

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

RAFAEL SALESBRÃO

**ATIVISMO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL**

**CURITIBA
2015**

RAFAEL SALESBRÃO

**ATIVISMO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Jorge de Oliveira Vargas

CURITIBA

2015

TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAEL SALESBRÃO

ATIVISMO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____
Prof. Dr. Jorge de Oliveira Vargas
Escola da Magistratura do Paraná – Núcleo de Curitiba

Avaliador: _____

Curitiba, _____ de _____ de 2015.

*Dedico este trabalho a Deus, sempre, e
aos meus pais, Ivaldo e Ninon.*

AGRADECIMENTOS

Nesse momento, não posso deixar de agradecer àqueles que seguramente contribuíram com mais esta importante etapa de meu desenvolvimento acadêmico e profissional.

Aos meus pais, Ivaldo e Ninon, exemplos de amor, dedicação e honestidade, por me ensinarem valores que não se aprendem nos livros. Devo tudo a vocês!

Aos meus familiares, em especial, meus irmãos Luciano e Mateus, minha cunhada Priscila e meus sobrinhos Leonardo e Larissa, pela presença constante e sincera amizade.

Aos amigos que fiz na Escola da Magistratura, pela agradável companhia nas manhãs de aula.

Ao corpo docente e aos colaboradores do XXXIII Curso de Preparação à Magistratura, pela dedicação e apoio significantes no decorrer deste ano de formação acadêmica.

Por fim, meu agradecimento especial ao Professor e Desembargador Jorge de Oliveira Vargas, pelas valiosas e indispensáveis orientações.

*“Que os vossos esforços desafiem as
impossibilidades, lembrai-vos de que as
grandes coisas dos homens foram
conquistadas do que parecia impossível.”*

Charles CHAPLIN

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS, SUAS DIMENSÕES E SUA EFICÁCIA	11
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO: OS DIREITOS DA LIBERDADE	15
1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO: OS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS	18
1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO: OS DIREITOS DA SOLIDARIEDADE OU FRATERNIDADE	21
1.4 APLICABILIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	23
2 O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	27
2.1 O CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	28
2.2 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	31
3 A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL	37
3.1 O MÍNIMO EXISTENCIAL	37
3.2 A RESERVA DO POSSÍVEL	41
3.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS.....	51

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo o estudo da matéria relativa ao controle judicial de políticas públicas. De início, é feita uma análise dos direitos e garantias fundamentais, suas respectivas dimensões (ou gerações) e a eficácia conferida a eles pela Constituição da República promulgada em 1988. Em seguida, partindo do pressuposto de que as políticas públicas são instrumentos de materialização dos direitos fundamentais, em particular, dos direitos sociais, é feito um rápido, porém consistente estudo sobre a possibilidade de se controlar determinadas atividades e escolhas da Administração Pública, verificando-se, em especial, a legitimidade do controle exercido pelo Poder Judiciário. Finalmente, constatada a legitimidade do controle judicial de políticas públicas, são explorados alguns aspectos da garantia do mínimo existencial e da cláusula da reserva do possível, assim como de que modo os tribunais superiores, notadamente o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), as têm aplicado no caso concreto.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Ativismo Judicial, Controle Judicial de Políticas Públicas, Mínimo Existencial, Reserva do Possível.

INTRODUÇÃO

Com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, o Poder Público passou a intervir ativamente no domínio das relações socioeconômicas, atraindo para a sua esfera de competência inúmeros encargos e deveres, sempre com a finalidade de fornecer as incontáveis prestações exigidas pela sociedade¹.

Não obstante, é de notório conhecimento que no Brasil, por diversas razões, que aqui não cabem ser debatidas, constantemente o ente estatal deixa de suprir as demandas sociais a que se obrigou, afrontando diretamente os direitos e garantias fundamentais do cidadão, bem como deixando-o em situação de vulnerabilidade e em completo desamparo.

Neste contexto, exsurge o questionamento acerca da possibilidade de o Poder Judiciário, quando provocado pelas vias ordinárias, exercer controle sobre determinadas escolhas da Administração, em especial, de suas políticas públicas, fenômeno que a doutrina contemporânea tem denominado de “ativismo judicial”.

De acordo com Luís Roberto BARROSO, o termo ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência na esfera de atuação destinada aos outros poderes do Estado². Ainda de acordo com o autor, essa postura pró-ativa se manifesta através de diferentes condutas, que incluem: *i*) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; *ii*) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador infraconstitucional que se revelem ostensivos à Constituição; e *iii*) a imposição de

¹ Sobre o assunto, Gilmar Ferreira MENDES e Paulo Gustavo Gonet BRANCO apontam que “O ideal absentista do Estado Liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. Como consequência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2013, p. 137.

² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas** - Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. 4. ed. jan./fev. 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2015, p. 6.

condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas³.

Tratando-se de políticas públicas, é de conhecimento que a sua realização compete primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo, porquanto são estes poderes majoritários, isto é, eleitos democraticamente pelo povo.

À vista disso, busca-se com o presente trabalho, primeiro, verificar os fundamentos e a legitimidade do controle judicial de políticas públicas, para, em seguida, analisar alguns aspectos da garantia do mínimo existencial e da cláusula da reserva do possível, bem como de que modo os tribunais superiores, em especial, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), as têm aplicado nas ações em que se demanda a implementação de políticas públicas.

Desde já, ressalta-se que o presente estudo não tem a pretensão de esgotar os temas a serem contemplados, mas apenas estimular a discussão de assunto que mesmo com o passar dos anos continua atual, além de possuir um importantíssimo aspecto prático.

³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas** - Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. 4. ed. jan./fev. 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2015, p. 6.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS, SUAS DIMENSÕES E SUA EFICÁCIA

Antes de adentrar no estudo relacionado ao controle judicial de políticas públicas, com a consecutiva análise da garantia do mínimo existencial e da cláusula da reserva do possível, é oportuno tecer algumas considerações sobre os direitos fundamentais, suas respectivas dimensões e a eficácia a eles conferida pela Constituição da República de 1988. Esse estudo é essencial, posto que, como se verá adiante, as políticas públicas são instrumentos de materialização dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais.

Os direitos fundamentais⁴, conforme anota o filósofo italiano Norberto BOBBIO, compõem a base de todas as Constituições democráticas modernas^{5,6}, e, via de regra, são direitos que têm por finalidade o respeito à dignidade humana, através da proteção contra eventuais arbitrariedades do Poder Público e o estabelecimento de condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade humana⁷.

Embora estejam presentes em grande parte dos textos constitucionais contemporâneos, nem sempre os direitos fundamentais foram titulares da normatividade e da eficácia que possuem nos dias de hoje. Com efeito, desde o seu reconhecimento nas primeiras civilizações e, principalmente, nas primeiras cartas políticas, os direitos considerados fundamentais passaram por diversas transformações em seu conteúdo e em sua natureza.

Muitos autores sustentam que o primeiro documento legal que conferiu um amplo rol de direitos à generalidade dos homens foi o Código de Hammurabi,

⁴ Consoante Joaquim José Gomes CANOTILHO, “As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jurídico-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-universalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem concreta”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 387.

⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 1.

⁶ Klaus STERN, semelhantemente a Norberto BOBBIO, afirma que uma verdadeira e completa Constituição não existe até que se estabeleçam direitos fundamentais como parte estruturante do Estado. STERN, Klaus. *Global Constitution Movements and New Constitutions*. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, nº 2, jul./dez., 2003, p. 343.

⁷ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6. ed. atualizada até a EC nº 52/06. São Paulo: Atlas, 2006, p. 162.

editado em 1690 a.C. Naquele primitivo diploma já estavam disciplinados direitos relacionados à vida, à honra e à propriedade, assim como o princípio da legalidade, graças à previsão expressa da supremacia da lei sobre a vontade dos governantes.

A Grécia antiga, berço das escolas de filosofia clássica, também foi um cenário propício para o surgimento de conceitos e valores relacionados aos direitos humanos. De acordo com Paulo Roberto de Figueiredo DANTAS, “foi àquela época e naquele local, por exemplo, que o mundo conheceu a ideia (ainda incipiente) de democracia, de governo da polis pelos (e para) os cidadãos”⁸.

Dando um salto na linha do tempo, da Antiguidade para a Idade Média, a famosa *Magna Charta Libertatum*, firmada em 15 de junho de 1215 pelo Rei João Sem-Terra com os bispos e barões ingleses, embora tenha servido inicialmente para garantir aos nobres e ao clérigo determinados privilégios feudais, também expressou direitos e liberdades civis clássicos, como o *Habeas Corpus*, o devido processo legal⁹ e a propriedade privada¹⁰.

Séculos mais tarde, mas ainda na Inglaterra, podemos citar a *Petition of Rights*, de 07 de junho de 1628, e a *Bill of Rights*, de 13 de fevereiro de 1689.

A *Petition of Rights*, celebrada entre o Rei Charles I e seus súditos, garantiu a estes últimos o respeito aos chamados *direitos de tempos imemoriais*, bem como afastou qualquer possibilidade de exigência de taxas, impostos ou empréstimos pelo Estado/Monarca, sem que houvesse prévio consentimento do Parlamento inglês; e vedou a prisão de qualquer pessoa do povo, sem que fosse apresentada a respectiva justa causa.

Por sua vez, a *Bill of Rights*, assinada pelo Príncipe Guilherme de Orange, em decorrência da abdicação do Rei Jaime II, após a Revolução Gloriosa (1688-1689), concebeu a ideia de um governo representativo, além de garantir a liberdade nas eleições e a imunidade parlamentar. Dentre outras disposições, também regulamentou o lançamento de impostos, criou o direito de petição e extirpou do ordenamento a aplicação de penas cruéis ou vexatórias.

⁸ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 273.

⁹ O artigo 39 da Magna Carta de 1215 preceituava, em tradução livre, que “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, exceto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 41.

Todavia, os primeiros documentos que elevaram os direitos dos indivíduos ao *status* constitucional foram, sem dúvidas, a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia¹¹, de 12 de janeiro de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 27 de agosto de 1789.

A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia foi um dos primeiros textos jurídicos a conter direitos e garantias individuais produzidos por representantes eleitos que se reuniram em uma convenção. Logo em seu Artigo I era estabelecido “*Que todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade, tais são os direitos de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança*”. Além desta disposição, o Artigo V consagrava o princípio da separação dos poderes, asseverando ainda que os membros do Legislativo e do Executivo deveriam ter investiduras temporárias e abster-se de impor ao povo medidas opressoras¹².

De igual importância, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa (1789-1799), provocou a queda do antigo regime absolutista francês e instaurou profundas transformações na vida política, econômica e social não só na França, mas em todo o território europeu¹³. Esta declaração consolidou os ideais do individualismo burguês, os quais eram voltados, fundamentalmente, à garantia da liberdade e da propriedade, além de uma igualdade formal, baseada no positivismo jurídico.

¹¹ A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia serviu de inspiração para as declarações de direitos de outras colônias americanas, como as da Carolina do Norte, Pensilvânia e Maryland (em 1776), a de Massachussetts (1780) e a de New Hampshire (em 1784). Ademais, todas estas declarações posteriormente refletiram na Constituição Americana de 1787, após incorporação da Emenda de 1791.

¹² “Artigo V. Os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário do Estado devem estar separados e os membros dos dois primeiros poderes devem estar conscientes dos encargos impostos ao povo, deles participar e abster-se de impor-lhes medidas opressoras; e, em períodos determinados devem voltar à sua condição particular”.

¹³ A Declaração Francesa de 1789 é mais abstrata e universal se comparada à Declaração do Estado da Virgínia e às demais declarações americanas. Segundo José Afonso da SILVA, isso se deve ao fato de que os princípios enunciados na carta de direitos francesa “pretendem um valor geral que ultrapasse os indivíduos do país, para alcançar *valor universal*”. SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 157-158.

Ambas as declarações foram influenciadas pela doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII¹⁴, vindo a reconhecer a todos os homens direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis e invioláveis¹⁵. Além disso, tais diplomas foram significativos para a construção dos direitos fundamentais, pois, conforme já dito, foram eles os responsáveis pelo reconhecimento constitucional destes direitos.

Atualmente, a doutrina, dentre vários critérios, tem por hábito dividir os direitos fundamentais em gerações de direitos (vale aqui lembrar a preferência de alguns autores ao uso da expressão “dimensões” dos direitos fundamentais¹⁶).

Dessa maneira, os direitos fundamentais costumam ser classificados em direitos de primeira, de segunda e de terceira dimensão. Há quem defenda a existência de uma quarta e de uma quinta dimensão de prerrogativas¹⁷. O presente trabalho, contudo, tomará por base a tradicional classificação dos direitos fundamentais, isto é, em três categorias distintas.

É importante ressaltar, contudo, que as dimensões dos direitos fundamentais representam um processo de complementaridade, isto é, de acréscimo dos valores presentes em uma geração às gerações subsequentes, e não a substituição ou maior valoração de uma dimensão em detrimento de outra. Nesse sentido, Paulo BONAVIDES explica que “*os direitos fundamentais passaram na ordem institucional*

¹⁴ Aqui cabe o destaque a nomes como Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, todos eles expoentes da filosofia do jusnaturalismo.

¹⁵ Nesse sentido, Ingo Wolfgang SARLET afirma que “(...) Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44.

¹⁶ A respeito do debate terminológico relacionado às gerações ou dimensões de direitos fundamentais, vale transcrever excerto da obra do professor Ingo Wolfgang SARLET: “Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. (...) Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas ao termo ‘gerações’ por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos Direitos Fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensão’ dos direitos fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45.

¹⁷ Sobre os direitos fundamentais de quarta geração e de quinta dimensão, Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 585-587; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 50-52.

*a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo*¹⁸.

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO: OS DIREITOS DA LIBERDADE

Os direitos fundamentais de primeira dimensão têm suas raízes na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, e, principalmente, nas revoluções burguesas do final do século XVIII, pautadas nos anseios de liberdade do povo em relação ao Estado, até então absolutista e totalitário.

É por essa razão que os direitos de primeira geração são caracterizados por seu conteúdo de defesa e de proteção às garantias e liberdades individuais, em oposição aos abusos perpetrados pelo Estado ou pelos detentores do poder estatal.

Destarte, na primeira dimensão de direitos fundamentais encontramos direitos individuais, que traçam a esfera de proteção das pessoas contra o poder do Estado, e direitos de participação política, que sintetizam o direito de votar e de ser votado.

Conforme anota Paulo Roberto de Figueiredo DANTAS:

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos individuais e os direitos políticos. Os direitos individuais, também denominados de liberdades clássicas, ou, ainda, liberdades negativas, surgiram com a necessidade de proteger o homem do poder estatal. Fundamentados precipuamente no princípio da liberdade, impõem ao Estado um conjunto de prestações negativas, o dever de se abster de desrespeitar direitos fundamentais da pessoa encarada como indivíduo, tais como o direito à vida, à liberdade, à propriedade e a outros do gênero.

*Como vimos supra, além das liberdades negativas, os direitos fundamentais de primeira geração também abrangem os direitos políticos. Estes últimos, também denominados de liberdades-participação, têm por missão justamente permitir que o indivíduo participe, efetivamente, do processo político do Estado a que esteja vinculado, não só por meio do exercício do voto e dos demais mecanismos de participação popular, como também se candidatando a ser um representante do povo na condução daquele mesmo Estado.*¹⁹

¹⁸ BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 577.

¹⁹ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 277.

Sobre o tema, também é interessante destacar a lição do professor Paulo BONAVIDES:

Os direitos da primeira geração ou os direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é o seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.²⁰

Como se pode perceber, os direitos fundamentais de primeira dimensão são apresentados como direitos de cunho negativo, vez que dirigidos a uma abstenção do ente estatal, e não a uma conduta positiva por parte do Poder Público²¹.

De acordo com Ingo Wolfgang SARLET, assumem particular destaque no rol desta dimensão de prerrogativas os direitos à vida e à liberdade (aí inseridas as liberdades de expressão, de imprensa, de manifestação e de associação, além da liberdade religiosa), assim como os direitos à propriedade e à igualdade perante a lei²².

Os direitos de primeira dimensão, por atrelarem-se umbilicalmente às liberdades individuais, podem parecer aos nossos olhos direitos que sempre se fizeram presentes nos Estados e nas codificações políticas. Contudo, impende destacar que os direitos da liberdade são fruto de intensas discussões e lutas históricas, marcados por avanços e retrocessos, até alcançarem a plenitude no Estado moderno.

Nesse sentido, BONAVIDES afirma que:

Se hoje esses direitos parecem já pacíficos na codificação política, em verdade se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com frequência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder.²³

²⁰ BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 578.

²¹ Segundo Gilmar Ferreira MENDES e Paulo Gustavo Gonet BRANCO, “Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre os aspectos da vida pessoal de cada indivíduo”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2013, p. 137.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

²³ BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 577.

A primeira dimensão de direitos fundamentais demarca também o advento do Liberalismo, doutrina que prega que o Estado não deve interferir nas relações particulares, mas apenas assegurar o livre desenvolvimento das pretensões individuais.

Com efeito, no Estado Liberal a ingerência estatal na sociedade deve ser a menor possível. Somente é permitido à Administração Pública a atividade de poder de polícia para a manutenção da ordem social e da segurança pública, e para o reconhecimento e defesa da propriedade. Neste modelo político o Estado é caracterizado pelo ideário da mínima intervenção na esfera de autonomia dos cidadãos, por meio de uma política de atuação preponderantemente negativa²⁴.

Acerca das características do Estado Liberal e a sua relação com os direitos fundamentais de primeira dimensão, vale transcrever os ensinamentos de Walber de Moura AGRA:

A concepção do Estado Liberal é de que a intervenção estatal na sociedade deve ser a menor possível para que o mercado possa regular melhor as forças produtivas, sem gerar desperdícios e estimulando que os cidadãos mais capazes possam se destacar. Deve ser assegurada plena liberdade aos cidadãos para que eles possam escolher seu destino, o individualismo configura-se no melhor incentivo ao progresso, pois, de outro modo, não haveria interesse em se dedicar ao trabalho árduo. (...). Os direitos fundamentais defendidos por essa concepção política são prerrogativas de primeira dimensão, direitos civis e políticos, de feição negativa, que não necessitam de intervenção direta dos entes estatais para a sua concretização.²⁵

Destarte, verifica-se que os direitos fundamentais de primeira dimensão nasceram no mesmo momento em que surgiu o Estado Liberal, um como consequência do outro, e ambos como resposta aos anseios do povo por liberdade e igualdade.

Não obstante, conforme aponta o mestre José Carlos Vieira de ANDRADE, “a regra formal de liberdade não é suficiente para garantir a felicidade dos indivíduos e a prosperidade das nações e serviu por vezes para aumentar a agressividade e

²⁴ Segundo Fernando Roggia GOMES, “Ao longo do século XVIII, o Estado era visto, em razão da predominante doutrina liberal, como uma entidade destinada à proteção das liberdades individuais e, justamente por isso, marcada por um dever de abstenção no campo das relações socioeconômicas. Daí dizer que se tratava de Estado mínimo, absenteísta, com poderes e funções limitadas”. GOMES, Fernando Roggia. O Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil: possibilidades e limitações. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 26, n. 607, jun. 2014, p. 18.

²⁵ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 14.

*acirrar antagonismos, agravar as formas de opressão e instalar as diferenças injustas*²⁶.

1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO: OS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS

A liberdade idealizada na primeira dimensão de direitos fundamentais e defendida assiduamente pelos adeptos do Liberalismo não foi suficiente para garantir a felicidade e o bom desenvolvimento dos cidadãos. Com efeito, a liberdade conquistada durante o Estado Liberal “*não passava de um valor formal*”²⁷ e, ao invés de semear a prosperidade, apenas contribuiu para o aumento da desigualdade social e agravou ainda mais as formas de opressão dos indivíduos mais desfavorecidos.

Além disso, a Revolução Industrial do século XIX, embora tenha contribuído para o desenvolvimento de técnicas de produção em larga escala, trouxe a um pequeno grupo de pessoas, empresários detentores do capital e dos meios de produção, um quadro de bem estar e enriquecimento que evidenciou ainda mais a segregação social entre estes grandes industriais e a classe proletária, vítima da exploração trabalhista.

Neste cenário de extrema miséria e desigualdade social, o Estado, até então caracterizado por sua política absenteísta, foi chamado para interferir na esfera particular dos cidadãos, com a finalidade de garantir a promoção dos direitos e garantias tão almejados pela sociedade naquele momento. Estes direitos foram chamados de direitos sociais, econômicos e culturais, e enquadram-se, justamente, na segunda dimensão dos direitos fundamentais.

Sobre o surgimento dos direitos sociais, Gilmar Ferreira MENDES e Paulo Gustavo Gonet BRANCO lecionam que:

O descaso para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme*, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado Liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do

²⁶ VIEIRA DE ANDRADE. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 248.

²⁷ PUCCINELLI JÚNIOR, **A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador**. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 22.

momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social.²⁸

Consoante anota Paulo Roberto de Figueiredo DANTAS, “os *direitos fundamentais de segunda geração, também denominados de liberdades concretas, positivas ou reais, são os direitos sociais, econômicos e culturais. Referidos direitos, fundamentados no princípio da igualdade, impõem ao Estado um dever de agir, visando à obtenção da igualdade substancial, e não apenas formal, entre os indivíduos*”²⁹.

Como se vislumbra, os direitos fundamentais de segunda dimensão, ao contrário dos direitos individuais e políticos da primeira geração de prerrogativas, não possuem o objetivo único de limitar o poder do Estado, mais do que isso, exigem uma atuação positiva do ente estatal, voltada a todos os que dela necessitam, a fim de conferir liberdade e igualdade não apenas em seu aspecto formal, mas principalmente em seu aspecto material³⁰.

Mauro CAPPELLETTI, com muita propriedade, observa que os direitos de segunda dimensão não podem simplesmente ser atribuídos ao indivíduo. Demandam, isto sim, “*permanente ação do Estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por ele legitimadas*”³¹.

Nesse tocante, também é conveniente trazer à baila a lição do mestre José Afonso da SILVA, que afirma que:

(...) os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2013, p. 137.

²⁹ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 277.

³⁰ RIBAS, Paulo Henrique. **O Papel do Estado na Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante a Prestação de Serviços Públicos**. Curitiba, 2007. 172f., Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1058>. Acesso em: 06 set. 2015, p. 33-34.

³¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1993, p. 41.

constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do 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.³²

Assumem particular destaque nesta dimensão de prerrogativas, sem prejuízo de tantas outras garantias, o direito à assistência e previdência social, assim como os direitos à saúde, educação, moradia, segurança, trabalho e lazer.

Importa ressaltar, ademais, que foi durante o século XX, mais especificamente após o término das duas grandes guerras, que os direitos sociais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais³³. Esse período demarca, pois, a falência do modelo liberal em proporcionar condições de vida digna à população e a consequente ascensão do Estado Social.

De acordo com Safira Orçatto Merelles do PRADO, o Estado Social ou “Estado Bem Estar” *“caracterizou-se pela intervenção na economia, assumindo funções que até então eram prestadas pela iniciativa privada. Na área social, passou a prestar serviços públicos de forma direta e em sua concepção protecionista, a regulamentação aumentou continuamente”*³⁴.

Com efeito, tanto o Estado Social como os direitos fundamentais de segunda dimensão surgiram com o objetivo de garantir padrões mínimos de vida e desenvolvimento a todos os cidadãos e, em última análise, garantir a efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Talvez seja por essa razão que o constitucionalista português Joaquim José Gomes CANOTILHO afirme que os

³² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 286-287.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

³⁴ PRADO, Safira Orçatto Merelles do. **O Controle Judicial dos Serviços Públicos sob a Perspectiva de Concretização de Direitos Fundamentais**. Curitiba, 2007. 171f. Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Estado Paraná. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/11566/1/controle%20judicial%20-%20safira%20prado.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2015, p. 52.

direitos sociais são, acima de tudo, pressupostos para a existência dos direitos fundamentais de um modo geral³⁵.

1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO: OS DIREITOS DA SOLIDARIEDADE OU FRATERNIDADE

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também intitulados de direitos da solidariedade ou fraternidade, consolidam-se em meados do século XX³⁶ enquanto direitos que não se destinam unicamente à proteção dos interesses de um determinado indivíduo, grupo de pessoas ou Estado. Com efeito, a tutela que se busca alcançar nessa nova geração de prerrogativas é muito maior e refere-se, justamente, à proteção universal de direitos existenciais de todo o gênero humano³⁷.

De acordo com consagrada doutrina, os direitos da terceira geração são caracterizados por sua titularidade difusa ou coletiva, uma vez que concebidos para a proteção não apenas do homem isoladamente, mas de toda a coletividade de pessoas³⁸, vale dizer, de toda a sociedade humana.

Nas palavras de Luiz Alberto ARAÚJO e Vidal SERRANO NUNES:

Depois de preocupações em torno da liberdade e das necessidades humanas, surge uma nova convergência de direitos, volvida à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada. A essência desses direitos se encontra em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade, constituindo mais uma conquista da humanidade no sentido de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos.³⁹

³⁵ “Os direitos económicos, sociais e culturais e respectiva protecção andam estreitamente associados a um conjunto de condições – económicas, sociais e culturais – que a moderna doutrina dos direitos fundamentais designa por pressupostos de direitos fundamentais.” CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 463.

³⁶ Os direitos fundamentais de terceira dimensão ganham concretude em meados do século XX, mais precisamente após o término da Segunda Guerra Mundial, quando os principais Estados soberanos, por meio da recém criada Organização das Nações Unidas, buscaram constituir um núcleo fundamental de direitos internacionais do homem, vindo a promulgar, no ano de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que, logo em seu Preâmbulo, estabeleceu como objetivo básico dos diversos povos e nações o reconhecimento e a observância dos direitos humanos.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 583-584.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2013, p. 137.

³⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David de; SERRANO JÚNIOR, Vidal. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139.

Dentre os direitos fundamentais de terceira dimensão mais citados estão os direitos à paz e à autodeterminação dos povos; os direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado e à qualidade de vida; por fim, os direitos à comunicação e à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural.

Ingo Wolfgang SARLET adverte que o reconhecimento das prerrogativas fundamentais de terceira dimensão é *“resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais”*⁴⁰.

Por certo, os direitos da solidariedade nascem em decorrência da generalidade da humanidade, de seu constante processo de mutação, conforme aponta o italiano Norberto BOBBIO, do *“amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores”*⁴¹.

Cumprido destacar, para concluir, que grande parte dos direitos fundamentais da terceira dimensão ainda estão em processo de constitucionalização e de consagração no âmbito internacional, principalmente pela edição de tratados e outros documentos transnacionais.

Não obstante a isso, o Supremo Tribunal Federal, em julgado de relatoria do Ministro CELSO DE MELLO, reconheceu a importância desta geração de prerrogativas, notadamente naquilo que toca ao processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, senão vejamos:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam como as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.⁴²

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32.

⁴² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança nº 22.164/SP. Rel. Min. CELSO DE MELLO. DJ 17.11.1995.

1.4 APLICABILIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Ainda em relação aos direitos fundamentais, merece destaque, neste item, a regra insculpida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, que preceitua que “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata*”.

O significado e o alcance da disposição em epígrafe é um dos temas mais controvertidos do Direito Constitucional. Com efeito, questiona-se se a norma contida no § 1º do artigo 5º da Lei Fundamental possui, por si só, força suficiente para transformar todos os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e, nessa medida, dotadas de eficácia plena, ainda que algumas delas cuidem de preceitos que não tenham recebido do constituinte normatividade suficiente para tanto, reclamando intervenção do legislador infraconstitucional⁴³.

Desde logo, cumpre esclarecer que o objetivo deste trabalho e, em específico, do presente tópico, não é elaborar estudo aprofundado do tema concernente à eficácia das normas constitucionais, que, dada a sua complexidade, demandaria especial atenção. Em verdade, a intenção aqui é apenas tecer alguns comentários sobre a regra prevista no artigo 5º, § 1º, da Constituição da República, visando à melhor compreensão dos temas que futuramente serão desenvolvidos⁴⁴.

Pois bem, alguns autores defendem que as normas de conteúdo programático ou desprovidas de normatividade, tais como aquelas que definem os direitos sociais, não gozariam de aplicação imediata e apenas alcançariam eficácia com o advento e na medida de lei ulterior. Entre os que comungam desta posição, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO afirma que “*A aplicação imediata das normas definidoras de*

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 264.

⁴⁴ Para o aprofundamento do assunto, vale conferir a obra “*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*”, do mestre José Afonso da Silva. Em síntese, o autor afirma que as normas constitucionais, com relação a sua eficácia, podem ser classificadas em: *a) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; b) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral, vez que sujeitas a restrições ou dependentes de regulamentação infraconstitucional que limite sua eficácia e aplicabilidade; e c) normas de eficácia limitada e aplicabilidade indireta, mediata e reduzida*. Estas últimas podem ainda, segundo o autor, sofrer uma subdivisão em: *i) normas de princípios institutivos, que se caracterizam por indicar uma nova legislação que lhe atribuirá eficácia positiva; e ii) normas de princípios programáticos, que impõem ao Estado a promoção de ações e programas de desenvolvimento*. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 81 e ss.

*direitos e garantias fundamentais tem por limite a natureza das coisas. Isto é, não pode ter aplicação imediata, diga o que disser a Constituição, uma norma incompleta*⁴⁵.

Há, contudo, autores que pregam que até mesmo as normas de conteúdo nitidamente programático podem ensejar, em virtude de sua aplicabilidade imediata, o gozo e a fruição de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa⁴⁶.

Em obra específica sobre o tema, Ingo Wolfgang SARLET nos apresenta posição intermediária, buscando conciliar a divergência existente entre aqueles que defendem a necessidade de *interpositio legislatoris* para a concretização de determinados direitos fundamentais e aqueles outros que preconizam que a fruição destas prerrogativas independe de legislação infraconstitucional. Com efeito, o magistrado gaúcho interpreta o artigo 5º, § 1º, da Constituição, como uma norma de caráter principiológico, um mandado de otimização que impõe aos entes estatais o dever de atribuir a maior eficácia possível aos direitos e garantias fundamentais. Consequentemente, afirma que a aplicabilidade imediata de direito fundamental deve ser aferida a partir de um caso concreto, devido ao viés principiológico da norma.

Nesse sentido, vale, pois, transcrever excerto de sua obra:

Levando-se em conta esta distinção, somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (...). Percebe-se, desde logo, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma de suas diferenças essenciais relativamente às normas-princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta.⁴⁷

Adiante, o autor ainda sustenta que a disposição sob referência gera uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e

⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 312.

⁴⁶ Cf. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 322 e ss.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 270-271.

garantias fundamentais, de tal modo que eventual recusa em sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deve ser fundamentada e justificada⁴⁸.

Ingo Wolfgang SARLET arremata aduzindo que:

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. Assim, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a Constituição, na condição de ordem jurídica normativa, percebe-se – na esteira de Garcia de Enterría – que o art. 5º, § 1º, de nossa Lei fundamental constitui, na verdade, um *plus* agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora.⁴⁹

A professora Flávia PIOVESAN, por sua vez, assevera, em sua obra “Proteção Judicial contra Omissões Legislativas”, que o preceito contido no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, tem por finalidade assegurar o caráter vinculante dos direitos e garantias fundamentais, tornando, assim, possível a exigência destes direitos em relação ao Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário:

Conjugando os preceitos constitucionais do Direito Comparado, percebe-se que o princípio constitucional consagrado no artigo 5.º, parágrafo 1.º da Constituição de 1988, ao ressaltar que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, intenta assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário⁵⁰.

De fato, a partir do *princípio* da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, toda e qualquer norma definidora de prerrogativas fundamentais alcançaria imediata aplicação e, em assim sendo, deveria servir de orientação para

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 271.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 271.

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 92.

os Poderes Públicos⁵¹. À estes poderes, cada qual em sua competência, cabe a função transformadora e dinamizadora deste princípio.

Ao Legislativo, por exemplo, cumpre atuar em prazo útil e razoável, editando normas que visem à concretização dos direitos fundamentais; além, é claro, de não emanar preceitos formal ou materialmente incompatíveis com o disposto na Constituição. Aos órgãos do Poder Judiciário, por sua vez, compete interpretar as normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais, quando da sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da máxima efetividade; bem como densificar estes preceitos a fim de possibilitar sua aplicação imediata, nos casos de ausência de lei concretizadora. Por fim, ao Executivo cabe, no exercício de sua competência regulamentar, desenvolver as políticas públicas necessárias para a realização dos direitos fundamentais⁵².

Compartilhando desse entendimento, a professora Regina FERRARI evidencia que “*as normas constitucionais podem ter estrutura, densidade e função diferenciada, porém a força normativa de tais disposições é sempre a mesma, isto é, à Constituição todos devem obediência: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”⁵³.

Diante de todo o exposto, podemos afirmar, em conclusão, que aos Poderes Públicos – e aqui leia-se Legislativo, Executivo e Judiciário – incumbe o encargo de dar a maior aplicabilidade e eficácia possível às normas que consagram direitos e garantias fundamentais, pois estas, independentemente de se caracterizarem como normas de conteúdo programático, estão expressamente positivadas na Constituição e, em última análise, têm por finalidade o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, valor máximo de nosso ordenamento jurídico. Ademais, num Estado Democrático de Direito, cabe à cada um dos poderes estatais, dentro de sua competência, velar pelo cumprimento da Constituição e pela realização dos direitos fundamentais.

⁵¹ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 89.

⁵² PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 90-91.

⁵³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 251.

2 O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A Administração Pública, devido ao seu peculiar regime jurídico, é regrada por uma série de normas e princípios que têm por finalidade impedir que esta se afaste de seus propósitos legais e, por consequência, ofenda o interesse público. Nesse sentido, e apenas a título exemplificativo, podemos citar o conteúdo do artigo 37 da Constituição Federal, que, logo em seu *caput*, preceitua que “*A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)*”.

Além da disposição em epígrafe, incumbe lembrar que a atuação do Estado é constituída por um binômio de prerrogativas e sujeições, decorrentes dos princípios basilares do Direito Administrativo, quais sejam: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração⁵⁴.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado “*proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e assecuramento deste último*”⁵⁵. De acordo com Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, no campo da Administração, deste princípio procedem as seguintes consequências ou princípios subordinados: *a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares; b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações; e c) restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública*⁵⁶.

A indisponibilidade do interesse público, por sua vez, significa que, por serem estes interesses qualificados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, porquanto são interesses inapropriáveis⁵⁷. Em outras palavras, o órgão administrativo que os representa não possui

⁵⁴ Como bem assevera Fernando GARRIDO FALLA, o Direito Administrativo se erige sobre o binômio “prerrogativas da Administração – direitos dos administrados”. GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de Derecho Administrativo**. Prólogo à 1ª ed. Madri, 1958.

⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 70.

⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 70.

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 70.

disponibilidade sobre eles, restando-lhe apenas curá-los, na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*.

Nessa perspectiva, para a garantia do fiel cumprimento destes comportamentos tementes ao interesse público, se faz necessária a existência de instrumentos de intervenção, de controle de determinadas atividades e escolhas da Administração Pública.

O mestre Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, ao tratar do tema, sustenta que:

No Estado de Direito, a Administração Pública assujeita-se a múltiplos controles, no afã de impedir-se que desgarre de seus objetivos, que desatenda as balizas legais e ofenda interesses públicos ou dos particulares. Assim, são concebidos diversos mecanismos para mantê-la dentro das trilhas a que está assujeitada. Tanto são impostos controles que ela própria deve exercitar, em sua intimidade, para obstar ou corrigir comportamentos indevidos praticados nos diversos escalões administrativos de seu corpo orgânico central, como os controles que este mesmo corpo orgânico exercita em relação às pessoas jurídicas auxiliadas do Estado (autarquias, empresas públicas, sociedades mistas e fundações governamentais). Tais controles envolvem quer aspectos de conveniência e oportunidade quer aspectos de legitimidade.

Além disto são previstos controles de legitimidade que devem ser efetuados por outros braços do Estado: Legislativo, por si próprio ou com o auxílio do Tribunal de Contas, e Judiciário, este atuando sob provocação dos interessados ou do Ministério Público.⁵⁸

Do excerto acima transcrito, percebe-se que diversas são as formas pelas quais as atividades da Administração Pública podem ser controladas. Todavia, considerando que o presente trabalho envolve apenas o estudo do controle de políticas públicas exercido pelo Judiciário, não será objeto de análise o mérito das demais formas de intervenção.

2.1 O CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Como visto, os direitos fundamentais de segunda dimensão, categoria na qual se enquadram os direitos sociais, exigem da Administração Pública uma atuação preponderantemente positiva, vale dizer, impõem ao Estado um dever de agir para a

⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 951.

sua realização⁵⁹. Esse comportamento pró-ativo do ente estatal ocorre, em grande medida, por intermédio da instituição e execução de políticas públicas⁶⁰. É essa, alias, a ponte de ligação existente entre os direitos fundamentais, objeto de análise do capítulo anterior, e as políticas públicas estatais.

Explicitar um conceito de políticas públicas não é tarefa simples, haja vista que diversas são as formas pelas quais estas podem ser implementadas pelo Estado. As políticas públicas, por exemplo, podem ser em relação à saúde e à educação, como também podem ser em relação à moradia, ao lazer e à previdência social⁶¹. Nesse ínterim, o Ministro Eros Roberto GRAU, com a clareza que lhe é peculiar, enfatiza que “*a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social*”⁶².

Por certo, podemos afirmar que as políticas públicas são os meios necessários para a concretização dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos sociais, uma vez que o simples reconhecimento formal destes direitos e garantias pouco vale se não estiver acompanhado de instrumentos idôneos para efetivá-los.

Sobre o tema, é oportuno transcrever o escólio do professor Osvaldo CANELA JÚNIOR, que afirma que:

(...) as políticas públicas constituem os mecanismos estatais de efetivação dos direitos fundamentais, mediante a satisfação espontânea dos bens da vida por eles protegidos. O Estado, como sujeito passivo da obrigação, as satisfaz por meio de atuação concreta das formas de expressão do poder estatal.⁶³

⁵⁹ Nesse tocante, cabe uma ressalva. A realização de determinados direitos sociais, especialmente aqueles relacionados às prerrogativas trabalhistas, como o direito à greve e à livre associação sindical, não dependem de prestações ou de atuação positiva do ente estatal, eis que se efetivam pela livre autonomia e organização dos próprios cidadãos.

⁶⁰ Sobre o assunto, Maria Paula Dallari BUCCI afirma que: “O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais – aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado. Enquanto os direitos individuais, ditos direitos fundamentais de primeira geração, consistem em liberdades, os direitos sociais, ditos de segunda geração, consistem em poderes, que ‘só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas’ ”. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas e Direito Administrativo. Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 34, n. 133, jan./mar. 1997, p. 90.

⁶¹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 48.

⁶² GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21.

⁶³ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

Ronaldo Guimarães GOUVÊA, a seu turno, assevera que:

As políticas públicas consistem em instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, consoante limitações e imposições previstas na própria Constituição, visando assegurar as condições necessárias para a consecução de seus objetivos, o que demanda uma combinação de vontade política e conhecimento técnico.⁶⁴

Impende destacar que determinada política, assim compreendida como um programa de ação estatal, somente será pública se atender ao bem comum, isto é, se atender ao interesse público. Esse interesse público está previamente estabelecido ao longo do texto constitucional e pode corresponder, por exemplo, à realização daqueles objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º de nossa Constituição Federal, quais sejam: *I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por fim, IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

Com efeito, quaisquer que sejam os programas e ações governamentais, ou eles se ajustam aos princípios e objetivos constitucionais ou, inevitavelmente, haverão de ser reputados inválidos, juridicamente insubsistentes⁶⁵. Neste último caso, estarão as políticas públicas violando direito subjetivo dos cidadãos, e, por consequência, sujeitas à controle, inclusive do Poder Judiciário, que ficará encarregado de promover o realinhamento necessário.

Feita esta breve conceituação, nas próximas páginas será objeto de exploração a matéria relacionada ao controle das políticas públicas propriamente dito, em particular, aquele controle exercido pelo Judiciário, indagando-se os fundamentos e a legitimidade desta intervenção.

⁶⁴ GOUVEA, Ronaldo Guimarães *apud* Eduardo Appio. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 143-144.

⁶⁵ PONTES FILHO, Valmir. **O Controle das Políticas Públicas**: Cadernos de Soluções Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244.

2.2 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Alguns autores defendem, baseados no princípio da separação de poderes, a falta de legitimidade do Poder Judiciário para intervir em matéria de políticas públicas. Afirma-se, ademais, que a interferência judicial em questões políticas seria arbitrária, antidemocrática, uma vez que os juízes não são eleitos diretamente pelo voto popular⁶⁶.

Inicialmente, é preciso esclarecer que a teoria da separação de poderes nasceu como uma forma de limitação do poder, tendente a garantir proteção aos cidadãos contra os abusos do Estado, assim como assegurar a promoção dos direitos fundamentais. Tanto é assim que a positivação deste princípio se deu no exato momento de luta da burguesia contra Estados Absolutistas e tiranos⁶⁷, portanto, no momento em que também surgia o Estado Liberal.

De acordo com a tradicional concepção do princípio da separação de poderes, tal como idealizada pelo Barão de Montesquieu, cada poder – Executivo, Legislativo e Judiciário – seria responsável por exercer uma função típica, inerente à sua natureza, de maneira autônoma e independente. Nessa medida, cada órgão desempenharia, de forma exclusiva, sua função típica, não permitido-se a um órgão atuar na esfera de competência do outro. Como se vê, Montesquieu pregava a separação pura e absoluta dos poderes.

Partindo desta visão clássica do princípio da separação de poderes, o Judiciário, de fato, não teria legitimidade para atuar no campo das políticas públicas, cuja competência para formulação e implementação reside primariamente nos Poderes Executivo e Legislativo. Da mesma forma, a discricionariedade do ato praticado pela Administração jamais poderia ser objeto de controle judicial. Apenas

⁶⁶ Nesse sentido, afirma Américo Bedê Freire Júnior: “Haveria na atuação dos juízes em matéria política uma ilegítima invasão de poder reservado a outra função estatal. Por melhor intencionado que estivesse o magistrado, sua ação careceria de conteúdo constitucional, configurando-o, invariavelmente, num arbítrio. Haveria, portanto, um insanável déficit democrático na atuação de juízes exercendo controle de atividades políticas”. FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 51.

⁶⁷ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto da Revolução Francesa, foi um dos primeiros documentos a positivizar o instituto, estabelecendo, em seu artigo XVI, que “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”. Antes dela, a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, datada de 1776, já havia inserido em seu conteúdo o princípio da separação de poderes.

poderia ser submetido a controle a legalidade de sua constituição, isto é, “*se quem praticou o ato era o titular da competência; se a forma de veiculação do ato era aquela prevista na norma de regência; se o seu objeto era de interesse público, não disfarçando interesse privado; se os motivos (razões de fato e de direito que justificam a decisão) eram verazes e idôneos para conduzirem à finalidade; se a finalidade era aquela prevista na lei ou dela se extraia implicitamente*”⁶⁸.

Não obstante, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, novos valores foram inseridos no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse novo contexto, o Judiciário assumiu, conforme nos lembra Eduardo APPIO, relevante “*função política de controle dos atos do Poder Legislativo e Executivo*”⁶⁹, passando a ter a competência de intervir não apenas sobre aquilo que toca à legalidade do ato, mas também sobre questões atinentes à legitimidade, a razoabilidade, a proporcionalidade, a eficiência e os resultados da decisão política.

E de fato, se um dos principais objetivos da Magna Carta, e porque também não dizer do próprio Estado Democrático de Direito, é assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais⁷⁰, seria, consoante anota Américo Bedê FREIRE JÚNIOR, “*um arrematado absurdo apontar o princípio da separação de poderes como entrave à efetivação dos direitos fundamentais*”⁷¹. Diante do descumprimento ou da lesão de prerrogativa fundamental do indivíduo, o Judiciário não pode e nem deve ficar calado, inerte, sob a justificativa que o princípio da separação de poderes impediria sua intervenção no campo das decisões políticas. Também é seu dever constitucional dar efetividade aos direitos fundamentais.

Percebe-se, assim, que a interpretação dada ao princípio da separação de poderes teve de ser reformulada no Estado Moderno. Gilmar Ferreira MENDES, Paulo Gustavo Gonet BRANCO e Inocêncio Mártires COELHO afirmam, nesse sentido, que:

Inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes

⁶⁸ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 135.

⁶⁹ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 66.

⁷⁰ Conforme expressa o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

⁷¹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 38.

realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se complementam, se esclarecem e se fecundam.⁷²

Walber de Moura AGRA também identifica a necessidade de, em razão da complexidade das demandas sociais contemporâneas, diminuïrem-se os limites que separam a atuação de cada um dos poderes:

A separação de poderes tem como escopo evitar o surgimento do absolutismo, que representaria a morte da democracia e dos direitos fundamentais. Assim, surge a teorização de que cada órgão de poder realiza uma atividade, especializando-se nela de forma a melhorar a sua eficácia. A concentração de poder tende ao arbítrio; com a sua repartição, em que um poder limita o outro, a fiscalização do cumprimento dos parâmetros legais pode ser realizada, evitando-se a quebra dos princípios democráticos.

Essa repartição não ocorre de forma rígida. Diante da complexidade das demandas sociais do Estado moderno, ou pós-moderno, como querem alguns, o campo de atuação dos poderes tem de ser entrelaçado, diminuindo-se os limites que separam a atuação de cada um deles. Porém, cada um realiza uma função de forma preponderante. Eles têm uma função precípua (atividade para a qual o órgão foi estruturado) e outras subsidiárias.⁷³

Nessa ordem de ideias, o controle judicial de políticas públicas, de forma alguma, configura violação ao postulado da separação de poderes ou ameaça aos dogmas da democracia, pois, conforme afirma Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA, *“quando a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo configurar um óbice ao regular funcionamento da democracia, é legítimo ao Judiciário atuar na efetivação dos direitos fundamentais sociais, justamente para permitir a manutenção do processo democrático”*.

Fernando Borges MÂNICA, também nesse sentido, afirma que:

Passou-se a assumir, pois, nas hipóteses de direitos fundamentais – sejam eles direitos de defesa ou direitos a prestações – a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Em verdade, não se trata de definição de políticas, mas de simples respeitos à Constituição.⁷⁴

Com efeito, quando exerce a função política de garantir a plenitude dos direitos e garantias fundamentais, o Poder Judiciário atua sob a égide da

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Inocência Mártires COELHO. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2008, p. 156.

⁷³ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 128-129.

⁷⁴ MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Público, nº 21, mar./mai. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-FERNANDO-MANICA.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2015, p. 9.

Constituição Federal, portanto, de maneira legítima e democrática. Os juízes, desembargadores e ministros, ao “*aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo*”⁷⁵, não havendo, por consequência, qualquer ilegitimidade ou arbitrariedade em sua atuação.

Ana Cláudia FINGER, ao tratar da competência e da legitimidade do Poder Judiciário para realizar as determinações constitucionais, sustenta que:

(...) ninguém discute a competência do Poder Legislativo para legislar sobre os direitos sociais; de igual modo, ninguém discute a competência do Poder Executivo para realizar ações administrativas para a prestação dos direitos sociais. No entanto, não é da competência de nenhum desses poderes decidir se garantirão ou não tais direitos, porque isto é uma determinação constitucional. Assim, sendo um órgão criado para concretizar os fins constitucionais, o Poder Judiciário está tão vinculado à Lei Fundamental quanto os demais poderes, gozando, portanto, de legitimidade para materializar tais direitos.⁷⁶

Importante observar, ademais, que o Poder Judiciário, ao exercer controle, não age com o *animus* de provedor de políticas públicas, mas apenas e tão somente como um instrumento de concretização daqueles direitos e garantias fundamentais tutelados pela própria Constituição. Em outras palavras, ao juiz só é dado intervir naquelas ocasiões em que o direito do jurisdicionado esteja sob risco, e desde que verificada a inércia por parte das autoridades competentes em implementar satisfatoriamente as políticas públicas.

Eduardo CAMBI e Diego NASSIF, nesse sentido, alegam que o Poder Judiciário deve observar o princípio da subsidiariedade, isto é, apenas deve atuar como órgão de controle do Legislativo e do Executivo quando caracterizada a atuação ou omissão inconstitucionais destes poderes, senão vejamos:

Destarte, a implementação judicial dos direitos fundamentais e, para tanto, o controle judicial de políticas públicas, deve respeitar o princípio da subsidiariedade. Compete ao Judiciário atuar somente como órgão de controle do Legislativo ou do Executivo, quando restar caracterizada a atuação ou a omissão inconstitucionais, vale dizer, quando estes poderes frustrarem a missão constitucional de implementação dos direitos fundamentais.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas** - Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. 4. ed. jan./fev. 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015, p. 11.

⁷⁶ FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um Instrumento de Concretização dos Direitos Fundamentais. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, a. 3, n. 12, abr./jun., 2003, p. 153-154.

O que se afirma não é que o Judiciário deve “ocupar” o espaço abandonado pelos demais poderes constituídos, mas que aos direitos contemplados juridicamente deva ser reconhecido um determinado nível de justiciabilidade, relacionada à concretização e máxima efetividade das condições materiais mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial) a dado tempo e lugar.⁷⁷

O Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, da Suprema Corte, examinou muito bem essa questão ao julgar o Recurso Extraordinário nº 592.581-RS, cuja controvérsia era saber se caberia ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na realização de obras ou reformas emergenciais em estabelecimentos prisionais, a fim de garantir a observância dos direitos fundamentais de pessoas sob a custódia do Estado, como a integridade física e moral. De acordo com o Eminentíssimo Relator:

Nesse ponto, cumpre esclarecer que, não se está a afirmar que é dado ao Judiciário intervir, de ofício, em todas as situações em que direitos fundamentais se vejam em perigo. Dito de outro modo, não cabe aos magistrados agir sem que haja adequada provocação ou fundados apenas em um juízo puramente discricionário, transmudando-se em verdadeiros administradores públicos.

Aos juízes só é lícito intervir naquelas situações em que se evidencie um “não fazer” comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados.

Em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao Judiciário implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete “impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada”.⁷⁸

Como também se pode perceber, a atividade jurisdicional não ocorre *ex officio*, mas mediante provocação da parte interessada ou que tem seu bem jurídico ameaçado ou lesado. A decisão proferida nestas ações, de cunho mandamental⁷⁹, vale lembrar, não é produto de função política e discricionária, mas derivada da jurisdição, bem como está vinculada aos preceitos da lei e, sobretudo, da Constituição da República.

Com efeito, uma das garantias basilares para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, é o princípio da inafastabilidade da jurisdição, abrigado no artigo 5º, inciso XXXV, de nossa Constituição Federal, que

⁷⁷ CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da Jurisdição Constitucional e Separação de Poderes: Uma Análise Sistêmica à Luz da Cidadania. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 101, n. 916, fev. 2012, p. 259-260.

⁷⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 592.581-RS. Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. DJ 13.08.2015.

⁷⁹ Sobre a natureza jurídica da sentença que determina a realização de políticas públicas, Cf. APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p.88-93.

preceitua que “*A lei não subtrairá à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito*”.

O postulado da inafastabilidade da jurisdição é um dos principais alicerces do Estado Democrático de Direito, pois impede que lesões ou ameaças de lesões a direitos sejam excluídas da avaliação do Judiciário, órgão que, ao lado do Legislativo e do Executivo, deve expressar a soberania popular. Na opinião de Américo Bedê FREIRE JÚNIOR, uma interpretação adequada deste princípio “*leva à conclusão de que não somente a lei, mas também atos, inclusive omissivos, do Poder Legislativo e Executivo não podem ficar sem controle*”⁸⁰.

Além de tudo, deve-se destacar que o exercício da jurisdição não se presta a afirmação das convicções pessoais de seu intérprete, estando sujeita ao rigoroso dever de fundamentação das decisões judiciais⁸¹, previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal⁸².

Portanto, embora resida primariamente nos Poderes Legislativo e Executivo a competência de formular e executar políticas públicas, revela-se possível ao Judiciário, em situações específicas, onde se verifique o comprometimento da eficácia e da integridade dos preceitos constitucionais, em particular, dos direitos fundamentais sociais, exercer controle sobre as políticas públicas e, nestes casos, também determinar a respectiva implementação.

⁸⁰ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 71.

⁸¹ CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da Jurisdição Constitucional e Separação de Poderes: Uma Análise Sistêmica à Luz da Cidadania. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 101, n. 916, fev. 2012, p. 260.

⁸² Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

3 A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Verificada a legitimidade do controle judicial de políticas públicas, cumpre explorar alguns aspectos da garantia do mínimo existencial e da cláusula da reserva do possível, para, em seguida, analisar como os nossos tribunais, nomeadamente o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), as têm aplicado nas demandas que versam sobre o controle e a implementação de políticas públicas.

3.1 O MÍNIMO EXISTENCIAL

A expressão mínimo existencial surgiu na Alemanha, em decisão proferida pelo Tribunal Administrativo Federal, em 1954. Naquela ocasião, a corte reconheceu o direito subjetivo de auxílio material por parte do Estado à um cidadão carente, invocando, igualmente, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, que todo indivíduo é titular de direitos e obrigações, o que implica, por consequência, na manutenção de condições mínimas de existência⁸³.

Mais tarde, precisamente em 1975, a noção de mínimo existencial foi incorporada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, conforme se denota do trecho abaixo transcrito, extraído do caso BVerfGE 40, 121:

Certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. (...). Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, se encontram limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais.⁸⁴

⁸³ ALEMANHA. **Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*)**. BVerwGE 1, 159. DJ 24.06.1954.

⁸⁴ ALEMANHA. **Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*)**. BVerfGE 40, 121. DJ 18.06.1975 *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da Pessoa) Humana, Mínimo Existencial e Justiça Constitucional: Algumas Aproximações e Alguns Desafios. **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 01, dez. 2013, p. 31.

Deduzido a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social, o termo mínimo existencial designa, na percepção de Marcelo NOVELINO, “*um conjunto de bens e utilidades básicas essenciais a uma vida humana digna*”⁸⁵.

Na doutrina brasileira, a delimitação do conteúdo da garantia do mínimo existencial encontra algumas discrepâncias. E de fato, definir o que seria um padrão mínimo necessário à vida digna de cada ser humano é deveras subjetivo, além de ser tarefa das mais fastidiosas.

De acordo com a professora Ana Paula de BARCELLOS, o núcleo da dignidade da pessoa humana, ou mínimo existencial, engloba os direitos individuais de liberdade e também quatro elementos prestacionais, a saber: a educação fundamental; a saúde básica; a assistência aos desamparados e necessitados; e, por fim, o acesso à justiça⁸⁶. Os três primeiros são, segundo a autora, elementos prestacionais materiais, enquanto o último traduz-se como elemento prestacional instrumental.

Andreas Joachim KRELL, a seu turno, insere no conteúdo do mínimo existencial o atendimento básico e eficiente à saúde; o acesso à alimentação e vestuário; a moradia e a educação de primeiro grau. O autor assevera, no entanto, que esse é um conteúdo sujeito a variações, mutável segundo as necessidades da sociedade em determinado Estado⁸⁷.

Ainda sobre o conteúdo do mínimo existencial, o magistrado gaúcho Ingo Wolfgang SARLET é mais abrangente, sustentando que:

(...) dizem respeito ao mínimo existencial, além dos direitos à saúde, educação, moradia, assistência e previdência social, aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção do trabalhador, o direito à alimentação, o direito ao fornecimento de serviços básicos como água e saneamento básico, transporte, energia elétrica (ainda que possam ser reportados a outros direitos fundamentais), bem como o direito a uma renda mínima garantida (que, por sua vez, desde que assegurada uma cobertura completa, pode ser substituída pelos direitos à assistência social, salário mínimo e previdência).⁸⁸

⁸⁵ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 523.

⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 291-349.

⁸⁷ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 63.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 322.

Em verdade, por repousar sobre conceito vago como o direito à dignidade⁸⁹, o mínimo existencial possui conteúdo amplo e indefinível. Todos os direitos fundamentais remetem de alguma forma à dignidade da pessoa humana, princípio maior da Carta Política de 1988. Por essa razão, devem obrigatoriamente ser observados pelos Poderes Públicos. Em outras palavras, o Estado deve estabelecer planos de ação (as políticas públicas, trabalhadas no capítulo anterior) visando à promoção dos direitos e garantias essenciais à uma vida digna.

Consoante prescreve Jordão VIOLIN:

Ou seja, o mínimo existencial deve ser compreendido como o princípio que impõe o agir estatal no sentido de gradualmente assegurar as condições mínimas para a concretização dos direitos fundamentais. Ele não obriga o Estado a satisfazer os direitos fundamentais diretamente, mas a estabelecer planos de ação que promovam esses direitos, seja concretizando-os em colaboração com a iniciativa privada (por exemplo, concedendo bolsas de estudo em instituições privadas em vez de aumentar o número de universidades públicas), seja estimulando a economia para que a coletividade tenha condições de realizá-los através do próprio mercado⁹⁰.

Ainda sobre a temática, Ricardo Lobo TORRES afirma que a garantia do mínimo existencial pode ser concretizada pelo Poder Público de três formas distintas: *i)* diretamente, através da prestação de serviços públicos gratuitos, como saúde e educação fundamental; *ii)* indiretamente, através de subsídios e auxílio financeiro a entidades filantrópicas e educacionais; e *iii)* por meio da entrega de bens, como alimentos e itens do vestuário, em casos de calamidades públicas ou programas assistencialistas⁹¹.

Especificamente à segunda forma apresentada por TORRES – *através de subvenções e auxílio financeiro a entidades filantrópicas e educacionais* –, cabe, aqui, fazer um único comentário, a fim de ilustrar a situação proposta pelo autor. Como é sabido, o Estado tem o dever de assegurar a todos os cidadãos o acesso a

⁸⁹ Acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, Leandro Souza BESSA afirma que: “O princípio da dignidade da pessoa humana, em razão de seu caráter semântico e estruturalmente aberto, é de definição difícil. Ingente tarefa é reduzi-lo a uma forma abstrata e genérica. Por esta razão, parte da doutrina, Nipperdey incluso, entende desnecessário conceituá-lo, visto que se trata de uma ideia imanente à natureza humana. Sua principal característica é que ele assegura um mínimo de respeito ao homem pelo simples fato de ser homem, visto que todos são iguais em dignidade”. BESSA, Leandro Souza. **Colisão de Direitos Fundamentais: Propostas de Solução**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/125.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015. p. 15.

⁹⁰ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo Judiciário e Processo Coletivo Estrutural: o Controle Jurisdicional de Decisões Políticas**. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 122-123.

⁹¹ TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

determinados direitos e garantias fundamentais, como educação básica. No entanto, como os estabelecimentos públicos são insuficientes e as vagas escassas, o Poder Público pode proporcionar esse acesso em instituições de ensino privado, através de bolsas financiadas pelo próprio Estado, ou ainda, mediante bolsas oferecidas pela instituição particular, mas que somente alcançam viabilidade devido aos subsídios e benefícios fiscais concedidos pelo ente estatal àquela instituição. Verifica-se, dessa forma, que o Estado pode promover o mínimo existencial e, conseqüentemente, o acesso aos direitos fundamentais essenciais tanto direta como indiretamente.

Em suma, o mínimo existencial pode ser considerado um “*conteúdo mínimo e inderrogável*”⁹², necessário para a subsistência dos cidadãos e para uma vida digna. Porém, ele não se resume apenas às necessidades físicas do indivíduo, mas também a outros aspectos da vida social, alguns, inclusive, de caráter intelectual⁹³. Corinna TREISCH, a propósito, fala na existência de um “mínimo existencial físico”, associado aos direitos de alimentação, vestuário, moradia e saúde, e de um “mínimo existencial cultural”, referente às necessidades espirituais e culturais. Vale, pois, transcrever excerto de seus ensinamentos:

O mínimo existencial é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural.⁹⁴

De fato, o padrão mínimo de existência não deve limitar-se à mera necessidade orgânica dos indivíduos, tendo em vista que para o pleno desenvolvimento dos cidadãos são necessárias garantias outras, como educação,

⁹² GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade. In: Emerson Garcia (Org.). **A Efetividade dos Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004. p. 184.

⁹³ Nesse sentido, afirma Rodrigo Augusto LAHOZ: “É por isso que o mínimo existencial não aborda somente a existência física (no sentido de manutenção do corpo), mas também preza pelo aspecto espiritual e intelectual”. LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. **A Relevância dos Serviços Públicos de Saneamento Básico para a Consagração do Direito Fundamental à Saúde**. Curitiba, 2015, 192p., Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3156>. Acesso em: 14 out. 2015, p. 103.

⁹⁴ TREISCH, Corinna *Apud* LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 135.

cultura e lazer, que, em última análise, viabilizam a integração dos indivíduos na sociedade civil de forma plena, garantindo, por fim, a efetivação da democracia.

O mínimo existencial é, portanto, um critério que, embora amplo, ajuda a identificar parâmetros para a definição das políticas públicas prioritárias, essenciais para o desenvolvimento humano. Ele estabelece à Administração Pública o dever de gradual promoção de todos os direitos fundamentais, especialmente aqueles de caráter social.

3.2 A RESERVA DO POSSÍVEL

A cláusula da reserva do possível, assim como o mínimo existencial, foi difundida na Alemanha, a partir de uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal em 1972, em processo que se discutia o direito de acesso gratuito dos cidadãos aos cursos de medicina nas Universidades de Hamburgo e Munique (o caso ficou conhecido como “*numerus clausus*”)⁹⁵.

Naquela ocasião, os Tribunais Administrativos, diante do elevado número de ações versando sobre a mesma questão, solicitaram uma decisão do Tribunal Constitucional Federal a respeito da compatibilidade entre determinadas regras estaduais que restringiam o acesso às instituições de ensino superior, notadamente, a Lei Universitária de Hamburgo e a Lei de Admissão às Universidades Bávaras, e o contido no artigo 12, inciso I, da Lei Fundamental de Bonn⁹⁶. A corte constitucional alemã reconheceu, então, com base nos postulados da igualdade e do Estado Social, o direito de ingresso no ensino superior, admitindo, porém, a competência do legislador para estabelecer limitações, uma vez que neste último reside o dever de legislar harmonizando os interesses sociais com as possibilidades econômicas do Estado.

Além disso, em determinada passagem da decisão foi consignado que aqueles direitos que demandam do Poder Público prestações positivas estão, de fato, subordinados à reserva do possível, no sentido do que razoavelmente é

⁹⁵ ALEMANHA. **Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*)**. BVerfGE 33, 303. DJ 18.07.1972.

⁹⁶ Artigo 12 [Liberdade de escolha da profissão]. I: Todos os alemães têm direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei.

possível exigir do Estado e, em última análise, da própria sociedade, já que é esta que o sustenta. Vejamos:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral.⁹⁷

No Brasil, merece destaque, por sua excelência, a definição elaborada por Ingo Wolfgang SARLET. O magistrado gaúcho descreve a cláusula da reserva do possível como uma *“uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais”*, nela identificando, ainda, uma tríplice dimensão, na qual se insere a proporcionalidade e a razoabilidade da pretensão levada à juízo:

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.⁹⁸

A disponibilidade fática e jurídica, acima mencionadas, são de fundamental importância, uma vez que, antes da implementação da política pública, é preciso que os recursos estejam ao alcance do administrador. A proporcionalidade e a razoabilidade, por sua vez, inserem-se exatamente naquilo que pode ser exigido do

⁹⁷ ALEMANHA. **Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*)**. BVerfGE 33, 303. DJ 18.07.1972 *Apud* SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Trad. de Leonardo Martins. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 663.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 287.

Poder Público como prestação efetiva de direito fundamental, traduzindo-se, assim, como algo faticamente viável, exequível⁹⁹.

Nessa perspectiva, a reserva do possível, em determinados momentos, pode ser compreendida como um óbice à efetivação dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo dos direitos sociais, que exigem do Estado prestações positivas. Porém, em outras situações, consoante aponta SARLET, também pode ser utilizada para garantir o núcleo essencial de outras prerrogativas fundamentais, especialmente nos casos em que, havendo choque entre direitos, a concretização de um possa impedir a realização de outros¹⁰⁰.

Em outras palavras, a cláusula da reserva do possível também pode servir de fundamento para o indeferimento de uma prestação manifestamente abusiva ou excessivamente onerosa, pois, conforme assinala Fabiana KELBERT, “*prestações que possam lesar a coletividade poderão deixar de ser satisfeitas, em face de uma potencial violação de outros direitos*”¹⁰¹.

Importa esclarecer, ademais, que a reserva do possível não deve (ou deveria) ser confundida com a mera insuficiência de recursos financeiros nos cofres do Estado, sob pena de redundar naquilo que parte da doutrina chama de *reserva do financeiramente possível*¹⁰², capaz de inviabilizar, por si só, a implementação de direitos fundamentais se ficar constatado a simples ausência de numerários para a realização das políticas públicas específicas para tanto. Rodrigo Augusto Lazzari LAHOZ afirma, nesse tocante, que tal interpretação não merece prosperar, visto que “*é dever do administrador público planejar quais serão os recursos necessários para a execução dessas medidas realizando a alocação preventiva destes bens, sob*

⁹⁹ LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. **A Relevância dos Serviços Públicos de Saneamento Básico para a Consagração do Direito Fundamental à Saúde**. Curitiba, 2015, 192p., Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3156>. Acesso em: 14 out. 2015, p. 101.

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 288.

¹⁰¹ KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a Efetividade dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 89.

¹⁰² Sobre a reserva do financeiramente possível, Cf. KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

*pena de incorrer em ilegalidade pelo descumprimento de normas que determinam a adoção de políticas públicas para a consagração de direitos fundamentais*¹⁰³.

Ainda sobre o tema, merece reprodução o escólio de Ana Carolina Lopes OLSEN:

No Brasil a doutrina da reserva do possível sofreu algumas modificações, se considerado o nascedouro alemão. A preocupação inicial com a proporcionalidade e a razoabilidade (aquilo que razoavelmente se pode exigir) deu lugar a questão da disponibilidade de recursos, e para o custo dos direitos. (...) Vale observar que as decisões da Corte constitucional Alemã, como mencionado, ainda que considerem a escassez de recursos, tratam do tema de forma diferenciada. Em seus julgados, a exigência de prestações onerosas do Estado é vista sob o prisma da razoabilidade, da proporcionalidade da pretensão em relação à necessidade de satisfação do direito. Viola a reserva do possível a pretensão que, se satisfeita, pode gerar um desequilíbrio no sistema jurídico, afetando inclusive o princípio da igualdade material e do Estado Social. Não é que os direitos vigem “*sob uma reserva do possível*”, mas que em determinados casos específicos, sua satisfação pode comprometer outros bens juridicamente relevantes, de modo que a obrigação estatal somente será judicialmente reconhecida, depois de ponderados os interesses em conflito¹⁰⁴.

Diante de todo o exposto, a reserva do possível pode ser compreendida como aquela cláusula que limita, em certa medida, a realização, por parte do Estado, de determinadas políticas públicas. A sua incidência no caso concreto, no entanto, deve levar em conta a proporcionalidade e a razoabilidade da prestação, assim como a disponibilidade fática e jurídica dos recursos necessários para tanto.

3.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA

O Supremo Tribunal Federal, com certa regularidade, enfrenta alegações advindas do Estado no sentido de que determinadas obras, prestações ou políticas públicas não poderiam ser concretizadas devido às limitações impostas pela cláusula da reserva do possível.

Nestas situações, a corte constitucional tem, de modo pacífico, se posicionado pelo afastamento deste argumento de defesa, afirmando, em síntese, que não é justificável o descumprimento, por parte do Poder Público, de suas

¹⁰³ LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. **A Relevância dos Serviços Públicos de Saneamento Básico para a Consagração do Direito Fundamental à Saúde**. Curitiba, 2015, 192p., Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3156>. Acesso em: 14 out. 2015, p. 102.

¹⁰⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 223.

obrigações e deveres na área dos direitos fundamentais sociais, especialmente naqueles casos em que o direito pleiteado em juízo integra o conteúdo do mínimo existencial.

Essa postura pode ser facilmente constada em fragmento do voto apresentado pelo Ministro CELSO DE MELLO, relator do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337-SP, interposto em processo que se demandava a criação de vagas em creches e pré-escolas públicas para crianças de até cinco anos de idade:

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”.

- A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outras igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina.

- A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina e precedentes.¹⁰⁵

Observa-se que para o Supremo Tribunal Federal a reserva do possível é um tema que envolve a *insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária*, não podendo, ademais, ser invocada *com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição*. Ainda de acordo com o tribunal constitucional, *a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional da preservação do mínimo existencial*¹⁰⁶.

¹⁰⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337-SP. Rel. Min. CELSO DE MELLO. DJ 23.08.2011.

¹⁰⁶ Além do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337-SP, esse mesmo entendimento serviu de fundamento para diversos outros julgados do Supremo Tribunal Federal, como o ARE nº 745.745 AgR - MG; o ARE nº 727.864 AgR - PR; o RE nº 581.352 AgR - AM; e o AI nº 583.553-SC.

A controvérsia também já foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça. O Ministro HERMAN BENJAMIN, ao relatar o Recurso Especial nº 1.068.731-RS, concluiu que a cláusula da reserva do possível não pode ser uma *carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana*, e que aqueles direitos vinculados ao mínimo existencial não devem ser limitados em razão da escassez de recursos, especialmente nas hipóteses em que a exiguidade destes é fruto das escolhas do administrador público. Vale lembrar que o mencionado recurso foi interposto em Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul em desfavor do Estado, na qual era pleiteada a condenação do ente estatal à implementação das políticas públicas necessárias para dotar o Município de Cachoeirinha da plena gestão do Sistema Único de Saúde – SUS, tendo em vista a existência de um único hospital na localidade, cujo número de leitos era insuficiente para o bom atendimento da população. Do voto do eminente relator, extrai-se:

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. (...).

5. A *reserva do possível* não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa “limitação de recursos orçamentários” frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem ou vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compoendo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do administrador, nem indicando rompimento da separação dos Poderes.

6. “A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador” (REsp 1.185.474-SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010).

7. Recurso Especial Provido.¹⁰⁷

Em outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, decorrente de Ação Civil Pública em que se pretendia a condenação do Município de São Jerônimo, no Estado do Rio Grande do Sul, ao cumprimento de obrigação de fazer consistente na instalação de rede de tratamento de esgoto, foi acordado que a simples alegação de

¹⁰⁷ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.068.731-RS. Rel. Min. HERMAN BENJAMIN. DJ 17.02.2011.

ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação do Poder Público de garantir o mínimo existencial. O pretório excelso, através do voto relatado pelo Ministro HUMBERTO MARTINS, argumentou, ademais, com base na técnica hermenêutica da ponderação de valores, que a tutela do mínimo existencial, naquele caso, deveria prevalecer sobre a reserva do possível:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REDE DE ESGOTO. VIOLAÇÃO AO ART. 45 DA LEI N. 11.445/2007. OCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. (...).

6. Mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial. O município não provou a inexecutabilidade dos pedidos da ação civil pública.

7. Utilizando-se da técnica hermenêutica da ponderação de valores, nota-se que, no caso em comento, a tutela do mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível (...).¹⁰⁸

Das decisões colacionadas, conclui-se que os argumentos da reserva do possível e da escassez ou falta de previsão orçamentárias não são válidos frente à garantia do mínimo existencial, pois, tratando-se de direitos fundamentais relacionados ao postulado da dignidade da pessoa humana o Estado tem o dever de alocar (ou realocar) seus recursos, destinando-os às políticas públicas consideradas prioritárias.

Somente se o Poder Público demonstrar objetivamente que, mesmo com o remanejamento dos recursos às áreas prioritárias, a carência orçamentária persiste, é que não se poderá razoavelmente exigir da Administração a implementação da política pública, pois, na medida do possível, sua atuação está de acordo com a Constituição Federal¹⁰⁹.

¹⁰⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.366.331-RS. Rel. Min. HUMBERTO MARTINS. DJ 16.12.2014.

¹⁰⁹ Nesse sentido, *alias*, já ponderou o Supremo Tribunal Federal: “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. 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”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337-SP. Rel. Min. CELSO DE MELLO. DJ 23.08.2011.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais, como se viu, integram a base de todas as constituições modernas, e, via de regra, são direitos que têm por finalidade precípua o respeito à dignidade humana, através da proteção contra eventuais abusos do Poder Público e do estabelecimento de condições mínimas de vida e de desenvolvimento à todos os cidadãos.

Além disso, é importante ressaltar que os direitos fundamentais são fruto de um longo processo evolutivo, podendo, por essa razão, ser divididos em dimensões ou gerações de direitos. Os direitos da segunda dimensão, ou simplesmente direitos sociais, econômicos e culturais, exigem do Estado/Administração uma atuação preponderantemente positiva, um *facere*, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras econômicas e sociais, promover a realização de programas assistenciais, enfim, estabelecer aos cidadãos melhores condições de vida.

Esse comportamento pró-ativo do ente estatal ocorre, em grande medida, por intermédio da instituição e execução de políticas públicas, que nada mais são do que mecanismos necessários para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

No tocante à legitimidade do controle judicial de políticas públicas, é imprescindível destacar que o princípio da separação de poderes – que em sua concepção mais tradicionalista pregava que cada poder do Estado deveria exercer apenas suas funções típicas, sendo terminantemente vedada a intervenção de um órgão na esfera de competência de outro – não pode ser um obstáculo à efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Isto porque, embora resida primariamente nos Poderes Executivo e Legislativo a competência para formular e executar políticas públicas, revela-se perfeitamente possível ao Judiciário, em situações que se verifique o comprometimento da eficácia e da integralidade de preceitos constitucionais, em particular, de direitos fundamentais, exercer controle sobre as políticas públicas, e, nestes casos, também ordenar a sua implementação.

Além disso, verifica-se que a regra insculpida no artigo 5º, § 1º, da Constituição da República de 1988, ao estabelecer que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, assegura o caráter vinculante de todas as prerrogativas fundamentais, tornando possível a exigência destas em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Com

efeito, à todas as funções do Estado incumbe o encargo de dar a maior eficácia possível às normas que consagram direitos e garantias fundamentais, pois, além de expressamente positivadas ao longo do texto constitucional, estas também têm por finalidade o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, valor máximo de nosso ordenamento jurídico.

Ademais, observa-se que ao exercer função política, tendente a garantir a plenitude dos direitos fundamentais, o Judiciário atua sob a proteção da Constituição Federal, e, portanto, de maneira legítima e democrática. Conforme nos lembra Luís Roberto BARROSO, os juízes, *“ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo”*¹¹⁰, não havendo, por conseguinte, qualquer arbitrariedade em sua atuação.

Por fim, em relação ao estudo da garantia do mínimo existencial e da cláusula da reserva do possível, é permitido concluir que o termo mínimo existencial corresponde à um conjunto de bens e utilidades básicas essenciais a uma vida digna. Além disso, o critério do mínimo existencial contribui profundamente para a definição das políticas públicas prioritárias, imprescindíveis para o desenvolvimento da personalidade humana.

De outro lado, a reserva do possível é cláusula que limita, em certa medida, a realização de determinadas políticas públicas por parte do Estado. A sua aplicação no caso concreto, no entanto, não deve se resumir ao argumento da limitação orçamentária ou da escassez de recursos, devendo ser analisada também, conforme aponta Ingo Wolfgang SARLET, a razoabilidade e a proporcionalidade da pretensão deduzida em juízo¹¹¹.

De acordo com o entendimento mais recente dos nossos tribunais superiores, notadamente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, é possível concluir, finalmente, que a cláusula da reserva do possível deve ser afastada naqueles casos em que o direito pleiteado em juízo integra o conteúdo do mínimo existencial, na medida em que não se justifica o descumprimento, por parte

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas** - Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. 4. ed. jan./fev. 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015, p. 11.

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 287.

do Poder Público, de suas obrigações e deveres constitucionais na área dos direitos fundamentais.

Com efeito, os argumentos da reserva do possível e da escassez ou falta de previsão orçamentárias não são válidos frente à garantia do mínimo existencial, pois, tratando-se de direitos fundamentais relacionados ao postulado da dignidade da pessoa humana o Estado tem a obrigação de alocar (ou realocar) seus recursos, destinando-os à realização das obras e políticas públicas reputadas prioritárias.

Somente se o Poder Público demonstrar que, mesmo com o remanejamento dos recursos às áreas emergentes, a carência orçamentária persiste, é que não se poderá razoavelmente exigir da Administração a implementação da política pública, pois, na medida do possível, sua atuação está de acordo com a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ALEMANHA. **Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*)**. BVerwGE 1, 159. DJ 24.06.1954.
- ALEMANHA. **Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*)**. BVerfGE 40, 121. DJ 18.06.1975.
- ALEMANHA. **Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*)**. BVerfGE 33, 303. DJ 18.07.1972.
- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David de; SERRANO JÚNIOR, Vidal. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas** - Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. 4. ed. jan./fev. 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2015.
- BESSA, Leandro Souza. **Colisão de Direitos Fundamentais: Propostas de Solução**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/125.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.068.731-RS. Rel. Min. HERMAN BENJAMIN. DJ 17.02.2011.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.366.331-RS. Rel. Min. HUMBERTO MARTINS. DJ 16.12.2014.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337-SP. Rel. Min. CELSO DE MELLO. DJ 23.08.2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança nº 22.164/SP. Rel. Min. CELSO DE MELLO. DJ 17.11.1995.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 592.581-RS. Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. DJ 13.08.2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 34, n. 133, jan./mar. 1997

CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da Jurisdição Constitucional e Separação de Poderes: Uma Análise Sistêmica à Luz da Cidadania. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 101, n. 916, fev. 2012.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1993.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um Instrumento de Concretização dos Direitos Fundamentais. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, a. 3, n. 12, abr./jun., 2003.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade. *In*: Emerson Garcia (Org.). **A Efetividade dos Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004.

GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de Derecho Administrativo**. Prólogo à 1ª ed. Madri, 1958.

GOMES, Fernando Roggia. O Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil: possibilidades e limitações. **Revista Bonijuris**, Curitiba, v. 26, n. 607, jun. 2014.

GOUVEA, Ronaldo Guimarães *apud* Eduardo Appio. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a Efetividade dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. **A Relevância dos Serviços Públicos de Saneamento Básico para a Consagração do Direito Fundamental à Saúde**. Curitiba, 2015, 192p., Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3156>. Acesso em: 14 out. 2015.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, mar./mai. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-FERNANDO-MANICA.pdf>>. Acesso em 30 set. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2013

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Inocêncio Mártires COELHO. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2008.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6. ed. atualizada até a EC nº 52/06. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. Curitiba: Juruá, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

PONTES FILHO, Valmir. **O Controle das Políticas Públicas: Cadernos de Soluções Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

PRADO, Safira Orçatto Merelles do. **O Controle Judicial dos Serviços Públicos sob a Perspectiva de Concretização de Direitos Fundamentais**. Curitiba, 2007. 171f. Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Estado Paraná. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/11566/1/controle%20judicial%20-%20safira%20prado.pdf>>. Acesso em 11 set. 2015.

PUCCINELLI JÚNIOR, **A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador**. São Paulo, Saraiva, 2007.

RIBAS, Paulo Henrique. **O Papel do Estado na Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante a Prestação de Serviços Públicos**. Curitiba, 2007. 172f., Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1058>. Acesso em: 06 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da Pessoa) Humana, Mínimo Existencial e Justiça Constitucional: Algumas Aproximações e Alguns Desafios. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 01, dez. 2013.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Trad. de Leonardo Martins. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 663.

SILVA. José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

STERN, Klaus. Global Constitution Movements and New Constitutions. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, nº 2, jul./dez., 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

VIEIRA DE ANDRADE. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo Judiciário e Processo Coletivo Estrutural: o Controle Jurisdicional de Decisões Políticas**. Salvador: JusPODIVM, 2013.