

**A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS:
A realidade brasileira e o embate entre a teoria do
mínimo existencial e a teoria da reserva do possível**

**THE JUDICIALIZATION OF SOCIAL RIGHTS:
Brazilian reality and the clash between the theory of
existential minimum and the theory of reservation possible**

Pedro Henrique Azevedo Lopes Ferreira

Técnico Ministerial no Ministério Público do Estado do Ceará
Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Faculdade Entre Rios do Piauí (FAERPI)
Graduado em Direito pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS).

RESUMO: Os Direitos Sociais são importantes garantias do Estado Constitucional Democrático. São, contudo, constantemente violados pelo Estado Brasileiro. Tem-se como objetivo estudar detalhadamente os argumentos utilizados pela doutrina e pelos próprios magistrados em suas decisões para justificar a intervenção do Judiciário em políticas públicas. Visando a uma análise infra-estrutural, a metodologia adotada no presente estudo é de natureza eminentemente qualitativa e consistirá no levantamento e análise crítica de textos doutrinários e de decisões judiciais paradigmáticas, dando à pesquisa um viés bibliográfico e jurisprudencial. O presente estudo possui como pretensão precípua revelar o embate das teorias do mínimo existencial e da reserva do possível que corriqueiramente são discutidas nas demandas judiciais em que a efetivação de direitos sociais é debatida. É sabido que a Constituição Brasileira possui cunho eminentemente garantidor de direitos, dentre os quais podem ser destacados os direitos sociais. Frente à realidade social local, tem-se que a teoria do mínimo existencial, em regra, deve prevalecer no caso concreto face à teoria da reserva do possível.

PALAVRAS-CHAVE: Efetivação dos direitos sociais. Mínimo Existencial. Reserva do Possível. Realidade brasileira.

ABSTRACT: The Social rights are important guarantees of the democratic constitutional state. It is, however, constantly violated by Brazilian State. The research aims to study in detail the arguments used by the doctrine and judges

THEMIS

in their decisions to justify the intervention of the Judiciary in public policy. Aiming at an infra- structural analysis, the methodology adopted in this study is eminently qualitative nature and consist of the critical survey and analysis of doctrinal texts and paradigmatic judgments, giving the research a bibliographic and jurisprudential approach. This study has the intention to reveal the clash of existential minimum and reserve for contingencies that routinely are discussed in lawsuits where the realization of social rights is debated. It is known that the Brazilian Constitution has eminently guarantor stamp duties, among which social rights can be highlighted. Front of the local social reality, there is the theory of existential minimum as a rule must prevail in this case due to the theory of reserve for contingencies.

KEYWORDS: Fulfillment of social rights. Existential minimum. Reserve for contingencies. Brazilian Reality.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe a explicar a evolução dos direitos sociais no contexto jurídico brasileiro, com um enfoque em sua efetividade perante os poderes que compõem o Estado Constitucional Democrático.

O modelo estatal atual é marcado essencialmente pelo seu cunho social e assegurador de direitos. A própria Constituição Federal, em quase sua totalidade, possui um viés eminentemente humanista. Busca-se garantir direitos conquistados ao longo da história, especialmente os direitos coletivos e difusos, desenvolvidos com intensidade durante a industrialização desenfreada e o período entre guerras, e fomentados, no Brasil, pela derrocada de um período ditatorial.

Hoje, com uma democracia que já data de mais de vinte anos, é sabido que, comumente, os Poderes Executivo e Legislativo são morosos na efetivação de políticas públicas que a eles são incumbidas diante das competências delimitadas pela Constituição Federal de 1988. A literatura, em especial Ana Paula de Barcellos (BARCELLOS, 2008) e Ingo Sarlet (SARLET, 2009), ao se debruçar sobre o tema, encontra diversos obstáculos quando se fala em efetivação de políticas públicas, principalmente quando os olhares são voltados ao Poder Judiciário, que, pelo menos inicialmente, não tem tal função.

Entre os grandes temas debatidos pela doutrina e pela jurisprudência no concernente à efetivação dos direitos sociais estão os confrontos entre a teoria do mínimo existencial e da reserva do possível. Trata-se de um verdadeiro embate entre um Estado que essencialmente se abstém de zelar pelos direitos da sua população e aqueles que tentam efetivar direitos pela via jurisdicional.

Diante dos desafios encontrados pelos estudiosos, surge a importância do presente trabalho, que visa à elucidação do tema, com uma análise do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial sobre a intervenção do Judiciário na efetivação de direitos sociais.

Partindo da premissa de que o Judiciário excepcionalmente pode intervir em políticas públicas para garantir sua efetividade, tem-se como objetivo estudar detalhadamente os argumentos utilizados pela doutrina e pelos próprios magistrados em suas decisões para justificar a referida intervenção. Tal análise é de uma importância fundamental, porquanto seu intuito é exatamente o de legitimar o Judiciário a ser ativista, intervindo e auxiliando a população diante de uma inércia injustificada de seus representantes.

Propõe-se o presente estudo, por fim, a apresentar uma contribuição acadêmica para o combate à constante violação dos direitos sociais pela classe política brasileira.

2 O EMBATE ENTRE AS TEORIAS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL

O Estado Brasileiro é marcado por um modelo constitucional pós-ditatorial, e, em consequência disso, possui também forte ligação à ideia de um estado prestacional, o que, por certo, gera embates de teorias quando da efetivação ou não das políticas garantidas pelo ordenamento constitucional.

A Constituição de 1988, assim, inspirada pelas constituições ibéricas, e fortalecida, ainda, pelo desfecho da Segunda Guerra Mundial e, principalmente, como dito, pelo fim do regime ditatorial que a precedeu, passou a reconhecer vasto rol de direitos fundamentais.

Daniel Sarmiento (2009, p.278-279), traçando linhas sobre o constitucionalismo brasileiro e tratando de sua evolução, assim aduz:

O processo histórico que se desenrolou na Europa Ocidental a partir do final da Segunda Guerra, no Brasil só teve início após a promulgação da Constituição de 88. É verdade que já tínhamos controle de constitucionalidade desde a proclamação da República. Porém, na cultura jurídica brasileira de até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas. Exemplos disso não faltam: a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições foram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas.

Tem-se, porém, notável percepção de que os direitos constitucionais encontram diversos percalços em sua efetivação, mesmo no presente. Para se concretizar a isonomia material, buscando uma equiparação dos desiguais com iguais, não é suficiente garantir apenas que o Estado se abstenha, mas também que intervenha sempre que necessário. Tal situação é comum no âmbito brasileiro, contudo, inobstante a Constituição Federal garanta tais direitos, estes são muitas vezes obstaculizados pelo próprio Estado. Assim, surge um grande embate de teorias levadas a juízo e que, não raramente, chegam à cúpula do Judiciário brasileiro. Trata-se do confronto mínimo existencial *versus* reserva do possível.

Analisar-se-á adiante o confronto entre as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível. Nota-se que existe constante debate nos julgados nacionais em que os Estados em geral, diante de uma provocação por meio da jurisdição, alegam a impossibilidade de efetivar direitos a pessoas específicas. Como principal fonte de tal argumento encontra-se a teoria da reserva do possível. De outro lado, no entanto, as pessoas visam à efetivação de seus direitos previstos constitucionalmente, alegando que é papel do Estado fornecer-lhes, ao menos, o mínimo existencial.

Forma-se, assim, uma segunda teoria elaborada por aqueles que buscam a efetivação de seus direitos. É imperioso, portanto, debruçar-se sobre tais temas com cautela.

2.1 O mínimo existencial: a garantia

A chamada dignidade da pessoa humana, fundamento da república insculpido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, é termo axiológico de difícil definição, consagrado em constituições de diversos países como “valor supremo”, inclusive no Brasil, sendo discutida em maior ou menor monta, em significativa quantidade de lides. O seu conteúdo é vasto e de difícil delimitação, justamente porque o seu termo possui diversos significados ao longo dos tempos e espaços. O que é digno no Brasil pode não ser em outro Estado, e o que era digno antes não pode ser hodiernamente, justamente por concepções ideológicas e novos paradigmas sempre surgirem, sobrepondo-se uns aos outros. Marcelo Novelino Camargo (2007, p. 117), em artigo sobre o tema, aduz com clareza:

Uma série de obstáculos dificulta a tarefa de delimitar o seu conteúdo. Por se tratar de uma noção polissêmica, indeterminada e de pouca densidade semântica, muitos sustentam que seus contornos vagos e imprecisos a tornam insusceptível de uma concretização jurídica séria. Outrossim, a influência de determinadas concepções ideológicas e de fatores temporais e espaciais contribuem para aumentar a complexidade desta tarefa, sendo mais fácil dizer quando a dignidade humana é violada do que definir o que ela significa. Estas dificuldades levaram Bonoit Jorion a concluir que é necessário se contentar apenas com a enumeração dos direitos que podem ser fundados na dignidade, pois, apesar de desejável, não seria possível defini-la, seja por se tratar de uma noção intuitiva – mais fácil de ser percebida do que definida, seja pelo fato de ser controversa – variável de acordo com a época, o lugar ou mesmo o interlocutor.

Nesse contexto, nas mais diversas lides que se instalam no Judiciário brasileiro, se vê uma vulgarização do instituto supramencionado. Pela indefinição conceitual trazida e pela dificuldade de ser conceituada, a dignidade da pessoa humana é utilizada como *ultima ratio*, conceito que se comporta como “chave-mestra” para fundamentar petições ou sentenças, ambas muitas vezes destituídas de um embasamento legal.

THEMIS

Tal fenômeno, explica Soraya Santos Lopes, é capaz de banalizar um valor de fundamental importância para o saudável desenvolvimento do arcabouço jurídico brasileiro:

No Brasil, em decorrência da banalização do uso da garantia da dignidade humana, muitos casos de restrição a direitos fundamentais tendem a ser considerados como uma afronta a essa garantia. Uma breve análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal indica um cenário que dá indícios para a confirmação dessa hipótese. A inflação no uso da dignidade humana no discurso forense não tem ligação direta com a realidade social do país e é um fenômeno limitado exclusivamente ao discurso jurídico. Com o passar do tempo, quanto mais se recorre a um argumento sem que ele seja necessário, maior é a chance de uma banalização do seu valor. É o que vem ocorrendo com a dignidade humana (LOPES, 2004).

Immanuel Kant(2004, p. 65), em sua obra Fundamentos da Metafísica dos Costumes, entendeu a pessoa humana como um fim em si mesma, não podendo esta ser objeto de “coisificação e instrumentalização”, e, apresentando um conceito preliminar de dignidade da pessoa humana, assim elencou:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

Vê-se justamente que tal conceito é aberto e que possui evolução considerável de 1785, data da publicação da obra citada, até os dias presentes. Contudo, a dignidade da pessoa humana, embora não possua um conceito pré-moldado, de fácil explanação, justamente por ser maleável ao longo dos tempos, não impede que seja aplicável. Luís Roberto Barroso (2010), em uma difícil missão de encontrar seu conteúdo mínimo, dita que, em assim o fazendo, poder-se-ia uniformizar seu uso de forma transnacional, e, além disso, contribuir para montar teses em casos de dificultosas soluções, o que daria maior transparência aos processos decisórios, gerando um controle social mais eficiente.

O autor busca definir a dignidade da pessoa humana como um valor moral que, ao longo do tempo, tornou-se um elemento fundamental dos Estados Democráticos, e, nesse ínterim, transformou-se em princípio jurídico. Dessa forma, procede a um corte que a divide em três tipos de efeitos que poderiam influenciar nos casos concretos, que denomina “eficácias”. A primeira seria a eficácia direta, traduzida na possibilidade de proceder-se a uma extração de um núcleo essencial dentro de determinado princípio, de forma a aplicá-lo como se faz com as regras, por meio de subsunção. A segunda, denominada eficácia interpretativa, aduz que os institutos jurídicos devem ser entendidos de forma a realizarem da melhor maneira possível a dignidade humana, o que integra o critério de ponderação de princípios. A derradeira, eficácia negativa, tem o intuito de paralisar qualquer norma que vá de encontro à dignidade humana e que possua natureza incompatível com ela (BARROSO, 2010).

Em relação aos conteúdos mínimos da dignidade humana, dividem-se estes em valor intrínseco da pessoa, a autonomia da vontade e valor comunitário.

O valor intrínseco da pessoa humana significa que cada uma possui um fim em si, tendo sua importância individualizada no seio social. Nesse sentido, a pessoa possui características próprias que a individualizam, sendo merecedora do mesmo tratamento de sua similar, daí decorrendo que possui individualmente o direito à vida, igualdade, integridade física e psíquica, entre outros (BARROSO, 2010).

A autonomia da vontade é considerada o elemento ético da dignidade humana. Tal elemento está ligado à possibilidade do indivíduo autodeterminar-se. Possui duas dimensões, uma pública e uma privada, a primeira ligada aos direitos e liberdades individuais e a segunda ligada aos direitos sociais e ao mínimo existencial (BARROSO, 2010).

O último elemento que o autor cita, o valor comunitário, identifica a relação entre o indivíduo e o grupo. Nesse sentido, a dignidade humana é composta por valores que são compartilhados pela sociedade, o que não se pode confundir com o desejo da maioria, que pode ser pernicioso. Deve-se sempre averiguar, portanto, a existência de direitos fundamentais em jogo, a existência de forte consenso social em relação a questão e a possibilidade de riscos a direitos de terceiros (BARROSO, 2010).

THEMIS

Por fim, no que pertine aos direitos sociais, uma das saídas encontradas para poder se utilizar a dignidade da pessoa humana como fundamento merecedor de crédito e de efetivação, é adotar a teoria do denominado mínimo existencial. Luís Roberto Barroso (2010, p. 25, 26), ainda tecendo considerações sobre a dignidade da pessoa humana e seu conteúdo mínimo, aduz:

Por fim, a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, em cujo âmbito merece destaque o conceito de mínimo existencial. Para ser livre, igual e capaz de exercer sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. Vale dizer: tem direito a determinadas prestações e utilidades elementares. O direito ao mínimo existencial não é, como regra, referido expressamente em documentos constitucionais ou internacionais, mas sua estatura constitucional tem sido amplamente reconhecida. E nem poderia ser diferente. O mínimo existencial constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral e seu conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública. Não é possível captar esse conteúdo em um elenco exaustivo, até porque ele variará no tempo e no espaço. Mas, utilizando a Constituição brasileira como parâmetro, é possível incluir no seu âmbito, como já feito na doutrina, o direito à educação básica, à saúde essencial, à assistência aos desamparados e ao acesso à justiça. Por integrar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o mínimo existencial tem eficácia direta e imediata, operando tal qual uma regra, não dependendo de prévio desenvolvimento pelo legislador.

Nessa matéria, portanto, torna-se necessário, inicialmente, elaborar uma diferenciação pontual entre dois conceitos: o de “mínimo vital” e o de “mínimo existencial”. O primeiro preocupa-se com o ponto de vista biológico, centrando-se na manutenção da vida e ao que seria a ela imprescindível, bastando, assim, a garantia da sobrevivência ao ser humano, independente de ser digna ou não, tutelando-se, então, essencialmente, o direito à vida, sem maiores digressões. O segundo, que possui total prevalência na seara constitucional, doutrinária e jurisprudencial, possui o enfoque ligado diretamente à dignidade da pessoa humana. Preocupa-se com uma dimensão sociocultural, muito além do simples garantir da vida. Consiste, portanto, em o Estado proporcionar ao seu povo uma

vida minimamente digna, buscando uma efetivação dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal (SARLET, 2008).

Assim, garantir o mínimo existencial ao cidadão torna-se uma forma de efetivar o fundamento da dignidade da pessoa humana, elencando prioridades quando da alocação de recursos. O mínimo existencial é entendido então como um núcleo dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais que possuem efetividade imediata, devendo sempre ser garantidos pelo poder público, sem se submeter à chamada reserva do possível. Como será explanado adiante, a reserva do possível deve servir como fundamentação para limitação orçamentária em certos direitos, mas jamais poderá se sobrepor aos direitos constitucionalmente garantidos e albergados pelo mínimo existencial.

Edinilson Donisete Machado e Luiz Henrique Martim Herrera (2010) fazem uma observação pertinente sobre o tema:

Importante salientar, que mesmo que se aceite a teoria do mínimo existencial, deve-se tentar ampliar ao máximo o núcleo essencial do direito, de modo a não reduzir o conceito de mínimo existencial à noção de “mínimo vital”. Afinal, se o mínimo existencial fosse apenas o mínimo necessário à sobrevivência, não seria preciso constitucionalizar os direitos sociais, bastando reconhecer o direito à vida. Hoje se deve buscar a ideia da máxima efetividade, ou seja, devemos lutar não pelo padrão mínimo de existência, e sim o padrão máximo possível dentro do que o Estado possa cumprir! É certo, porém, que a discussão em torno da efetividade dos direitos sociais prestacionais não poderá escapar da análise dos elementos e condições financeiras do Estado para que se atenda aos preceitos fundamentais da Constituição Federal. Porém, a escassez de recursos orçamentários jamais poderá se tornar óbice à garantia das condições mínimas de existência humana, sob pena de sacrifício do princípio basilar do constitucionalismo moderno, qual seja, o princípio da dignidade humana.

Nessa esteira, considerando a dignidade da pessoa humana como fundamento do ordenamento jurídico brasileiro, é fato que, ao se ler a Constituição Federal, deve-se ter em mente que os direitos fundamentais ali insculpidos são imediatamente aplicáveis, mas os direitos sociais merecem atenção redobrada. Como dito, o mínimo existencial, ligado diretamente ao princípio basilar constitucional,

THEMIS

visa assegurar, sobretudo, que o Estado garanta o fim essencial ao qual é constituído, o bem-estar coletivo, garantindo a todos, no mínimo, uma existência digna.

Embora seja difícil também delimitar o conteúdo do que se constitui em mínimo existencial, existem nortes constitucionais que auxiliam os três poderes quando da elaboração, efetivação e julgamento no que se refere à matéria. A Lei Maior, ao tratar dos direitos sociais, muitas vezes traz diretrizes básicas no que se refere a políticas públicas garantidoras de direitos. Defende-se que, quando a Constituição Federal traz à tona a direção que deve seguir o Estado, não pode esse esvair-se da obrigação alegando qualquer dificuldade orçamentária. Exemplos do explanado são encontrados expressamente nas previsões para a saúde e para a educação. A tarefa, contudo, se torna mais dificultosa em relação a direitos que não tem diretrizes orçamentárias constitucionalmente previstas, como a moradia, conforme se analisará adiante.

O ponto de partida dessa explanação deve ser o art. 6º da Constituição Federal, que sistematiza um rol de direitos sociais, assim ditando de forma exemplificativa: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Quanto à saúde, os arts. 196 e seguintes traçam que esta é direito de todos e dever do Estado, a ser garantida mediante políticas públicas. Seguindo, garante-se que o Poder Público deverá regulá-la, possuindo um sistema único e também em parceria com particulares. O que chama mais atenção, porém, é o contido no § 2º do art. 198, que vale ser citado:

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde **recursos mínimos** derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.(grifou-se)

Assim, garante o Constituinte que saúde, além de direito de todos e dever do Estado, deve ter recursos mínimos a ela destinados. Da interpretação sistêmica dos ditames constitucionais, extrai-se a seguinte premissa: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) é um fundamento a ser tutelado pelo Estado, que deve ser garantido por meio de diversos direitos sociais (art. 6º), estes imediatamente efetiváveis (art. 5º, §1º), e aos quais, deverá ser garantido um aporte financeiro que seja suficientemente mínimo (art. 198, §2º, no caso da saúde) para que seja algo concretizável e para que o Estado alcance a função para a qual fora originalmente criado.

Em relação à educação, o mesmo raciocínio é aplicado, sem qualquer divergência ou mudança no pensamento do Constituinte. O art. 205 garante que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, é promovida e incentivada com colaboração da sociedade. O art. 208 garante que o Estado efetivará a educação, nos seguintes termos:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. § 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

Dessa forma, prova-se que o mesmo pensamento supramencionado é aplicável a este direito, não se admitindo que restrições orçamentárias comprometam sua efetivação. A premissa é a mesma, mas com mudança em algumas variáveis:

THEMIS

a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) é um fundamento a ser tutelado pelo Estado, que deve ser garantido por meio de diversos direitos sociais (art. 6º), estes imediatamente efetiváveis (art. 5º, §1º), e aos quais deverá ser garantido um aporte financeiro que seja suficientemente mínimo (art. 208, no caso da educação) para que seja algo concretizável e para que o Estado alcance a função para a qual fora originalmente criado.

Com a referida tese não se defende que o discurso da escassez de recursos e da reserva do possível é inócuo, mas ao contrário, defende-se que ele se aplica a direitos no geral, mas jamais poderia ser alegado em direitos que a própria Constituição Federal proclama como imediatamente aplicáveis, garantindo-lhes receita para tal fim. Adiante neste trabalho será demonstrado, em casos recentes, como e sob que argumentos se dá a negativa do Estado em aceitar custear determinados tratamentos de saúde ou outros direitos imediatamente aplicáveis.

Como dito, contudo, alguns direitos não possuem a reserva orçamentária expressamente prevista constitucionalmente, como é o caso da moradia, não podendo se aplicar a premissa acima delineada. Daí, surge uma ideia de que é defensável a escassez de recursos no momento de efetivá-la. E, de fato, o é, mas isso, contudo, não tira o caráter de efetividade de direitos dessa natureza, sofrendo estes apenas do efeito das chamadas escolhas trágicas, que são opções que têm a Administração Pública na hora de alocar recursos que, por sua natureza, são escassos.

A adjetivação que caracteriza tais medidas a serem tomadas pela Administração Pública não vem sem motivo. É certo que, segundo fundamentos básicos da economia, os recursos são naturalmente escassos em face de necessidades humanas ilimitadas, como aduz Marco Antonio Sandoval de Vasconcellos (2008). Diante de tal quadro, é possível observar que o Poder Público fica, em diversas situações, tendo de eleger a área e a situação em que alocará recursos, o que é uma tarefa difícil frente a uma necessidade ilimitada daqueles regidos pelo Estado prestacional. Inobstante haja um dever constitucional, em teoria, de garantir à todos tratamento isonômico e efetivar direitos sociais, existirá sempre a questão fática da escassez de recursos a ser enfrentada, juntamente com a subjetividade que permeia as escolhas trágicas, essencialmente em que se constituiria o mínimo existencial.

A tais escolhas se submetem o Legislador e o Executivo, mas não o Judiciário (SCAFF, 2003), que, comumente, efetiva de maneira reflexa os direitos sociais, seja pela via liminar, em momento anterior ao dano, seja pela via indenizatória, em momento posterior, já tentando remediá-lo ao máximo, como se explanará adiante.

Sobre o papel do Judiciário nesses casos, Kazuo Watanabe(2011, p. 18) é pontual:

A adoção do conceito de mínimo existencial é feita para possibilitar a tutela jurisdicional imediata, sem a necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica, e sem a possibilidade de questionamento em juízo, das condições práticas de sua efetivação, vale dizer, sem sujeição à cláusula da reserva do possível.

E é exatamente assim que age o Judiciário brasileiro. Perante a inércia dos poderes públicos, e, provocado por uma sociedade que se vê abandonada por aqueles que deveriam lhe representar, acaba ficando com um papel que não lhe é originalmente inerente. Isso acaba, por vezes, a levar a Administração Pública a aduzir que há uma constante violação da separação dos poderes, o que será desmistificado no decorrer desta explanação.

Conclui-se que a teoria do mínimo existencial é de relevância ímpar na sistemática garantista de direitos, porquanto tenta otimizar e delimitar sobre quais direitos deverá a Administração Pública garantir com prioridade de alocações de recursos. Ao mesmo tempo, serve também para mostrar ao Judiciário a sua área de atuação quando da análise de tais direitos.

De fundamental importância, também, é proceder ao estudo detalhado da teoria da reserva do possível. Assim, há a possibilidade de compreender os principais argumentos usados pela Administração Pública para negar determinados procedimentos, juntamente com a sua permanência ou não perante o ordenamento jurídico visto como deve ser, de forma uma e indissociável dos princípios que o norteiam. Passar-se-á a essa análise adiante.

2.2 A reserva do possível: a limitação

A denominada reserva do possível é uma teoria de origem germânica, sendo tal expressão difundida no ano de 1972 em caso julgado pela Corte

THEMIS

Constitucional alemã, que gravitava sobre a limitação de vagas em universidades públicas. No caso, segundo descreve Rogério Tair(2009), existia uma grande demanda, não suportada pelas universidades, pelo ingresso de jovens estudantes no ensino superior. A Constituição alemã não entendia a educação como direito fundamental, contudo, o Tribunal Constitucional entendeu que tal pretensão passava pelo direito fundamental à liberdade de escolha profissional, que exigia, por consequência lógica, o direito de acesso ao ensino universitário, garantindo-se tal direito concretamente. Reconheceu-se a escassez de recursos, mas isto não fora suficiente para convencer o Tribunal. Alceu Maurício Júnior(2009, p. 61) explica:

O reconhecimento da reserva do possível não impediu que o Tribunal alemão efetuasse uma intervenção sobre a política de ensino superior. Na sentença *numerus clausus* e nos julgados que a sucederam, o Tribunal declarou ser necessário que a instituição de ensino demonstrasse que o espaço disponível estava completamente preenchido para que as vagas fossem numericamente limitadas. Com isso, o Tribunal acabou acelerando as políticas para um controle central da educação superior na Alemanha, de forma a otimizar a utilização dos recursos existentes. A reserva do possível, como se pode notar, não foi ignorada, mas também não encerrou a discussão.

A reserva do possível, ligada umbilicalmente à questão da eficácia dos direitos sociais, segundo explana Dirley da Cunha Júnior, pode ser entendida da seguinte forma: a efetividade e concretização dos direitos sociais é dependente da disponibilidade orçamentária nos cofres públicos, que deverão possuir a verba necessária para satisfazer as prestações materiais que definem seu objeto. No mais, a distribuição de tais recursos é ato discricionário da administração, entendida esta no âmbito tanto do Executivo como do Legislativo, que, juntos, compõem os entes que definem a distribuição do orçamento público(CUNHA JÚNIOR, 2007).

Tal teoria consiste, em última hipótese, numa questão de cunho eminentemente fático que se refere à existência efetiva de recursos para a efetivação de determinado direito. Pode ser considerado o contrapeso na balança da qual o mínimo existencial faz parte, limitando-o. Ana Paula de Barcellos(2008, p.261-262), em tese sobre a eficácia dos princípios constitucionais, é enfática ao explicitar:

De forma geral, a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Novamente: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.

Levando tal pensamento em consideração, vê-se que, de fato, seria inócua defender que todos os direitos sociais devem ser efetivados independentemente de qualquer outro fator, ao passo que, se assim o fosse, os recursos fundamentais à manutenção da nação se esvaneceriam, e, no fim, ninguém teria qualquer direito garantido. Isso tudo mostra o quão importante é a reflexão acerca do mínimo existencial e da necessidade de sua convivência harmônica com a reserva do possível.

Tal instituto merece considerável estudo justamente por demonstrar ser de grande utilidade como um limitador de efetivação de direitos, ou seja, sem que recursos públicos sejam despendidos irrazoavelmente na efetivação daquilo que não pode ser considerado como albergado pelo mínimo existencial. Luís Fernando Sgarbossa(2010, p.346) faz considerações sobre o tema:

Pensa-se ser possível, diante do quanto visto, afirmar que o principal mérito da reserva do possível é aquele que ela ostenta na dimensão que lhe era central em suas origens imediatas, na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão da década de 1970: impor um limite máximo às pretensões individuais em face do Estado Social, excluindo demandas dessarzoadas.

Contudo, como dito, essa teoria é originariamente alemã, e, como boa parte dos institutos brasileiros relativos ao direito público, foi de lá importada, o que causa algum problema. É sabido que a realidade social da Alemanha é bem diferente da brasileira. Naquela sociedade, de desenvolvimento mais elevado, os direitos tidos como sociais são uma realidade, existindo um nível tolerável de bem-estar social. No Brasil, contudo, a realidade é bem diferente, com a existência de

THEMIS

diversas normas de cunho programático, o que não permite que a teoria seja aplicada diretamente sem qualquer adaptação ou reflexão. Dirley da Cunha Júnior(2007, p. 436) trata com precisão do assunto:

A chamada reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórico-concreta brasileira. Nestas diferentes ordens jurídicas concretas não apenas as formas de lutas, conquistas e realização e satisfação dos direitos, mas também os próprios paradigmas jurídicos aos quais se sujeitam. Assim, enquanto a Alemanha se insere entre os chamados países centrais, onde já existe um padrão ótimo de bem-estar social, o Brasil ainda é considerado um país periférico, onde milhares de pessoas não têm o que comer e são desprovidas de condições mínimas de existência digna, seja na área da saúde, educação, trabalho e moradia, seja na área da assistência e previdência sociais, de tal modo que a efetividade dos direitos sociais ainda depende da luta pelo direito entendida como processo de transformações econômicas e sociais, na medida em que forem necessárias para a concretização desses direitos.

Assim, observa-se que não é sábio aplicar-se um instituto intimamente ligado aos direitos sociais e desenvolvido em condição social completamente diferente à da sua origem em um país estranho a tal realidade, ao passo que se corre o risco, na verdade mais do que certo, de se cometer as mais diversas injustiças. A teoria da reserva do possível somente passou a ser mais estudada pela doutrina brasileira a partir da década de 1990, segundo relata Ana Paula de Barcellos(2008, p.263), que explica claramente que tal instituto fora utilizado como “mote mágico” que impossibilitava qualquer avanço no pleito dos direitos sociais, sendo tal mote aceito porque era desconhecido, e o que é desconhecido causa medo.

Pelo território brasileiro tal teoria apenas passou a ser mais disseminada e estudada com a publicação da famosa obra americana de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein denominada *The cost of rights* – O custo dos direitos - na qual se elaborou um estudo de viés eminentemente econômico relativo ao quanto custava para os cofres públicos a efetivação de direitos. Segundo esses autores, quaisquer direitos a serem efetivados possuem custos, do tratamento à saúde ao direito de propriedade. Alceu Maurício Jr.(2009, p. 261) explica a premissa fundamental dos autores:

Holmes e Sunstein partem da premissa de que um interesse é qualificado como direito quando um efetivo sistema legal o trata desta forma, utilizando recursos coletivos para defendê-lo. Assim, “direitos no sentido jurídico têm dentes”, ao contrário de simples direitos morais, que seriam meras obrigações de consciência, mas não obrigações jurídicas no território de uma nação-estado.

O estudo da reserva do possível passa, ainda, pela questão das denominadas escolhas trágicas. Tais escolhas, como já dito, consistem no manejo das verbas que seriam necessárias em determinada área para albergar outras de maior necessidade em cada caso.

Existe, também, outra problemática sobre o tema, esta consistente em um dos principais focos deste trabalho. A judicialização para garantir tais direitos mínimos e o acatamento pelo Judiciário poderia tornar este Poder um executor direto de políticas públicas, ferindo o princípio basilar da Separação dos Poderes e causando injustiças? A doutrina se digladia sobre o tema. De um lado, Gustavo Amaral (2001) entende que esse fenômeno de concretização pelo Judiciário pode causar injustiças, podendo existir escolhas desproporcionais, forçando, por vezes, o Executivo a retirar recursos de uma área para outra. Do outro, entende Dirley da Cunha Júnior(2007, p. 404) que o Poder Judiciário apenas estaria efetivando o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o princípio da inafastabilidade jurisdicional, conforme explana:

Convém asseverar que a ausência de concretização jamais poderá representar óbice à aplicação imediata das normas de direitos fundamentais pelos juízes e tribunais, uma vez que, segundo aqui defendemos, o Judiciário, amparado no que dispõe o art. 5º, §1º, combinado com esse mesmo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não apenas está investido do indeclinável dever de garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais, como está autorizado a remover eventual lacuna decorrente da falta de concretização, podendo se valer, para tanto, dos meios fornecidos pelo próprio sistema jurídico positivado, que contempla norma do art. 4º da LICC, segundo a qual “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”(CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 404).

THEMIS

Nessa perspectiva, parece ser mais acertada a segunda opinião, que ganha força, e, pode-se dizer, é majoritária no atual momento, inclusive com decisões do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido, conforme se delineará no momento oportuno, quando se tratar da ADPF 45 MC/DF/2004 e demais casos.

É imperioso que a reserva do possível seja entendida sob um duplo viés: um de natureza fática, e outro de natureza jurídica. O primeiro relaciona-se com a efetiva possibilidade existente no orçamento público capaz de efetivar o direito almejado, enquanto o segundo consistiria na possibilidade de autorização orçamentária para que o Estado efetive tais direitos, consistindo na disposição dos recursos pelo próprio destinatário da norma. Dessa forma, Alceu Maurício Júnior (2009, p. 62) é enfático ao aduzir que “a reserva do possível impõe um complexo balanceamento de razões, que envolve o conjunto de necessidades de dispêndios públicos, exigibilidade jurídica desses dispêndios e possibilidade fática de sua realização”.

Fica claro, diante do exposto, uma situação, também percebida por Rogério Taiar(2009): a cláusula da reserva do possível serve como instrumento que condiciona a efetivação dos direitos humanos quando considerados economicamente, mas não deve impor a negativa de sua efetivação, porquanto este não é o intuito para o qual fora originalmente criada. Ademais, o fim, em si, do Estado, é a garantia do bem comum, motivo pelo qual restringir a efetividade de direitos sociais sem um critério objetivo poderia ser considerado um embate direto contra a própria Constituição Federal e o objetivo de almejar o bem comum objetivado pelo Estado. Ana Paula de Barcellos(2008, p.436), sintetizando seu pensamento sobre o tema, expõe com clareza:

A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. Nada obstante a utilização exaustiva do argumento da reserva do possível pelo Poder Público, que acabou por gerar certa reação de descrédito, é preciso não ignorar o assunto, sob pena de divorciar o discurso jurídico da prática de tal forma que o jurista pode até prosseguir confiante, quilômetros de distância, até olhar para trás e para os lados e perceber que está sozinho. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida

gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição

E é assim que se conclui pela necessidade da utilização da reserva do possível, justamente pelo fato de esta ser, em sua essência, necessária à efetivação de direitos, ao passo que a limitação orçamentária existe juntamente com os diversos direitos sociais sindicáveis ainda não concretizados. Não pode ser, contudo, utilizada de forma desconexa da realidade brasileira, como fazem os Estados no geral ao alegá-la para se escusar das prestações de direitos sociais. Em posicionamento radicalmente contra a aplicabilidade dos condicionamentos da reserva do possível ao cenário brasileiro, Dirley da Cunha Júnior (2007, p. 436) é enfático ao salientar que:

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível

Entende-se, então, que a reserva do possível pode até servir ao cotidiano brasileiro, mas com grandes ressalvas que remetem à sua origem. Não se pode ignorar a existência da limitação orçamentária, mas esta jamais poderá ser utilizada como um óbice à efetivação de direitos sociais.

Como explanado, tais direitos são o fim precípua do Estado, devendo ser por ele garantidos com prioridade máxima. Não é razoável exigir que recursos da saúde que estejam com destinação já delimitada sejam remanejados para atender determinada pessoa que precisa daquela prestação. Contudo, é plenamente exigível, embora não seja uma tarefa simples, que recursos de outras áreas menos prioritárias sejam direcionados à efetivação de direitos sociais, sob pena de acarretar responsabilidade do Estado e do gestor público por danos causados àquele que, na verdade, tem o direito de ser albergado e protegido pelo ente estatal.

A seguir, passa-se a analisar como vem se comportando a jurisprudência pátria em tais casos e quais teorias esta defende, inclusive visualizando de forma concreta o confronto mínimo existencial *versus* reserva do possível.

3 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Feita a análise da exigibilidade dos direitos sociais, das suas formas de efetivação e dos obstáculos encontrados, cabe, nesse momento, uma reflexão acerca do entendimento jurisprudencial relativo a tais temas.

Far-se-á, de início, uma análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, do Distrito Federal, porquanto consiste esta em um caso que é marcante no assunto. Inobstante tenha havido perda do objeto quando de sua análise, o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, teceu comentários sobre a efetivação de políticas públicas pelo Judiciário que passaram a nortear a Jurisprudência da Suprema Corte desde então. Daí, imperiosa a sua análise.

Empós, é de fundamental importância analisar casos concretos em que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça confrontaram o mínimo existencial e a reserva do possível. Junto a isso, é importante analisar a possibilidade de interferência do Judiciário em políticas públicas, em especial nas que envolvem direitos fundamentais sociais à educação e à saúde, matérias que rotineiramente chegam àquelas cortes.

Salienta-se que tal ênfase nos direitos à educação e à saúde se dá pelo fato de constituírem estes dois conteúdos essenciais do mínimo existencial, segundo justifica Ana Paula de Barcellos (2008, p. 288):

Com efeito, educação e saúde formam um primeiro momento da dignidade humana, no qual se procuram assegurar condições iniciais tais que o indivíduo seja capaz de construir, a partir delas, sua própria dignidade autonomamente. Observe-se que, embora se faça referência a um momento inicial, essas prestações não se concentram necessariamente na infância e juventude: a saúde básica será um elemento que acompanhará a pessoa por toda a sua existência e a educação fundamental poderá vir a ser prestada em qualquer fase da vida, caso não o tenha sido na infância.

Nota-se, então, que tais direitos são, de fato, um grande sustentáculo para a existência digna do ser humano, motivo pelo qual se faz necessário um enfoque sobre ambos. É exatamente por serem de tamanha importância que a própria Jurisprudência se posiciona com maior veemência nestes aspectos, especialmente quando o Estado esquiva-se da sua atribuição constitucional de promover o bem comum. Por tais motivos, é imperioso que o presente estudo passe a analisar os casos concretos sobre o assunto, o que se fará nas linhas que seguem.

3.1 Análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45

A análise desta ADPF, como dito, é imprescindível para o estudo da efetivação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. No caso concreto, em 2003, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) discordava do entendimento do Presidente da República quando este vetou um determinado artigo que comporia a Lei de Diretrizes Orçamentárias. O dispositivo possuía grande relevância, porquanto destinava verbas do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza à saúde.

Dessa forma, inconformado com o veto presidencial e arguindo que este desrespeitava a Emenda Constitucional 29/2000 que garantia recursos mínimos para a saúde, o partido propôs a ADPF em tela. Contudo, pouco tempo depois do referido veto, o Presidente da República remeteu ao Congresso Nacional projeto de lei que restaurava integralmente a redação do artigo anteriormente vetado, o que, por certo, fez a ADPF perder seu objeto.

Porém, o Ministro Celso de Mello, relator do caso, observando a relevância das questões por ele trazidas, em despacho pelo arquivamento do feito, traçou considerações que refletiram de forma precisa o entendimento do Pretório Excelso. A primeira grande questão tratada pelo relator consistiu na possibilidade de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas diante do descaso dos poderes que geralmente possuem tal atribuição. Assim explanou o Ministro:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...], pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os

órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre elas incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.¹

Dessa forma, firmou o Ministro Celso de Mello, entendimento de que o Poder Judiciário tem a possibilidade de intervir em atividades que mormente competem ao Legislativo e ao Executivo – as políticas públicas. Contudo, tal entendimento é uma exceção, não uma regra. Entende-se que o Poder Judiciário deverá intervir, quando solicitado, se realmente a inércia dos demais Poderes chegar a ponto tal que ofenda os ditames constitucionais relativos aos direitos sociais, econômicos e culturais sem justificativas razoáveis.

Aduziu o Ministro, ainda, que o abuso ou a inércia governamental não deve atingir o núcleo “consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo”². O papel da Suprema Corte deve ser o de garantir, portanto, o cumprimento racional dos preceitos constitucionais, essencialmente quando a sua fruição sofrer empecilhos pelos demais Poderes.

Inobstante tal atitude sofra duras críticas de parcela doutrinária, que vê no chamado **ativismo judicial** grande abalo no princípio da Separação dos Poderes, este estudo não tem como objetivo precípuo uma análise de tal tema, mas apenas a exposição do atual quadro dentro do Pretório Excelso. De toda forma, filia-se à posição de que, em meio à inércia dos demais poderes e da desobediência demasiada dos preceitos constitucionais por parte do Executivo e Legislativo, somente sobra ao Judiciário contornar tal situação. Não há outras alternativas a curto prazo. Na atual situação, consiste o ativismo em um mal necessário.

Superada tal questão, outro ponto de grande relevância na ADPF é a concessão de importância ímpar à reserva do possível. O Ministro buscou delimitar, inclusive, uma regra para que esta seja aplicável nos casos concretos. Admitiu que todo direito possui custos e citou a teoria de Holmes e Sunstein aqui mencionadas (vide item 2.3), aplicando, portanto, o instituto alemão ao Direito brasileiro. O ponto fulcral da sua exposição passou a ser exatamente a utilização de critérios determinados condicionantes à efetivação dos direitos, critérios estes decorrentes da própria reserva do possível:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.[...] Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da reserva do possível, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público, e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.³

Assim, pode ser considerado paradigmático o entendimento do Ministro Celso de Mello, porquanto delimitou as condicionantes da reserva do possível para que pudessem ser aplicadas nos casos concretos. Inferiu-se, então, um critério determinado para que o Estado possa arguir e provar que a garantia de determinado direito não é possível naquela situação. O primeiro – a razoabilidade da pretensão – é desdobramento de um princípio bastante utilizado naquela corte, o próprio Princípio da Razoabilidade.

Se o que se exige não é razoável, como, determinados tratamentos de saúde no estrangeiro que poderiam ser feitos de forma alternativa pelo Sistema Único de Saúde, ou exigir que o Estado conceda determinadas bolsas de estudos em uma escola particular quando a pública está a disposição, é óbvio que o Estado não poderá arcar com tais pretensões em prejuízo da coletividade, devendo respeitar também a isonomia. Tal atitude, hoje, por vezes ainda beneficia principalmente pessoas de alta classe social que, não desejando gastar com caros tratamentos no estrangeiro, recorrem ao Judiciário para que faça o Estado por ele custear. Neste ponto concorda-se com Rogério Tairar(2009, p. 49):

Há necessidade de uma mudança nos padrões sociais brasileiros, que ainda refletem grandes desigualdades, para redirecionar os direitos sociais para seu verdadeiro propósito, que é a promoção da inclusão social dos excluídos.

THEMIS

Assim, o primeiro critério delineado pelo Ministro Celso de Mello possui, de fato, importância fundamental e que deve sim condicionar a garantia de direitos sociais. Em relação ao segundo – a existência de disponibilidade financeira –, vê-se que consiste no critério fático já tratado quando se examinou o tema anteriormente. Inobstante se concorde que a escassez de recursos é real e presente, deve-se considerar, também, que os recursos necessários à garantia do mínimo existencial são prioritários, sobrepondo-se sobre quaisquer outros. Dessa forma, concorda-se com o posicionamento já delineado por Dirley da Cunha Jr.⁴ e esposado mais acima de que, se o que é alegado é a falta de recursos para tanto, que se mobilizem tais recursos de outras áreas menos fundamentais para atender o que, de fato, é fundamental.

Em suma, o reconhecimento de que o Judiciário poderá excepcionalmente intervir na efetivação de políticas públicas e a exposição das condicionantes trazidas pela reserva do possível, mostrando a possibilidade limitada de sua aplicabilidade, constituem-se nas contribuições mais significativas trazidas pela ADPF 45 à temática em estudo. Inobstante tenha sido considerada prejudicada, passou a nortear entendimentos Jurisprudenciais e engrandeceu os debates doutrinários.

3.2 A intervenção do Judiciário em políticas públicas relacionadas à saúde e à educação: entendimentos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça

Os casos a seguir tratados foram selecionados essencialmente por um critério de filtragem com palavras-chave nos portais eletrônicos dos Tribunais Superiores. Foram utilizados aqueles que tratam de forma mais aberta sobre os temas escolhidos, em especial a saúde e a educação e que mencionam as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível, aplicando-as em conjunto com a teoria dos direitos fundamentais e no contexto fático-jurídico brasileiro.

Tratar-se-á, de início, de casos envolvendo a saúde pública. O primeiro, contido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 642.536, em que o Ministério Público do Amapá ajuizou ação civil pública em desfavor daquele Estado com o intuito de obrigar a Administração Pública a adotar medidas necessárias à melhoria da qualidade do sistema público de saúde da localidade.

Chegando ao Supremo Tribunal Federal, na relatoria do Ministro Luiz Fux, fora ratificado o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal poderá excepcionalmente intervir nas políticas públicas para determinar que o Poder Executivo saia da inércia e as efetive. A decisão foi assim ementada:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA reserva do possível. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. **Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento.(grifou-se)⁵

Com referida decisão, nota-se que o Supremo Tribunal Federal vem mantendo o entendimento de que é possível o Judiciário intervir excepcionalmente em políticas públicas relacionadas à questão da saúde diante da inércia injustificada dos demais poderes. Trata-se de uma reafirmação do que foi defendido pelo Ministro Celso de Mello quando da ocasião em que tratava da já mencionada ADPF 45.

Ademais, interessante notar que o Ministro Luiz Fux é enfático no que se relaciona à questão de não inovação na ordem jurídica por parte do Poder Judiciário em tais casos, reproduzindo o entendimento da Suprema Corte e citando o seu par,

THEMIS

Ministro Gilmar Mendes, no SL 47 AgR. Neste, afirmou-se que o que o Judiciário faz é, essencialmente, determinar que se cumpra efetivamente políticas públicas já existentes, o que, por si só, é suficiente para determinar que tal poder não está inovando, mas sim garantindo algo que já deveria ser usufruído. Nesse sentido, o Ministro concluiu que, regra geral, “deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento da opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”⁶. O referido entendimento vai justamente ao encontro do que é defendido no presente estudo. Deve-se garantir sim o direito à saúde e os direitos sociais em geral, mas sempre levando em consideração a coletividade e a necessidade que emana do caso concreto, sem que se dê tratamentos caríssimos a pessoas que poderiam ser beneficiadas com outros tratamentos alternativos garantidos pelo Sistema Único de Saúde, mas que comprovadamente tenham idêntica eficácia. É neste ponto que a reserva do possível e o mínimo existencial devem dialogar com maior intensidade, sempre levando em conta o grau de aplicabilidade daquele instituto em relação à sociedade brasileira.

Outro caso que merece destaque é o contido no Recurso Especial nº 1.068.731 – RS, no qual o Ministério Público do Rio de Janeiro ajuizou ação civil pública contra aquele Estado com o intuito de obrigar a implementação plena do Sistema Único de Saúde no Município de Cachoeirinha, dotado de apenas um hospital, este insuficiente para atender a demanda populacional. Tendo como relator o Ministro Herman Benjamin, o acórdão foi assim ementado:

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. reserva do possível. mínimo existencial. 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. **A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital**

local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido.

4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente. 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 da “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 e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio 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. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010). 7. Recurso Especial provido.(grifou-se)⁷

A referida decisão alberga a tese exposta no presente estudo de forma ímpar. A falta de Unidades de Tratamento Intensivo no único hospital municipal, viola, por certo, o direito ao mínimo existencial daquela população. Admitiu-se que as políticas públicas são passíveis de controle efetuado pelo Judiciário no que pertine à sua constitucionalidade, o que, por consequência lógica, pode se referir à efetiva implementação dos direitos sociais em sua plenitude, não apenas de forma perfunctória como menciona o Ministro.

THEMIS

Interessante notar, ainda, que o relator menciona que a teoria da reserva do possível jamais poderá significar uma “alforria” à Administração Pública, porquanto, como aqui já mencionado, esta deve seguir determinados parâmetros para condicionar os direitos sociais a determinada limitação. A simples alegação genérica de que inexistem recursos para determinada área não pode ser capaz de justificar e livrar o Poder Público da referida incumbência.

Em relação a este caso, por fim, merece ser mencionada a citação feita pelo Relator ao entendimento de outro ministro, Humberto Martins, em que é afirmado que a implementação dos direitos sociais não constituem uma faculdade do administrador. A efetivação de direitos sociais constitui nada mais do que um dever daquele que comanda a máquina pública. Como já fora fartamente explanado no presente estudo, o fim precípua do Estado é alcançar o bem comum, e, no Estado Constitucional Democrático, de cunho eminentemente social, os direitos difusos e coletivos devem ser prioritários.

O representante popular, ao ser eleito como tal, portanto, tem como sua principal obrigação tomar decisões que favoreçam ao povo. Um dos princípios que rege o Direito Administrativo é o da Indisponibilidade do Interesse Público.⁸ Tal princípio dita que o administrador, justamente por estar cuidando de algo que não lhe pertence, mas que é de toda uma coletividade, não poderá dispor do que não é dele. Tal princípio forma uma dupla indissociável com o da Supremacia do Interesse Público, que, nessa vertente, pode ser entendido como a prevalência do interesse da coletividade perante o particular. Em suma, o interesse difuso deve prevalecer, os direitos sociais precisam ser vistos como uma prioridade do Administrador da máquina estatal, tornando-se o Judiciário uma última via de efetivação apenas.

Em relação à educação, vê-se que o cenário é bem semelhante. O primeiro caso que merece destaque é o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337, São Paulo. Neste, o Ministro Celso de Mello entende que crianças de até cinco anos de idade, em razão do determinado pelo art. 208, IV, da Constituição Federal, possuem o direito à educação gratuita, o que impõe ao Estado a obrigação constitucional de possibilitar o seu efetivo acesso.

Com discurso semelhante ao utilizado pelo Ministro Humberto Martins no caso supramencionado, o Ministro Celso de Mello, assim expôs:

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.⁹

Vê-se, portanto, que a ideia é idêntica à já exposta. O Poder Público tem o papel constitucional de assegurar a educação básica, motivo pelo qual uma alegação, qualquer que seja a justificativa, de que não se pode garantir tal direito, é infundada, merecendo ser suprimida pelo Judiciário.

Além de ideias já fartamente debatidas neste trabalho, tal como a possibilidade de ingerência do Judiciário em políticas públicas, o Ministro Relator cita que a omissão do Poder Público em concretizar os mandamentos constitucionais constitui-se em um fenômeno que é denominado **erosão da consciência constitucional**. Celso de Mello assim se posiciona:

O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. [...] A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torna-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.¹⁰

A erosão da consciência constitucional pode ser entendida então como uma fragmentação, um esvanecimento da vontade consubstanciada no texto da Constituição por parte daqueles a quem incumbe sua aplicação. Como menciona o Ministro Relator, é inconcebível que se cumpra os ditames constitucionais apenas no que for conveniente ao governante, motivo pelo qual, por vezes, realmente se faz necessária a intervenção do Judiciário.

THEMIS

Menciona-se, ainda, a questão das escolhas trágicas, também já tratadas neste estudo, juntamente com a dicotomia reserva do possível e mínimo existencial. Ademais, expõe-se a questão da proibição do retrocesso no que pertine aos direitos prestacionais. Em relação à omissão estatal e o papel do Judiciário em solucioná-la, dita o Ministro:

A intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas.¹¹

Vê-se, então, que o caso é emblemático. Conferiu-se, nele, não só o direito à educação básica, como também que essa seja próxima à residência da criança, permitindo o acesso efetivo a tal direito. O entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema tende a se ramificar pelos demais tribunais, e outras decisões são tomadas no mesmo sentido.

3.3 A impossibilidade de eleger o Poder Judiciário como um messias e o vislumbrar de uma solução no horizonte

O Judiciário evolui e desenvolve teorias para tentar minimizar os problemas que já alcançam escalas preocupantes. Contudo, não parece ser suficiente que apenas um Poder que, originariamente não deve ser o responsável por efetivar políticas sociais, faça tal papel. Ademais, mesmo que o Judiciário faça sua parte, é óbvio que o problema de todos os que sofrem com isso não será resolvido, ao passo que tal Poder somente age quando impulsionado a tanto. Além da referida inércia jurisdicional, outro problema existe: o Acesso à Justiça, embora também possa ser considerado direito social componente do núcleo do mínimo existencial e seja garantido pela Constituição Federal, infelizmente ainda não é pleno.

Tais considerações apenas levam a crer que o Poder Judiciário não pode ser considerado o “salvador da pátria”, literalmente. A solução para tal quadro, contudo, começa a ser formada em um horizonte, que até bem pouco tempo atrás, parecia intangível.

Costumava ser senso comum de que o povo brasileiro seria considerado, por excelência, inerte. Conformado com o transcorrido na capital federal, com maus investimentos do dinheiro público, com a própria situação de miséria, tudo em um constante paradoxo com uma enorme tributação. Quando a população mostrava-se inconformada, manifestava-se, em regra, por meio de redes sociais.

Contudo, tal quadro parece estar em significativa mudança. Inconformado inicialmente com tarifas no transporte público, o povo foi às ruas em meio a um evento esportivo de demasiada importância, a Copa das Confederações, que tinha o Brasil como sede. Paradigmas foram quebrados desde então, exatamente porque, o maior alento diante de todas as mazelas daquele povo, o futebol, pela primeira vez não significaria absolutamente nada.

No dia 16 de junho de 2013, milhares de pessoas de diversas cidades do Brasil foram às ruas em protesto. Os protestos se alongaram nos dias seguintes, reunindo grandes massas. Noticiou-se que mais de trezentas mil pessoas estiveram reunidas no Rio de Janeiro (AFFONSO, 2013), e, em São Paulo (IKEMOTO, 2013), números significativos também foram noticiados. Em Brasília (GLOBO, 2013), o próprio Congresso Nacional teve sua cobertura tomada por manifestantes. Tais manifestações, que, inicialmente, lutavam apenas por melhorias no transporte público, logo viraram um **protesto por direitos**. Incluíam-se, aí, uma educação digna, uma saúde de qualidade e o fim da corrupção.

Em artigo sobre o tema, Henri Clay Andrade, expõe o seu ponto de vista sobre o objeto dos protestos:

As retumbantes manifestações expressadas recentemente nas ruas de todo Brasil bradam por justiça social através de reformas estruturantes que garantam eficiência e moralidade do serviço público. O clamor das ruas retrata a maturação da consciência coletiva sobre a necessidade premente do rompimento com o modelo político exaurido. O que a sociedade brasileira exige é a efetivação das normas sociais programáticas previstas há 25 anos na Constituição Federal.¹²

Tal posicionamento parece ser o mais condizente com a realidade, de fato. Inobstante a massa não possua conhecimento do que são as ditas normas programáticas, mostrou-se a consciência de que a representatividade concedida aos políticos não estaria a ser aproveitada para garantir um futuro melhor para

THEMIS

a nação. O pensamento de Clay foi confirmado quando, no dia 21 de junho do mesmo ano, a Presidência da República, em rede nacional, apresentou alguns planos para uma possível reforma política, englobando, inclusive, melhorias na educação e na saúde, grandes pautas das reivindicações.

Desde então o Brasil passa pelos mais diversos movimentos sociais. A própria Copa do Mundo tornou-se uma ideia secundária diante das diversas mazelas suportadas pelo país. Existem diversos movimentos em que se defende uma ideia de “menos pão e circo”.¹³

Em 2015¹⁴, nos meses de março e abril, as manifestações sociais voltaram a ganhar força. Descontentes com o governo e com a corrupção dele advinda, milhares de pessoas foram novamente às ruas para protestar por melhores condições de vida.

Diante de tal quadro, inobstante seja tudo historicamente recente, é possível que se afirme que existe uma possibilidade efetiva de mudanças. É extremamente plausível, hoje, afirmar que os direitos sociais podem sim ser efetivados. O povo, embora de forma gradual, está em processo de conscientização política, servindo, mais do que nunca, de fiscal dos gastos públicos, o que, sem dúvidas, possui o condão de trazer efetivas mudanças práticas na efetivação espontânea de políticas públicas de qualidade.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se que, diante da constante violação dos direitos sociais e da corriqueira renitência dos Poderes Executivo e Legislativo em garanti-los, deve o Judiciário efetivar políticas públicas sempre que provocado, prevalecendo a teoria do mínimo existencial sobre a da reserva do possível, ao passo que esta não merece ser aplicável enquanto não se concretizarem os direitos mínimos que a sociedade espera do Estado.

Assim, inobstante a efetivação de políticas públicas pelo Judiciário seja considerada pela jurisprudência dos tribunais superiores uma exceção à regra, é inconcebível a manutenção do sistema da forma que permanece hoje. A reserva do possível deve ser vista como um delimitador racional do mínimo existencial, sempre com ressalvas, ao passo que é uma teoria importada de outros países com realidades sociais totalmente distintas. Ademais, esta deve fundamentar

o raio de abrangência do mínimo existencial, mas não poderá jamais tolhê-lo completamente, sob pena de os ideais consubstanciados na Constituição Federal serem considerados apenas programáticos pelo resto da história, tornando-se apenas uma grande falácia positivada.

As normas programáticas, por constituírem um fim a ser alcançado, não podem transformar-se em um horizonte intangível. Ademais, os direitos sociais não podem ser considerados normas meramente programáticas, justamente pelo fato de a Constituição Federal garantir-lhes aplicabilidade imediata. Os Poderes Executivo e Legislativo devem trabalhar, então, em consonância para sua progressiva realização. Ao Judiciário, como fartamente explanado, cabe a concretização dos direitos sociais diante da omissão injustificada dos dois Poderes responsáveis pelas políticas públicas.

O ativismo judicial, embora por vezes temerário, tem se mostrado necessário em um meio político no qual os interesses imediatos da sociedade nem sempre são os mesmos de seus representantes. Decidir em favor dos princípios consubstanciados na Constituição não pode ser considerado uma decisão que inove na ordem jurídica, mas, ao contrário, tais decisões sedimentam aquilo que já está consubstanciado na Lei Maior.

É imperiosa a conclusão, diante do estudo elaborado, de que os direitos componentes do mínimo existencial necessitam de uma garantia de recursos prevaletentes sobre todos os outros, justamente por ser o bem maior da população o fim precípua do Estado. Tal constatação é possível pela simples exegese dos dispositivos constitucionais relativos ao direito à educação e ao direito à saúde, ambos garantindo recursos prioritários para essas duas áreas.

É preciso que o Poder Judiciário intervenha quando provocado para efetivar os direitos sociais, contudo, não se pode elegê-lo como um messias, ao passo que o seu papel precípua não é o de efetivar políticas públicas, mas o de dirimir conflitos.

Diante do atual quadro político de insatisfação popular, é preciso que o povo cobre seus representantes com ênfase, lembrando-se que se vive em uma República de cunho Democrático. Essa última característica é indissociável da ideia de realização de direitos fundamentais, ao passo que mostra um Estado voltado à realização da efetiva isonomia e liberdade, constituindo o povo o verdadeiro soberano do país.

THEMIS

Diante de tais ideias, tem-se que as atuais manifestações sociais são legítimas, e, no atual contexto, são necessárias. O povo brasileiro vem acordando para a conscientização política, estando farto de ser explorado por aqueles que, inobstante sejam seus representantes, mostram-se indiferentes às verdadeiras ideias de mudança social e melhoria nas condições de vida daqueles que os elegeram.

Em 2013, com pouco tempo de manifestações populares, foi possível o anúncio de diversas medidas por aqueles que corriqueiramente se omitem nesse papel. Agendas positivas foram criadas, projetos danosos foram derrubados (a exemplo da temerária PEC 37, que limitava a atuação do Ministério Público) e até a chefia do Poder Executivo teve de se manifestar em rede nacional, propondo medidas concretas para aplacar a insatisfação das massas, entre elas a destinação de recursos prioritários justamente para a educação e para a saúde.

Diante dos quadros apresentados, é admissível que se conclua que a conscientização popular é um grande passo que não permite retorno. Esperar que qualquer dos poderes apenas cumpra seu papel sem que os tire da inércia, não parece ser imaginável. Com a verdadeira iniciativa popular é possível que se vislumbre, finalmente, uma luz no fim do túnel.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Julia. Manifestação no Rio de Janeiro reúne 300 mil pessoas na prefeitura, diz PM. **Universo Online**. Rio de Janeiro, 20 jun. 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/06/20/manifestacao-no-rio-de-janeiro-ja-reune-100-mil-pessoas-diz-pm.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

ANDRADE, Henri Clay. Só a mobilização social produzirá a reforma política. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-08/henri-clay-mobilizacao-social-produzira-reforma-politica>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. **luisrobertobarroso**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 26 maio 2013.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BEDÊ, Fayga Silveira. O Estado e seus (des)caminhos econômicos. **Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus**, Fortaleza, ano 2, n. 3, p. 34-78, 2004.1.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites**. 2008. 393 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

THEMIS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.) **Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

_____. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.) **Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

GLOBO. Manifestantes ocupam a cobertura do Congresso Nacional, em Brasília. **Globo**. Rio de Janeiro, 18 jun. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2013/06/manifestantes-ocupam-cobertura-do-congresso-nacional-em-brasilia.html>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

IKEMOTO, Luisa. Cerca de 100 mil pessoas ocupam a Avenida Paulista, em São Paulo. **Correio Braziliense**. Brasília, 20 jun. 2013. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2013/06/20/interna_brasil,372520/cerca-de-100-mil-pessoas-ocupam-a-avenida-paulista-em-sao-paulo.shtml>. Acesso em: 16 ago. 2013.

LOPES, Soraya Santos. O direito do mínimo existencial no caso concreto. **Evocati Revista**. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=543>. Acesso em: 06 maio 2013.

MACHADO, Edinilson Donisete; HERRERA, Luis Henrique Martim. O mínimo existencial e a reserva do possível: ponderação hermenêutica reveladora de um substancialismo mitigado. XIX Encontro nacional do CONPEDI. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2010. **Anais eletrônicos**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3480.pdf>>. Acesso em: 06 maio 2013.

MADEIRA, Vanessa. Ana Cecília recebe doação de medula. **Diário do Nordeste**. Fortaleza, 27 maio 2013. Disponível em: <<http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=1272269>>. Acesso em 16: ago. 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, ano 10, n. 43, p. 247-268, 2008.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

PUFF, Jefferson. Às vésperas da Copa, grupos retomam protestos e buscam apoio internacional. **BBC Brasil**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/05/140513_protestos_15m_jp.shtml>. Acesso em: 20 mai. 2014.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

THEMIS

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. reserva do possível pressupõe escolhas trágicas. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pessupoe-escolhas-tragicas>>. Acesso em: 18 maio 2013.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**: reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, v. 1.

TAIAR, Rogério. A efetividade dos direitos humanos e a cláusula da reserva do possível. In: **Revista de informação legislativa**. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/194914?mode=simple>>. Acesso em: 06 maio 2013.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional de políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. **Revista de processo - RePro**, São Paulo, ano 36, n. 193, mar. 2011.

NOTAS DE FIM

- 1 STF, ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29.04.2004, DJ de 29.04.2004.
- 2 Ibid.
- 3 Ibid.
- 4 CUNHA JÚNIOR. Dirley da, op. cit, p. 434.
- 5 STF, RE 642536 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, 1. T., julgado em 05.02.2013, DJ de 27.02.2013.
- 6 STF, SL 47 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, DJ de 30.04.2010.
- 7 STJ, REsp 1.068.731, Rel. Min. Herman Benjamin, 2. T., julgado em 17.02.2011, DJE de 08.03.2012.
- 8 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 57-58.
- 9 STF, ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2. T., julgado em 23.08.2011, DJ de 15.09.2011.
- 10 Ibid.
- 11 Ibid.
- 12 ANDRADE, Henri Clay. Só a mobilização social produzirá a reforma política. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-08/henri-clay-mobilizacao-social-produzira-reforma-politica>>. Acesso em: 01 jun. 2015.
- 13 PUFF, Jefferson. Às vésperas da Copa, grupos retomam protestos e buscam apoio internacional. **BBC Brasil**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/05/140513_protestos_15m_jp.shtml>. Acesso em: 01 jun. 2015.
- 14 KIESEL, Isabela. YONAHA, Liuca. MOURA, MARCELO. 12 de abril: os protestos pelo Brasil Brasileiros voltaram às ruas neste domingo (12) para protestar contra o governo Dilma. Houve manifestações em 24 Estados e no Distrito Federal. Adesão foi menor do que no dia 15 de março. **ÉPOCA**. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/04/12-de-abril-os-protestos-pelo-brasil.html>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

Recebido em: 02 jun. 2015

Aprovado em: 09 jun. 2016