, dos fatos e do intérprete na realização do direito, sendo “elaboradas ou reformuladas categorias como a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica”. (BARROSO, 2015, p. 7).

Diante desse panorama nacional com a tentativa de superação do positivismo jurídico, houve mais uma mudança importante: a judicialização – como já discutido nas páginas anteriores – e a ampliação da intervenção do poder judiciário nas questões envolvendo os direitos fundamentais sociais.

A racionalidade da decisão judicial pressupõe a necessidade de interpretação do direito e de fundamentação, atuando a fundamentação como mecanismo de limitação ao exercício de poder do julgador, que não terá a liberdade de decidir com base apenas em seu saber, bem como forma de controle da própria decisão judicial, a fim de preservar o Estado Democrático de Direito.

As decisões judiciais necessitam ser motivadas, sendo uma das principais garantias do cidadão e do jurisdicionado. O magistrado pode decidir da maneira que entender mais adequada, contudo, deverá ser capaz de indicar o itinerário racional e lógico que o conduziu àquela conclusão.

Necessário analisar a racionalidade das decisões judiciais com ponderações acerca da motivação judicial e a criatividade judicial, que demanda maior esforço

⁶² Torres (2005, p. 41) exemplifica com maestria esse momento vivido pelo Direito: “De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de ‘virada kantiana’ (*kantische Wende*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas idéias”

argumentativo do juiz para justificar a sua ingerência nas políticas públicas, a fim de evitar decisões desprovidas de qualquer racionalidade, meramente casuísticas.

A ideia de controle judicial implica a observância de regras de racionalidade e motivação, sendo esta o elemento mais importante das decisões judiciais.

O poder judiciário, a par das críticas á sua legitimidade, tem na motivação judicial a justificação para seus atos, sendo necessária uma fundamentação real da decisão judicial no caso concreto, uma vez que se apresenta como forma de controle da sociedade do exercício da jurisdição dos seus limites, garantindo-se dessa forma a separação de poderes.

Barroso salienta que as decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação dos poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento, utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade. Dessa forma, as decisões judiciais não devem ser casuísticas e levar em conta as consequências práticas que a sua decisão produzirá no mundo dos fatos (BARROSO, 2007).

Como defende Cappelletti (1999), a criatividade jurisdicional – criatividade de direito e de valores – é ao mesmo tempo inevitável e legítima, e o problema real e concreto, ao invés, é o da medida de tal criatividade, portanto, das restrições. Não se deve esquecer, ainda, que o fato fundamental é que a criatividade judiciária, ou a sua acentuação, foi em larga medida consequência do enorme crescimento dos próprios ramos políticos, e da necessidade, daí decorrente, de não deixá-los sem controle efetivo (CAPELLETTI, 1999).

Na verdade, o verdadeiro problema é o grau e o modo de criatividade judicial, os limites e a aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais. Haverá sempre, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de criatividade, sendo esta inerente a toda interpretação, não só a interpretação do direito, mas concernente a todos os outros produtos da civilização humana, como a música e a literatura (CAPELLETTI, 1999), havendo limites substanciais e processuais que devem balizar a decisão judicial.

No que concerne aos limites substanciais, estes vinculam o juiz, mesmo que não completamente, variando profundamente de época para época e de sociedade para sociedade e até mesmo da mesma época e sociedade. Quanto aos limites processuais, as características e princípios são a imparcialidade judicial, o direito ao contraditório e o princípio da inércia da jurisdição. Esses limites processuais são as características essenciais que diferem o processo jurisdicional dos de natureza política (CAPPELLETTI, 1999).

A judicialização dos direitos sociais, notadamente com o controle das chamadas políticas públicas, vem ganhando maior visibilidade no ordenamento jurídico pátrio, o que impõe ao julgador um maior esforço argumentativo que justifique a intervenção do judiciário numa seara que até pouco tempo se entendia ser reservada aos demais poderes da República.

Repise-se que quando o judiciário intervém em questões que tenham ingerência sobre as políticas públicas desenvolvidas pelo poder Executivo tem por finalidade dar força normativa à Constituição, sob pena de violação aos direitos fundamentais e a própria legitimidade das instituições da República.

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir-se que, em alguma medida, toda interpretação é criativa e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional (CAPPELLETTI, 1999, p. 42).

Diante da necessidade de garantir efetividade aos direitos sociais, alçados à condição de direitos fundamentais por sua inclusão no texto constitucional, se faz necessário pelo julgador o uso da criatividade judicial, uma vez que tais direitos são redigidos de forma abrangente e ao mesmo tempo sucinta, sendo necessário recorrer às leis infraconstitucionais e aos princípios constitucionais para garantir o direito fundamental ameaçado.

Muitos são os casos de ineficiência do instrumento processual ou até de ausência de disciplina legal, a exigir uma atividade criativa do juiz também nesse plano, sendo certo que, da mesma forma que os conflitos não podem ficar sem resposta do Poder Judiciário, a tutela jurisdicional também não pode ser simplesmente concedida à parte, mas deve ser apta a outorgar a quem tem razão uma proteção eficaz do direito reconhecido (SILVA, 2012).

Diante desse cenário de mudança, as teorias até então dominantes – jusnaturalismo e positivismo jurídico⁶³, cederam espaço para novas ideias que incluem a aproximação do direito e da ética, a necessidade de definir os conceitos de princípios e regras necessários para uma nova hermenêutica jurídica capaz de atender os anseios das sociedades contemporâneas.

Assim, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, na qual os direitos fundamentais exercem um papel primordial. A dicotomia entre princípios e regras assumem papel fundamental.

A distinção entre regras e princípios é questão fundamental para a racionalidade jurídica, uma vez que fundamenta a hermenêutica do pós-positivismo. Contrapondo ao sistema positivista, Dworkin propõe um modelo de princípios, segundo o qual o sistema jurídico é composto por regras e por princípios jurídicos, que se espalhou para o mundo, estando sedimentado na dogmática jurídica atual.

Para Dworkin os princípios se constituem em padrões que devem ser obedecidos, porque refletem uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, identificados pelo seu conteúdo, que vinculam exigências relacionadas aos valores morais da justiça e da equidade.

As regras se aplicam de modo absoluto, numa forma de tudo ou nada (*all or nothing*), enquanto os princípios são aplicados de modo gradual, com mais ou menos peso e importância. Para Dworkin os princípios não entram em colisão, uma vez que o sistema é dialético, não sendo postos em termos de tudo ou nada. Se a regra é válida, deve-se aceitar as suas consequências jurídicas, isto é, a norma deve incidir no caso concreto, se os fatos nela previstos ocorrerem; caso contrário, não serve para a decisão judicial.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita,

⁶³ “[...] a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e da obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da segunda guerra mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido”. (BARROSO, 2004, p. 234).

ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. (DWORKIN, 2011, p. 39).

Os princípios atuam de maneira mais vigorosa quando se trata da análise de casos difíceis (*hard cases*), uma vez “em casos como esses os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicas particulares” (DWORKIN, 2011, p. 46).

A aplicação dos princípios se dá predominantemente pela ponderação. Os princípios não se submetem à mesma lógica das regras, não podendo ser trabalhadas na forma do tudo ou nada. Quando os princípios são aplicáveis em um caso concreto, não determinam a decisão, mas proporcionam razões que determinem a escolha de um ou outro princípio, sendo que essa decisão seja fundamentada.

Para Dworkin os princípios jurídicos devem permitir uma única resposta correta nos casos em que as regras não determinem a resposta possível, sendo que a resposta correta verdadeira seria a que melhor justificasse através de uma teoria substantiva que utilizem a ponderação de princípios que melhor correspondam à Constituição, as regras de direito e os precedentes.

Alexy (1988) também trabalha com a distinção entre regras e princípios, partindo da teoria de Dworkin, discordando de Dworkin quanto à distinção de regras e princípios que, segundo ele, não atingem o núcleo da questão, não sendo possível a teoria de princípios por si só sustentar a tese da existência de uma única resposta correta, defendendo que apenas uma teoria da argumentação jurídica poderia solucionar os deficientes da teoria de princípios orientada de acordo com o conceito de razão prática⁶⁴⁻⁶⁵. Alexy (2015) diz que princípios são normas que ordenam que

⁶⁴ No original: “*La teoría de Dworkin de una única respuesta correcta plantea una gran cantidad de cuestiones. Aquí sólo cabe considerar una parte de ellas. Mi intervención se dividirá en dos partes. El objeto de la primera parte es la teoría de los principios. Se tratará de mostrar que los criterios de Dworkin para la distinción entre reglas y principios afectan ciertamente a puntos importantes, pero no al núcleo. Si se los analiza a fondo, queda claro que una teoría de los principios por sí sola no está en condiciones de sostener la tesis de la única respuesta correcta, lo que, sin embargo, no hace que disminuya su importancia para la filosofía jurídica, la metodología jurídica y la dogmática jurídica. En la segunda parte pretendo captar los déficits de la teoría de los principios a través de una teoría de la argumentación jurídica, orientada de acuerdo con el concepto de razón práctica. La unión de ambas teorías constituye la base de una teoría del Derecho en la que rige una versión débil de la tesis de la única respuesta correct*” (ALEXY, 1988, p.140).

⁶⁵ Para Alexy (2015) o ponto decisivo para distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenem que algo seja realizado na melhor medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, são mandados de otimização que podem ser satisfeitos em graus variados e porque a medida depende de possibilidades fáticas e jurídicas. “O âmbito das

algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Assim, princípios são comandos de otimização, o que significa que podem ser realizados em diferentes graus, sendo a técnica de solução de colisão entre princípios a ponderação de valores.

No Brasil, os princípios possuem papel de destaque no sistema normativo, sendo que diversos deles possuem natureza de norma constitucional, sendo possível a adoção da teoria do direito como sistema de princípios formulado por Dworkin, que permite adotar a ponderação como técnica de decisão judicial aplicável aos casos difíceis, na qual seja possível, no caso concreto a aplicação de normas de igual hierarquia que indicam soluções diferenciadas, se configurando em face da ação estatal de restrição a direitos fundamentais e da estrutura dos direitos fundamentais enquanto princípios.

A questão da racionalidade jurídica, como instrumento fundamental para a interpretação e aplicação do direito e dos direitos fundamentais sociais, que é o objeto deste trabalho, perpassa a teoria do direito como integridade, elaborada por Dworkin, que pode ser utilizada como forma de fixar parâmetros mínimos para as decisões judiciais acerca dos direitos fundamentais sociais.

4.4 O Direito como integridade

Dworkin entende o Direito como uma prática interpretativa e argumentativa⁶⁶. Assevera que não são apenas os juízes que interpretam, mas, os demais atores que lidam com o Direito, desde o cidadão comum até um pesquisador na área jurídica.

Assim, afasta a interpretação conversacional do Direito, defendendo o raciocínio jurídico como um exercício de interpretação construtiva, sendo que o direito se constitui na melhor justificativa do conjunto das práticas jurídicas⁶⁷.

possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (ALEXY, 2015, p. 90). Ao contrário, regras são normas que exigem adimplemento pleno, sendo somente cumpridas ou não. “Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma ou é uma regra ou um princípio” (ALEXY, 2015, 91).

⁶⁶ “O direito, é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas, sua complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa” (DWORKIN, 2007, p. 17)

⁶⁷ “O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo. Essas últimas teorias se oferecem como interpretações. São

A integridade é “a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas e, particularmente, do modo como nossos juízes decidem os casos difíceis no tribunal” (DWORKIN, 2007, p. 261).

A interpretação é ponto fundamental para a teoria do Direito, exigindo o Direito como integridade que as proposições jurídicas sejam verdadeiras se constarem ou derivarem dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica de determinada comunidade.

O Direito como integridade diz que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que combinam elementos do passado e do futuro, interpretando a prática jurídica como uma política em processo de desenvolvimento contínuo.

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade (DWORKIN, 2007, p. 272).

Ao comparar o direito como um romance em cadeia, traçando a comparação entre o juiz, o escritor e também os críticos de um romance em cadeia (produzido por vários autores), Dworkin explicita o caráter interpretativo do Direito, e vinculando a decisão dos juízes às decisões anteriores, exigindo não uma subordinação a elas, mas uma relação de coerência narrativa. Partindo de tal premissa, ressalta que cada juiz, ao aplicar a lei, estaria escrevendo uma parte do romance desenvolvido, pois, quando dessa atividade, deveria interpretar a lei e os julgados passados e redimensioná-los para uma aplicação no presente.

Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção." (DWORKIN, 2005, p. 238).

concepções de direito que pretendem mostrar que nossas práticas jurídicas sob sua melhor luz, e recomendam, em suas conclusões pós-interpretativas, estilos ou programas diferentes de deliberação judicial” (DWORKIN, 2003, p. 272).

O direito como integridade pressupõe que a coerência com as decisões anteriores beneficia a comunidade não apenas por ofertar previsibilidade e equidade processual, e sim porque assegura uma igualdade substancial entre os cidadãos, tornando a comunidade mais genuína. Assim, os direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores, ainda que não estejam nelas explícitos, mas desde que procedam dos princípios que justificam a decisão.

Dworkin diz que a integridade deve passar por dois testes, sendo o primeiro o teste da adequação, que deve ajustar as interpretações do conjunto normativos anteriores do escrito pelo autor. O segundo é chamado teste da justificação, que consiste em buscar a interpretação mais adequada ao conjunto de princípios pertinentes ao caso concreto depois de considerados todos os aspectos da questão.

Para que a decisão judicial seja coerente, decorrente de uma argumentação jurídica adequada ao caso concreto, o Direito deve ser interpretado com base nos argumentos jurídicos e morais, sendo necessário a complementariedade entre esses aspectos.

A integridade é coerência de princípios como exigências morais, sendo as proposições jurídicas verdadeiras se constam ou derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

“Para nós, a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, mas isso não significa que, em alguma das formas assinaladas, a integridade seja necessariamente, ou sempre, superior às outras virtudes” (DWORKIN, 2007, p. 262). Assevera ainda o autor que o princípio da integridade na decisão judicial não tem necessariamente a última palavra sobre como usar o poder de coerção do Estado, “mas normalmente tem a primeira palavra, e normalmente não há nada a acrescentar àquilo que diz” (DWORKIN, 2007, p. 263).

Dworkin entende que existem dois princípios de integridade política. O primeiro é o legislativo que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente e o segundo é um princípio jurisdicional que demanda que a lei seja vista como coerente, o que é o objeto de discussão do autor⁶⁸.

⁶⁸ O princípio legislativo exerce a função de exigir dos legisladores “que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente” e o princípio da integridade jurisdicional que também demanda que a lei, “tanto quanto possível, seja vista de modo coerente” (DWORKIN, 2007, p. 213).

As exigências da integridade atingem tanto a atividade legislativa quanto a atividade judiciária. O princípio da integridade na legislação, pede aos legisladores coerência com os princípios fundamentais do sistema constitucional no momento da criação das leis. Do mesmo modo, o princípio da integridade no julgamento requer coerência com os princípios da parte dos aplicadores da lei, especialmente os juízes, explicando porque os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, sem interesse pelo restante.

É importante que as normas públicas sejam criadas e aplicadas, como a expressão de um sistema único e coerente de justiça e equidade. Ao poder legislativo também se aplica a integridade, existindo o dever de se empenhar em proteger para todos os indivíduos, seus direitos morais e políticos, de tal modo que a ordem jurídica corresponda a um sistema coerente de justiça e equidade.

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal, às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (DWORKIN, 2007, 264).

Quanto aos juízes, a perspectiva do Direito como integridade pede que eles admitam que a ordem jurídica é moldada por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal e que cada jurisdicionado tenha seu caso avaliado sob essas condições, viabilizando a concretização de uma comunidade de princípios.

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política, e da doutrina jurídica da comunidade (DWORKIN, 2007, p. 305).

Segundo Dworkin, (2007) são as três virtudes políticas fundamentais que devem ser observadas pelo Direito: a equidade⁶⁹, a justiça e o devido processo legal

⁶⁹ Dworkin afirma que a “Hércules concluirá que sua doutrina da equidade oferece a única explicação adequada da prática do precedente em sua totalidade. Exigirá algumas outras conclusões sobre suas próprias responsabilidades quando da decisão dos casos difíceis. A mais importante delas determina que se deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões”. (DWORKIN, 2010, p. 177).

adjetivo. A equidade demanda que se encontrem os procedimentos políticos que permitam que o poder político seja distribuído de maneira adequada, garantindo a todos os cidadãos mais ou menos a mesma influência sobre as decisões públicas que os governam. A justiça se refere ao conteúdo das decisões que as instituições políticas devem tomar, sejam fruto de procedimentos equânimes ou não. Sob a ótica da justiça como virtude política, as decisões políticas devem ter como resultado correto a distribuição correta de recursos materiais e protejam as liberdades civis, de modo a garantir um resultado moral justificável. O devido processo legal adjetivo se refere aos procedimentos adequados para o julgamento de cidadãos que tenham infringido as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos.

Todos os juízes estão sujeitos a tomar decisões difíceis, optando por diferentes decisões de acordo com sua interpretação. A decisão judicial deve ser fundamentada no direito, adaptando-se aos fatos anteriores até onde isso seja possível. A teoria da integridade exige que os juízes considerem ser o Direito estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal, e pede-lhes que os apliquem aos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação seja sempre justa e equitativa.

Nessa linha de pensamento, deverão os juízes, na medida do possível, considerar o Direito como estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, sendo necessária a aplicação desses princípios aos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação seja sempre justa e equitativa segundo as mesmas normas.

Dworkin defende a teoria da integridade para permitir uma melhor interpretação construtiva das práticas jurídicas, especialmente do modo como os juízes decidem os casos difíceis. Dworkin desenvolve o princípio da integridade como complementar da equidade e da justiça.

Nos casos difíceis pode-se vislumbrar um conflito entre princípios que estão em contradição. Na verdade, esses princípios podem estar em concorrência um com o outro, um princípio pode mostrar o limite de outro princípio para buscar a solução do caso concreto. A compreensão de um princípio depende da compreensão de outros princípios. Contudo, essa compreensão tem que partir da compreensão e interpretação do ordenamento jurídico para que possa ser dada a solução no caso concreto.

Para Dworkin a preocupação do juiz deve ser maior no que concerne à coerência substancial de suas decisões, devendo arcar com a responsabilidade política para justificar suas ações de forma consistente.

Na integridade os juristas desenvolvem uma argumentação baseada em princípios, que se diferencia de uma argumentação baseada em políticas. A primeira busca a resposta correta que garanta a defesa de direitos fundamentais. Já a segunda, tem como objetivo justificar melhorias para a coletividade.

A utilização de argumentos de princípio acabaria por justificar decisões íntegras, exatamente porque sob os olhos do agente moral oriundo da personificação da comunidade, a atuação do juiz estaria dotada de coerência e de uma substancialidade capaz de justificar politicamente aquela decisão (TUTUNGI JUNIOR, 2013, p. 8).

Para justificar suas ideias, Dworkin (2007) cria a figura imaginária de um julgador denominado Hércules, que possui capacidade e paciência sobre-humanas e que aceita o direito como integridade, fundamentando suas decisões como uma questão de princípio, com perfeito equilíbrio entre as virtudes políticas que sustentam o direito como integridade⁷⁰.

Para solucionar os conflitos existentes no ordenamento jurídico, especialmente para a solução dos casos difíceis (*hard cases*) postos a julgamento, Hércules deve antes de apontar a solução jurídica para o caso, visualizar todas as respostas possíveis que o direito permitiria e, desta forma, deveria interpretar a lei e as decisões proferidas no passado a casos semelhantes na busca do melhor conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal.

Para decidir o caso concreto, o juiz que aceite o direito como integridade, deve buscar a sua argumentação num “conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina política de sua comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 305). Contudo, o juiz deve ser ciente que suas convicções políticas em seu juízo interpretativo serão limitadas pela verdadeira história política da comunidade onde está inserido.

⁷⁰ “Hércules serve ao nosso propósito porque é livre para concentrar-se nas questões de princípio que, segundo o direito como integridade, formam o direito constitucional que ele aplica. Não precisa preocupar-se com a urgência do tempo e dos casos pendentes, e não tem dificuldade alguma, como inevitavelmente acontece com qualquer juiz mortal, de encontrar uma linguagem e uma argumentação suficientemente ponderadas para introduzir quaisquer ressalvas que julgue necessárias, inclusive a suas caracterizações iniciais do direito”. (DWORKIN, 2007, p. 454).

Dworkin advoga que a integridade refuta o ativismo judicial, insistindo que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, devendo suas decisões ajustar-se a prática constitucional. Defende que um julgamento interpretativo envolve a moral política, mas pode em prática não só a justiça, mas outras virtudes políticas, que às vezes entram em conflito, como a equidade, que é sensível a às tradições e à cultura política, devendo o juiz encontrar a solução interpretativa que se aplique ao caso concreto.

4.5 Os limites da intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais apresentados pela doutrina pátria

Na doutrina pátria há proposições de critérios para balizar a atuação dos magistrados na realização dos direitos sociais.

Souza Neto (2008) argumenta que na atual Constituição brasileira existem referências normativas que servem para legitimar a ação ou a abstenção do judiciário para concretizar os direitos sociais para além do que está definido em lei, aplicando diretamente os princípios constitucionais no caso concreto, dependendo de uma decisão política, não sendo a questão meramente de interpretação constitucional.

Quando a questão da concretização do direito social cinge-se a um direito positivado na Constituição como regra jurídica, descrevendo a prestação estatal requerida, não se torna necessário examinar questões políticas, morais ou institucionais. Contudo, quando os direitos sociais estão plasmados na Constituição na forma de princípios é necessário observar os critérios formulados pelo autor.

O autor divide os parâmetros a serem adotados em parâmetros materiais e processuais, que funcionaram como mecanismos de redução do ônus argumentativo do magistrado. Souza Neto ressalva que esses parâmetros não são peremptórios, podendo em determinado caso ser superados, desde que o caso concreto apresente razões razoáveis.

Para Souza Neto os parâmetros materiais para melhoria da atuação do judiciário acerca do controle das políticas públicas são materiais e processuais.

O primeiro parâmetro material colocado pelo autor é que a atuação do judiciário na concretização dos direitos sociais deve se circunscrever à fundamentalidade material, isto é, apenas em face da garantia das 'condições

necessárias' para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida e de participar do processo de formação da vontade coletiva.

Pontua o autor que a hipossuficiência dos titulares dos direitos é condição para que seja exigível perante o judiciário, bem como se for possível a possibilidade de universalização da prestação concedida, entre os que não podem arcar com seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas.

O autor coloca mais quatro parâmetros materiais que devem ser observados pelo poder judiciário, entendendo que o sistema dos direitos sociais deve ser considerado em sua unidade, de modo a garantir condições de vida digna para os hipossuficientes.

Quanto à existência de soluções técnicas, o autor assevera que existindo divergência entre a solução técnica apresentada pela administração e a apresentada pelo demandante, a prioridade em princípio será da primeira, alertando ainda que em caso da existência de duas técnicas adequadas para o mesmo problema, o magistrado deve optar pela que demande menor gasto de recursos públicos.

Por fim, quanto aos parâmetros materiais, afirma que “Se a administração investe consistentemente em direitos sociais, executando efetivamente o orçamento, o judiciário deve ser menos incisivo no controle das políticas do setor. Se a administração não realiza esses investimentos, o controle jurisdicional deve ser mais intenso” (SOUZA NETO, 2008, p. 542-543).

Souza Neto estabelece quatro parâmetros processuais. O primeiro parâmetro se refere à preferência das demandas coletivas sobre as individuais, afirmando que “como regra geral, as demandas por prestações sociais devem ser veiculadas através de ações coletivas, facultando-se o livre acesso direto aos litigantes individuais apenas excepcionalmente”, podendo ser facultado o acesso aos litigantes individuais “(a) quando a não entrega da prestação possa causar dano irreversível ou (b) quando a prestação estiver prevista no texto legal ou em programa governamental, vedando-se, sobretudo, o comportamento contraditório”.

Além disso, com relação ao ônus da prova, o autor propõe que a prova de que não tem recursos para universalizar a medida requerida é da administração pública. Por fim, defende o autor a ampliação do diálogo institucional, pontuando que “as decisões que determinam a entrega de prestações públicas devem ser constituídas 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 decidirá”.

Sarmiento (2008), tomando por base os parâmetros colocados por Souza Neto formulou critérios gerais para as demandas cujo objeto disponha sobre direitos sociais.

O autor coloca a reserva do possível fática como critério importante para a parametrização da possibilidade da intervenção judicial, não servindo como óbice ao reconhecimento dos direitos sociais. O autor conceitua a reserva do possível fática como “a razoabilidade de universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes”. (SARMENTO, 2008, p. 572).

Para Sarmiento, a reserva do possível jurídica caracterizada pela falta de previsibilidade orçamentária também é um elemento condicionador para a ponderação dos interesses envolvendo os direitos sociais.

O mínimo existencial é critério importante para a concessão dos direitos sociais, argumentando que o seu fundamento normativo pode ser extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, que alberga a noção de liberdade material, democracia e atendimento das necessidades básicas dos indivíduos. Ressalva que o poder judiciário não está sempre limitado ao mínimo existencial, a depender da ponderação de interesses no caso concreto.

Para Sarmiento quanto mais a questão discutida envolver aspectos técnicos de políticas públicas mais cautelosa deve ser a atuação judicial em face das decisões dos demais poderes.

As propostas postas pelos dois autores são diferentes em seu conteúdo, mas é possível encontrar como ponto de convergência com relação a fixação do mínimo existencial como parâmetro para delimitar a obrigatoriedade do Estado em garanti-lo.

Barcelos (2013) também já traçou parâmetros mínimos para a atuação dos magistrados nesta seara. A autora diz que são cinco objetos distintos que podem sofrer controle jurídico e jurisdicional, sendo agrupados em dois grupos. No primeiro grupo se refere ao objeto específico a ser controlado (o que será exigido, de quem e sob que fundamento), sendo possível o controle abstrato na fixação de metas e prioridades por parte do poder público em matéria de direitos fundamentais e o controle concreto do resultado final esperado das políticas públicas em determinado setor.

Barcelos (2013) agrupa num segundo grupo o que denomina de modalidade de controle (referente ao ambiente processual e os efeitos de determinada decisão judicial), sendo possível controlar três objetos: a quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas vinculadas a realização dos direitos fundamentais; o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio poder público e a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos destinados a determinadas finalidades.

4.6 A posição do Supremo Tribunal Federal acerca do tema

Neste ponto serão discutidos os elementos mais relevantes acerca da atuação do poder judiciário no controle de políticas públicas. O primeiro ponto a ser discutido é acerca da existência de legitimidade do judiciário em intervir nas situações jurídicas levadas a sua apreciação. O segundo ponto a ser abordado é a existência de limites fáticos e jurídicos para essa atuação. Ao contrário da pesquisa de jurisprudência já realizada no item 3.3. do presente trabalho, aqui se buscou a maioria das decisões proferidas pelo STF, seja pelas 1ª e 2ª turma que compõem o STF, bem como pelas decisões proferidas pelo Tribunal Pleno e as decisões monocráticas mais relevantes.

As questões mais recorrentes postas à apreciação do STF são ações relativas ao direito à saúde, notadamente para fornecimento de medicamentos ou realização de cirurgias, direito à educação, direito ao meio ambiente e direito a benefícios previdenciários.

Atualmente o Supremo Tribunal Federal se posiciona a favor da intervenção do judiciário nas questões envolvendo direitos sociais, ficando clara a opção da corte pela legitimidade do judiciário em intervir em situações jurídicas para garantir a efetividade dos direitos sociais que no direito brasileiro se revestem de fundamentalidade.

A decisão nos autos de Ação de Descumprimento Fundamental (ADPF 45), de relatoria do Ministro Celso de Melo, julgado em 29/04/2004 serve como precedente da Corte para julgamentos de casos análogos, tendo assentado a legitimidade do poder judiciário nos temas que se referem ao controle de políticas públicas.

O Ministro Celso de Melo, relator do caso, entendeu que “Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional⁷¹”.

Para o Supremo Tribunal Federal o exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não ofende o princípio da separação dos Poderes⁷². Ao Poder Judiciário cabe analisar a legalidade do ato administrativo quando o ente político descumpra os encargos a ele cometidos que compromete com a sua omissão a eficácia e a integridade de direitos sociais assegurados pela Constituição Federal⁷³.

Quando se trata de direitos fundamentais a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, excepcionalmente ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional⁷⁴

A jurisprudência pátria tem evoluído e admitido, ainda que excepcionalmente, a intervenção do poder judiciário no tema de políticas públicas.

A Ministra Ellen Graice, atuando como relatora nos autos do Agravo de Instrumento n. 734487 com Agravo, demonstra bem a posição da Corte ao afirmar que “verifica-se que a jurisprudência tem evoluído e admito em casos excepcionais, a atuação do poder judiciário em tema de políticas públicas. Ressalte-se que o

⁷¹ Ação de Descumprimento de Direito Fundamental n. 45, de relatoria do Ministro Celso de Melo, Agravo Regimental nos autos de Recurso Extraordinário n. 410.715-5 AgR, Relator Celso de Mello, e agravo regimental em sede de recurso extraordinário 594.018-7 de relatoria do ex-Ministro Eros Grau.

⁷² AI 739151 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, acórdão eletrônico DJe-112 divulgado em 10-06-2014 e publicado em 11-06-2014.

⁷³ RE 574.353/PR, Rel. Ministro Ayres Britto, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 10/11/2011, publicado em DJe-234 divulgado em 09/12/2011, publicado em 12/12/2011, DJe 12.12.2011.

⁷⁴ ARE 745745 AgR, Relator(a): Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, processo eletrônico DJe-250 publicado em 19-12-2014; ARE 639.337-AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 15.9.2011.

princípio da separação de poderes não pode obstar um direito social reconhecido pela nossa Constituição Federal”⁷⁵.

Para o Ministro Celso de Mello “nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos”⁷⁶

Assim, a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal se posiciona sustentando que o óbice imposto pelo princípio da separação dos poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário, quando diante de inadimplemento do Estado em políticas públicas constitucionalmente previstas. Incabível, portanto, falar em interferência indevida do Judiciário em matéria orçamentário-financeira, quando a obrigação decorre de mandamento constitucional.

O descumprimento de políticas públicas definidas em sede constitucional se revela hipótese legitimadora de intervenção jurisdicional, uma vez que quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional⁷⁷.

Na decisão da ADPF 45 restou assentado ainda que os poderes do Estado ao agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar a efetivação de direito social, afetando o núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, estará justificada a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em ordem a viabilizar a todos o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

A decisão na STA 175, reenfatizou o papel do Poder Judiciário na concretização de direitos relacionados à saúde pública, o que pode ser visto no extrato do voto do relator do processo, Ministro Gilmar Mendes: “Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência

⁷⁵ AI 734487 AgR, Relator(a): Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 03/08/2010, DJe-154 publicado em 20-08-2010 EMENT VOL-02411-06 PP-01220 RT v. 99, n. 902, 2010, p. 158-162

⁷⁶ AI 598212 ED, Relator(a): Ministro Celso de Mello, segunda turma, julgado em 25/03/2014, acórdão eletrônico DJe-077, publicado em 24-04-2014

⁷⁷ ARE 639337 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 15.9.2011

Pública-Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes”⁷⁸.

Importante destacar que na decisão da STA 175 foi realizada audiência pública para oitiva dos interessados com seus argumentos fáticos e jurídicos, sendo fixados parâmetros mínimos para nortear a atuação do judiciário nas demandas envolvendo o direito fundamental à saúde notadamente quando se tratar de ação individual.

Nos autos de Suspensão de Liminar - SL 47, a Corte, ponderando a questão do mínimo existencial e da reserva do possível, decidiu que em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas⁷⁹, que é o que acontece na maioria das demandas, conforme coloca o Ministro Gilmar Mendes.

São recorrentes as decisões da corte que salientam o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do art. 196 da Constituição, que tem eficácia normativa plena e que a determinação judicial de cumprimento dos direitos previstos na Constituição e nas leis, para plena eficácia dos direitos à vida e à saúde, não contraria o princípio da separação dos Poderes. Nestes casos, em que pese o mínimo existencial e a reserva do possível, a intervenção judicial seria possível e necessária. Não está o Poder Judiciário inovando a ordem jurídica, mas determinando que o Poder Executivo adote providência garantidora de direito estabelecido na Constituição⁸⁰.

⁷⁸ STA 175 AgR, Relator(a): Ministro Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076, publicado em 30-04-2010 Ementário VOL-02399-01 PP-00070.

⁷⁹ SL 47 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 publicado em 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001); RE 642536 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 27.2.2013.

⁸⁰ ARE 682647 AgR, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 17/09/2013, acórdão eletrônico DJe-210, publicado em 23-10-2013; ARE 740800 AgR, Relator(a): Ministra. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 03/12/2013, processo eletrônico DJe-244, publicado em 12-12-2013; RE 443.158, Relator o Ministro Carlos Velloso, decisão monocrática, DJ 8.4.2005; RE 642536 AgR, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJE 27.2.2013.

Ultrapassada a discussão acerca da legitimidade do poder judiciário no controle das políticas públicas, cabe tratar sobre os parâmetros apontados pelo Supremo Tribunal Federal para apreciação da matéria.

Para o STF o óbice imposto pelo princípio da separação dos poderes não inviabiliza a atuação do Poder Judiciário, quando diante de inadimplemento do Estado em políticas públicas constitucionalmente previstas, sendo impossível falar em interferência indevida do Judiciário em matéria orçamentário-financeira, quando a obrigação decorre de mandamento constitucional. Igualmente, mostra-se inviável a oposição da cláusula da reserva do possível nessas hipóteses, tendo em conta o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados⁸¹.

Embora o Supremo admita a existência de limitações materiais para a realização dos direitos sociais em sua plenitude, diante da escassez de recursos, tal fato não pode servir como obstáculo intransponível para a realização dos direitos sociais, notadamente no que se refere ao mínimo existencial.

Na decisão paradigma ADPF 45, como já salientado no capítulo anterior, a Corte reconhece a existência de limitação de recursos, devendo intérprete levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Contudo, a realização dos direitos sociais (tratados com direitos de segunda geração) é responsabilidade do Estado, devendo ser alvo prioritário dos gastos públicos.

Diante da pesquisa realizada no sítio eletrônico do STF, constatou-se a dificuldade de fixação de parâmetros pré-estabelecidos para as decisões, em virtude da vasta gama de direitos fundamentais sociais elencados pelo constituinte, bem como pela existência de graus de normatividade entre os diversos direitos que compõem a cartela desses direitos, ficando claro que apenas será possível indicar se o direito pleiteado é sindicável ou não, bem como o limite material ou processual – como coloca a doutrina especializada, no caso em concreto.

Nas decisões da corte constitucional brasileira são recorrentes alguns elementos de fundamentação da decisão judicial que podem ser indicados como parâmetros para a atuação jurisdicional no controle das políticas públicas, quais sejam: o mínimo existencial, no sentido de condições mínimas para uma vida digna;

⁸¹ ARE 639337 AgR, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJE 15.9.2011; AI 734.487 AgR, Relatoria Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJE 20.8.2010; ARE 860979 AgR, Relator(a): Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 14/04/2015, Acórdão Eletrônico DJe-083, publicado em 06-05-2015.

a reserva do possível fática e jurídica, como já explanado no capítulo anterior, que deverá ser comprovada no caso concreto, não podendo ser invocada para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público.

Outro ponto que pode ser entendido como parâmetro e que merece destaque nas decisões da corte constitucional é o argumento da proibição do retrocesso, impedindo que sejam desconstituídas conquistas sociais já alcançadas pelo cidadão ou pela comunidade social em que está inserido⁸².

⁸² STA 175 AgR, Relator(a): Ministro Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076, publicado em 30-04-2010 Ementário VOL-02399-01 PP-00070

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos para que sejam exercidos de forma plena devem contar com um arcabouço jurídico que lhes dê sustentação, a fim garantir a sua efetividade com o propósito de promover a igualdade real entre os indivíduos no País.

A hermenêutica constitucional deve ser comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais individuais e sociais, sendo a construção do Direito, obra de todos os entes políticos, que são corresponsáveis na criação e efetivação dos direitos fundamentais, devendo-se pensar no ordenamento jurídico como um conjunto de princípios e normas coerentes para o alcance do fim último do Estado, que é a justiça distributiva.

Fica claro que a ideia de democracia atrelada ao princípio majoritário deve ser afastada, diante da necessidade do Estado em proteger os direitos humanos de todos os indivíduos, devendo tratá-los com igual consideração, notadamente em ações de proteção de minorias e de grupos de vulneráveis, sob pena de excluí-los do processo democrático.

Neste contexto, o judiciário assume papel importante na proteção da democracia, vez que é ele o fórum adequado para garantia dos direitos fundamentais sociais para o alcance de uma sociedade plural e igualitária (considerada a igualdade real), para que seja exercitado de forma plena os direitos à cidadania.

O Poder Judiciário quando realiza o controle das políticas públicas não cria direitos, mas apenas garante a aplicabilidade dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988, não havendo qualquer burla ao princípio da separação de poderes.

O controle judicial das políticas públicas não se destina a usurpar competências do Poder Executivo, representando apenas uma técnica de fiscalização constitucional destinada a proporcionar a concretização do *mínimo existencial*. O objetivo do controle é específico e se destina somente a suprir as omissões inconstitucionais que impossibilitem a tutela dos direitos fundamentais sociais e, por conseguinte, os fins do Estado Democrático de Direito.

Registre-se, como exemplo, as decisões judiciais acerca do fornecimento gratuito de medicamentos contra a AIDS, que somadas a articuladas e competentes

estratégias de litigância e articulação da sociedade civil organizada, fomentaram transformações legislativas e a adoção de políticas públicas consideradas exemplares e adotadas por outros países no mundo.

A jurisprudência vem avançando no entendimento de que é viável a intervenção jurisdicional para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais, porém, a intervenção ainda é pontual, inexistindo maiores estudos que avaliem a atuação concreta do judiciário brasileiro.

No âmbito do direito internacional, a posição adotada pelo judiciário brasileiro demonstra respeito aos Pactos Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Estado brasileiro, buscando dar efetividade aos direitos humanos alçados à categoria de direitos fundamentais pela Constituição de 1988.

Os argumentos contrários à judicialização dos direitos sociais no que tange à separação de poderes e à falta de legitimidade democrática desqualificam o debate do tema, delegando a decisão acerca da efetividade dos direitos sociais à decisão de grupos majoritários, em afronta a garantia de direitos fundamentais.

A defesa dos direitos fundamentais e a proteção das minorias são fundamentos imprescindíveis à plena legitimação do Estado Democrático de Direito. Assim, ao Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, cabe desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, uma vez que ninguém se sobrepõe à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios consagrados em nossa Carta Constitucional.

A opção do Supremo Tribunal Federal pela defesa e garantia dos direitos fundamentais sociais, como parcela dos chamados direitos humanos, encerra a parte da história brasileira aos abusos cometidos sob a égide do antigo regime ditatorial que desconsiderava a existência de direitos fundamentais dos indivíduos.

Embora a questão da judicialização das demandas sociais perpassa várias questões importantes – como a reserva do possível e restrições jurídico-financeiras - esses elementos isoladamente não podem servir de óbices à concretização dos direitos sociais em sua plenitude.

Desse modo, mostra-se adequada à realidade pátria a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que entende que a mera alegação da ausência de recursos orçamentários não pode servir como óbice à realização de determinado

direito social sob pena de tornar despida de qualquer efetividade a Constituição de 1988.

Nesta mesma linha de raciocínio, defende-se que a reserva do orçamento não pode ser utilizada como argumento para não satisfação dos direitos sociais, notadamente pelas exceções às leis orçamentárias apontadas neste trabalho, que demonstram a existência de recursos que são, na verdade, mal aplicados.

As decisões judiciais que versam sobre o controle de políticas públicas devem sempre partir da necessidade de garantia do mínimo existencial para a concretização dos direitos sociais. O mínimo existencial é o patamar mínimo a ser buscado e garantido pelo Estado.

Na verdade, o que se deve coibir são os excessos nas decisões judiciais concessivas de direitos sociais, como o deferimento de tratamento experimental de alto custo no exterior ou ainda a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicação sem comprovação de sua eficácia, o que pode ser realizado mediante a utilização de recursos judiciais previstos na lei processual civil brasileira.

Embora para alguns exista a possibilidade de por em risco a separação de poderes pelo crescimento da judicialização das demandas prestacionais, um judiciário passivo face a questões que envolvam a satisfação de direitos fundamentais sociais é um risco muito maior a ser assumido, diante da real possibilidade de aniquilamento dos direitos sociais conquistados, ainda que apenas formalmente, pela sociedade brasileira.

A delimitação da atuação jurisdicional não pode ser pautada pelas exceções, mas pela regra, que é a total ineficiência do Estado em prestar serviços públicos de qualidade.

Além desses aspectos, é notória a existência de desvios de recursos e de finalidade, corrupção, desperdício, ineficiência e descaso com a coisa pública também são responsáveis pelas mazelas na prestação de serviços públicos no País.

Assim, o debate sobre o controle de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais, notadamente nos direitos sociais, envolve questões jurídicas e questões morais, na medida em que perpassam os princípios da dignidade da pessoa humana que serve de fundamento para esses direitos.

Embora haja uma tentativa da doutrina e da jurisprudência pátria em balizar os parâmetros para a atuação do judiciário na realização dos direitos sociais com a fixação de parâmetros materiais e jurídicos para a sua atuação, e,

consequentemente do controle da realização de políticas públicas pelo Estado, o que se percebe é que ainda faltam critérios materiais firmes que possam orientar a atuação judicial.

As mais recentes decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, embora deixem a desejar na sua fundamentação, a exemplo em relação ao tema do mínimo existencial, de outra banda demonstram a crescente preocupação da corte constitucional em definir parâmetros mínimos para o deferimento em ações referentes à concessão de direitos sociais.

Concluimos ainda que se mostra impossível a fixação de limites estanques para a atuação do poder judiciário no controle das políticas públicas que realizam os direitos sociais, ante as inúmeras variáveis do caso concreto que demandam a análise do julgador.

Não há como há como delimitar doutrinariamente ou por uma regra jurídica quais limites jurídicos para a apreciação dos direitos fundamentais sociais em abstrato, sem levar em consideração o direito individual vindicado.

A judicialização dos direitos sociais, notadamente com o controle das chamadas políticas públicas, vem ganhando maior visibilidade no ordenamento jurídico pátrio. Isto impõe ao julgador um maior esforço argumentativo que justifique a intervenção do judiciário numa seara que até pouco tempo se entendia ser reservada aos demais poderes da República. Deve ser nítido que quando o judiciário intervém em questões que tenham ingerência sobre as políticas públicas desenvolvidas pelo poder Executivo, tem por finalidade dar força normativa à Constituição, sob pena de violação aos direitos fundamentais e à própria legitimidade das instituições da República.

Saliente-se que não se defende a prática do chamado ativismo judicial que fomenta o protagonismo judiciário exacerbado para além dos limites impostos pela Constituição, sem que seja possível aferir racionalidade argumentativa na decisão judicial.

Contudo, entendo que se faz necessário que a decisão judicial relativa à concessão ou não de direito social (entendido como direito subjetivo) – como qualquer outra decisão – deve buscar uma racionalidade jurídica adequada com a correta fundamentação nos princípios, nos precedentes judiciais, nos costumes, na ponderação, para que se evite o chamado ativismo judicial que é prejudicial à democracia e ao próprio poder judiciário como representante dos valores escolhidos

pela sociedade brasileira – e plasmados na Constituição de 1988 – bem como como guardião do Estado Democrático de Direito.

Assim, a teoria apresentada por Dworkin, através de sua teoria da integridade, é que permitirá o alcance da decisão judicial mais adequada ao caso concreto, que deve ser analisado caso a caso, tanto nas ações coletivas e individuais, que exercem papel fundamental no fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

O direito como integridade defendida por Dworkin embora não seja uma teoria perfeita, uma vez que se corre o risco de supremacia judicial e ainda pela divergência de sua concepção de comunidade com a concepção da comunidade internacional, traz uma possibilidade teórica que se mostra possível como meio de interpretação, sendo norteadas pelos princípios da justiça, equidade, devido processo legal e outros princípios que fundamentam a ordem jurídica de determinado País.

A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal amolda-se à teoria da integridade de Dworkin, construindo-se uma hermenêutica construtiva, de modo que as decisões judiciais buscam dar coerência aos princípios que fundamentam nosso ordenamento jurídico, integrando os preceitos constitucionais, as leis infraconstitucionais, as decisões judiciais anteriores e mesmo ao direito comparado. Assim, o tribunal é uma arena de defesa de direitos com base em argumentos de princípios.

Repise-se que a concepção positivista não se coaduna com a realidade vivida pelas complexas comunidades contemporâneas, não podendo o Direito se contentar apenas como mero observador da realidade, desprovido de valores políticos e morais.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal – que é a Corte Constitucional – teve ampliada a sua legitimidade para solucionar questões envolvendo os direitos fundamentais decorrentes também de uma crise de funcionalidade e de representatividade. Nesse vácuo de poder, pela dificuldade de legislar do Poder legislativo, a sociedade bate às portas do judiciário que não pode se furtar a decidir questões de direito material importantes para a vida da sociedade, seja para decidir a questão da interrupção da gestação de fetos anencefálicos, no reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares ou ainda para determinar a adoção de políticas públicas de saúde e educação.

A missão do judiciário é muito mais ampla do que resolver litígios individuais e fiscalizar a constitucionalidade dos atos administrativos e legislativos, cabendo-lhe determinar aos demais poderes a execução de políticas públicas quando forem omissos nessa iniciativa, a fim de garantir a efetividade aos direitos fundamentais sociais.

O judiciário, sem dúvida, exerce um papel político importante na democracia brasileira, não apenas como elemento para a sustentação do sistema e do *status quo*, mas um papel transformador na realidade social. O exercício do poder político contribui ainda para o equilíbrio de forças sociais em choque, sendo o catalizador das demandas sociais mais pungentes.

Dessa forma, o controle judicial das políticas públicas não interfere no juízo de conveniência e oportunidade do Administrador Público, uma vez que não se pode falar em discricionariedade no descumprimento da Constituição.

As políticas públicas são um dever do poder público, não se podendo barganhar acerca dos direitos fundamentais, sendo as normas definidoras de direitos fundamentais sociais imediatamente aplicáveis e exigíveis pelos cidadãos, independentemente de regulamentação, assim como os demais direitos fundamentais, nos termos da Constituição Federal.

Não há dúvidas quanto à possibilidade de controle do poder judiciário, podendo, inclusive, o fazer para além do controle repressivo, ainda em sede de controle preventivo, a exemplo da esdrúxula hipótese de projeto de lei tendente a afrontar ou destituir direitos fundamentais.

O que é vedado é escolher o tema da política pública, cabendo a sua escolha aos poderes executivo e legislativo, poderes em que as lógicas e razões podem gerar essas escolhas, o que ultrapassa a legitimação do poder judiciário.

Os magistrados precisam ter consciência da importância do seu papel na construção de uma sociedade mais igualitária, devendo buscar nas suas decisões judiciais a plena realização dos direitos fundamentais sociais.

A sociedade almeja um país mais justo e igualitário, bem como uma maior representatividade dos membros que compõem os poderes da nação, a fim de garantir a realização dos direitos fundamentais dos indivíduos. Dessa forma, o judiciário representa um papel indispensável nesse processo, devendo ser mais

combativo e consciente do seu papel transformador do direito e, conseqüentemente, da realidade social.

Por fim, deve-se ressaltar que cabe ao próprio povo - individualmente e pela sociedade civil organizada - e as demais instituições democráticas – incluído o legislativo, o executivo, o Ministério Público - a luta pela igualdade material e a minimização das desigualdades sociais.

No dizer de Amartya Sen:

O êxito da democracia não consiste meramente em ter a estrutura institucional mais perfeita que podemos conceber. Ele depende inelutavelmente de nossos padrões de comportamento real e do funcionamento das interações políticas e sociais. Não há nenhuma possibilidade de confiar a matéria às mãos 'seguras' do virtuosismo puramente institucional. O funcionamento das instituições democráticas, como o de todas as outras instituições, depende das atividades dos agentes humanos que utilizam as oportunidades para as realizações razoáveis" (SEN, 2011, p. 388-389).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. São Paulo: Forense, 2015.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón practica*. Revista DOXA, n. 5, p. 139-151 1988. Disponível em: < <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>>. Acesso em: 1 de mar. 2015.

BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar: 2005.

_____. *O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy*. In: Torres, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. *A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. IN: Barroso, Luis Roberto (Org). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2015.

_____. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2015.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de Brito Filho. *Ações Afirmativas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

_____. *Direitos humanos: algumas questões recorrentes: em busca de uma classificação jurídica*. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcisio Humerto Parreiras; GAZETA, Ubiratan. *Direitos Humanos: Desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do estatuto dos refugiados*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Trabalho decente*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013.

_____. *Direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2015.

_____. *Direitos Fundamentais sociais: realização e atuação do poder judiciário*. *Revista do TRT 8ª região*, Belém, v. 41, n. 81, jul./dez. 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 17. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 21. edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAMARGO, Marcelo Novelino. *O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa Humana*. In: _____. *Leituras complementares de direito constitucional*. 2. ed, Salvador: Juspodivm, 2007.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

_____. *Juízes irresponsáveis?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CAMPILONGO, Celso Furtado. *Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico*. In: Faria, José Eduardo (Org.) *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. . Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. 2. tirag. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Professor Gilmar. Mendes, v. 4).

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: M. Fontes, 2006.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2005.

_____. *A virtude e soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2012.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2011.

DUARTE, Leonardo Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à saúde. In: SARMENTO, Daniel e Souza Neto, Claudio Pereira de. (Coord.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GALDINO, Flávio. *O custo dos direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GONTIJO Vander. *Orçamento impositivo, contingenciamento e transparência*. *Cadernos Aslegis*, n. 39, p. 61-72, jan./abr. 2010.

GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

HARADA, Kiyoshi. *Desvios orçamentários*. Disponível em: <[http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=Decadência e Prescrição no CDC](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=Decadência_e_Prescrição_no_CDC)> . Acesso em :16 abr. 2015.

HESSE, Conrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

HERNANDEZ, Matheus de Carvalho. *Para além da mera adjetivação. O que significar dizer que direitos humanos é um tema Kantiano em relações internacionais*. *Revista de Ciência Política*, UFRGS. v. 7, n. 3, set./dez.2013.

Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article.>>. Acesso: 27 abr. 2015.

HIROHITO, Diego Athayde Arakawa. *Democracia, poder majoritário e contramajoritário: o debate teórico sobre a revisão judicial*. 2014. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Pará, Belém, 2014.

HONORIO, Claudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*. 2009. 306f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, Paraná. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.fpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/17942/claudia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

KANT, Emanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes. In: _____. *os pensadores*. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LOPES, Maurício Caldas. *Judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: L. Juris, 2010.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico (escritos de filosofía jurídica e política)*. Madrid: Dykinson, 1999.

MAZZOULI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*. 5. ed rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Coelho, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. *O Remédio via Justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais* / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. Brasília, DF, 2005.

MIRANDA, Adriana Andrade Aids e cidadania: avanços e desafios na efetivação do direito à saúde de soropositivos. In: *BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. Direitos Humanos e HIV/Aids: avanços e perspectivas para o enfrentamento da epidemia no Brasil* / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. Brasília, DF: 2008. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 6 out. 2014.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

ONU. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, sociais e culturais*. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf>. Acesso: 20 ago. 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 1. ed. 2. tirag. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional Internacional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Judicialidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Érica Paula; Correia, Marcus Orione Gonçalves. *Direitos fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. A Proteção dos Direitos Sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel e Souza Neto, Claudio Pereira de. (Coord.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *O controle da constitucionalidade e a lei n 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

_____. *A dignidade da pessoa humana e a ponderação dos interesses*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SEN, Amartya. *A ideia da justiça*. Traduzido por Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional Positivo*. 15. e 16. edição rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito internacional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. *A justiciabilidade dos direitos sociais. Críticas e Parâmetros*. In: SARMENTO, Daniel e Souza Neto, Claudio Pereira de. (Coord.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

TORRES, Lobo Ricardo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos. Teoria dos direitos fundamentais*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

UGATTI, Uendel Domingues. *Direitos humanos em uma leitura histórico crítica*. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; GAZETA, Ubiratan. *Direitos humanos: Desafios humanitários Contemporâneos: 10 anos do estatuto dos refugiados*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

VENTURA, Mirian. *As estratégias de promoção e garantia dos direitos das pessoas que vivem com HIV/AIDS/ Divulgação em Saúde para Debate*. Rio de Janeiro, n. 27, ago. 2003, p 107. Proposta de um plano de trabalho para as Assessorias Jurídicas das ONGs/Aids, Relatório Consultoria Projeto 914BRA59 – CNDST/AIDS, outubro 2000 – revisado em março 2003.

VERBIC, Francisco. *Human Rights adjudication in contemporary democracies: Courts' specific moral insight as a decisive advantage over legislatures*. Revista Jurídica da Presidência, *Presidência da República*, Brasília, DF: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência v. 1, n. 1, maio, 1999.

TUTUNGI JÚNIOR, Nicola. *Legitimação pragmática, direitos fundamentais e Jurisdição Constitucional: uma análise diante da chamada discricionariedade judicial*. *Revista Jurídica do Tribunal de justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Edição Especial. Jun. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/estatico/docs/revista-juridica/03/artigos/artigo4.doc>>. Acesso: 20 ago. 2014.

WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.