



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E MONOGRAFIA**  
**JURÍDICA**  
**CURSO DE DIREITO**

**MILENA ALENCAR GOMES VERAS DA ROCHA**

**OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS**  
**POLÍTICAS PÚBLICAS**

**FORTALEZA**  
**2011**

MILENA ALENCAR GOMES VERAS DA ROCHA

OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS  
POLÍTICAS PÚBLICAS

Monografia submetida à  
Coordenação do Curso de Direito  
da Universidade Federal do Ceará,  
como requisito parcial para  
obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Área de concentração: Direito  
Constitucional

Orientador: Prof. Dr. Márcio  
Augusto de Vasconcelos Diniz

FORTALEZA  
2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

- 
- R6721 Rocha, Milena Alencar Gomes Veras da.  
Os limites de atuação do poder judiciário no controle das políticas públicas / Milena Alencar  
Gomes Veras da Rocha. – 2011.  
80 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito,  
Fortaleza, 2011.  
Área de Concentração: Direito Constitucional.  
Orientação: Prof. Dr. Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz.
1. Políticas públicas - Brasil. 2. Poder judiciário - Brasil. 3. Direitos fundamentais - Brasil. I. Diniz,  
Márcio Augusto de Vasconcelos (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito.  
III. Título.

---

CDD 342.256

MILENA ALENCAR GOMES VERAS DA ROCHA

OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS  
POLÍTICAS PÚBLICAS

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará,  
como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.  
Área de concentração: Direito Constitucional

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará

---

Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho  
Universidade Federal do Ceará

---

Prof. Dr. Regoberto Marques de Melo Júnior  
Universidade Federal do Ceará

Ao meu pai (In memoriam), cujos ensinamentos e exemplos de luta seguirão vívidos, em meu coração e em minha mente, por toda a minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por conduzir, constantemente, minha jornada.

A meu irmão, Davi, meu maior alicerce e meu amigo mais leal.

À minha mãe, Diana, pelo amor, pela dedicação como mãe e chefe de família, pela compreensão durante a feitura deste trabalho e pelas lições transmitidas ao longo da minha vida.

À minha querida avó, Terezinha, cujo carinho e cuja generosidade e simplicidade de alma foram fundamentais para que eu chegasse até aqui.

A Bruno, pela paciência e compreensão, principalmente durante a elaboração deste trabalho, pelo apoio, pelo amor e pela confiança sempre depositada em mim.

Ao Dr. Alexandre Meireles Marques, atuante Procurador da República, pelos livros emprestados, pela atenção e pelo acolhimento durante o estágio no Ministério Público Federal.

Ao Prof. Dr. Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, cuja paixão pela pesquisa e pelos livros evidencia o profissional qualificado que é, por ter aceitado, prontamente, ser meu orientador, fornecendo-me todo o apoio necessário na elaboração deste trabalho.

Ao Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho, pela sempre ampla receptividade, tanto na Faculdade de Direito quanto na Procuradoria da República, bem como pela gentileza em ter aceitado participar da banca examinadora deste trabalho.

Ao Prof. Dr. Regnoberto Marques de Melo Jr, pela cordialidade em ter aceitado fazer parte da avaliação deste trabalho.

“É da autoconsciência da dignidade do homem que nasce a ideia de pessoa, segundo a qual não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência.”

(Miguel Reale)

## RESUMO

Partindo de uma exposição histórica dos direitos fundamentais, analisa a eficácia das normas de direitos fundamentais na Constituição de 1988, principalmente dos direitos sociais. Analisa como os custos dos direitos e o princípio da separação dos poderes refletem no controle judicial das políticas públicas. Examina os limites de atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas. Conclui que os limites à atuação do juiz consistem na discricionariedade de meios; na reserva de consistência; na “reserva do possível”; no mínimo existencial, que enfatiza a importância do princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, verifica que a regra da proporcionalidade constitui um relevante método para solucionar colisões de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Políticas públicas. Direitos fundamentais. Custos dos direitos. Dignidade da pessoa humana.

## **ABSTRACT**

From a historical evolution of the fundamental rights, the text deals about the effectiveness of the norms of fundamental rights in the Brazilian Constitution of 1988, mainly of the social rights. It analyzes how the cost of rights and the principle of separation of powers reflect on the judicial control of public policies. It examines the boundaries of Judiciary Power performance on public policies control. It concludes that these boundaries are discretion and possibilities of means; consistency reserve; “reserve of possible” clause; and german theoretical arguments which emphasize the importance of the principle of human dignity. Otherwise, these arguments verify that proportionality method of balancing is an important method to solve constitutional rights collisions.

Key words: Public policies. Fundamental rights. Cost of rights. Dignity of the person human being.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 NOÇÕES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1 Escorço histórico dos direitos fundamentais.....</b>	<b>12</b>
2.1.1 <i>Direitos de primeira geração.....</i>	16
2.1.2 <i>Direitos de segunda geração.....</i>	17
2.1.3 <i>Direitos de terceira geração.....</i>	18
2.1.4 <i>Direitos de quarta geração.....</i>	19
<b>2.2 A eficácia dos direitos fundamentais.....</b>	<b>20</b>
2.2.1 <i>Significado do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988.....</i>	25
2.2.2 <i>A questão do reconhecimento dos direitos sociais como direitos subjetivos.....</i>	27
<b>2.3 Os custos dos direitos.....</b>	<b>34</b>
<b>3 ESTUDO DE CASO: AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0002012-48.2006.4.05.8100.....</b>	<b>40</b>
<b>3.1 Petição inicial apresentada pelo Ministério Público Federal.....</b>	<b>40</b>
<b>3.2 Manifestações dos demandados.....</b>	<b>42</b>
<b>3.6 Apreciação do pedido de tutela antecipada pelo juízo monocrático.....</b>	<b>43</b>
<b>3.7 Decisão do juízo monocrático.....</b>	<b>44</b>
<b>4 OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>48</b>
<b>4.1 Reserva de consistência.....</b>	<b>49</b>
<b>4.2 Discricionariedade de meios.....</b>	<b>55</b>
<b>4.3 Reserva do possível.....</b>	<b>58</b>
<b>4.4 Mínimo existencial.....</b>	<b>63</b>
<b>4.5 A regra da proporcionalidade.....</b>	<b>67</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>72</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>75</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Carta Magna de 1988 assegura inúmeros direitos fundamentais, merecendo atenção, neste trabalho, os direitos sociais, visto que o Poder Público, constantemente, é desafiado à sua implementação, em virtude da necessidade de uma atuação positiva do Estado.

Os direitos fundamentais costumam ser classificados de acordo com dimensões ou gerações, conforme a sua evolução, sendo, geralmente, considerados como de primeira geração, os direitos associados à liberdade; de segunda geração, os relacionados à igualdade; e, como de terceira geração, os ligados à fraternidade, conforme a exposição inaugural de Karel Vasak, em 1979<sup>1</sup>.

Os direitos de primeira dimensão tem um viés tipicamente individual e são característicos do Estado Liberal, o qual pressupunha uma atuação mínima do Estado, daí surgindo a tradicional concepção de direitos negativos, enquanto os de segunda dimensão denotam uma tendência transindividual, assegurando direitos relativos à saúde, à educação, à moradia, sendo chamados, assim, de direitos sociais; e os de terceira geração, também de caráter tipicamente transindividual, são relativos à paz, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, entre outros, razão pela qual são considerados direitos prestacionais, a par dos de segunda geração, a exigirem um atuar positivo do Estado.

Nesse contexto, exsurge o controle judicial das políticas públicas, que dispõe, de um lado, o Poder Judiciário, chamado a efetivar um direito fundamental não implementado em virtude da omissão do Poder Público, e, de outro, a Administração Pública, que aponta, amiúde, como óbice à intervenção do Judiciário, o princípio da reserva do possível, a afronta ao princípio da separação entre os poderes e a exigência da previsão de recursos na lei orçamentária.

Muitos autores sustentam que a recalcitrância dos governantes em implementar as políticas públicas não deve constituir um óbice à efetivação dos direitos fundamentais, ou, do contrário, tem-se um esvaziamento dos preceitos constitucionais, sendo legítima, dessa forma, a concretização dos mandamentos constitucionais por meio do controle judicial das políticas públicas.

---

<sup>1</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 25. Ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 563.

Em sentido oposto, argumenta-se que a atuação do Poder Judiciário, com relação a essa matéria, constitui uma ingerência nos demais poderes, não se justificando, dessa forma, sua participação.

Referida conjuntura produz inúmeros reflexos na sociedade na medida em que repercute, de maneira direta, no modo como os governantes administram os recursos públicos, criando-se uma zona de tensão entre o Poder Judiciário e a Administração Pública.

Dessa forma, revela-se necessária uma abordagem sobre o tema, buscando conciliar os posicionamentos divergentes, com o escopo final de visualizar uma eventual solução para a problemática apresentada.

Surgem, assim, os seguintes questionamentos: constitui a atuação do Poder Judiciário uma ingerência no Poder Executivo? Estão as políticas públicas imunes ao escrutínio judicial? Em caso negativo, qual o limite e o alcance do controle jurisdicional das políticas públicas?

Referidas questões serão abordadas neste trabalho, fazendo-se, previamente, breve análise acerca dos direitos fundamentais, visto que a sua aplicabilidade e implementação constitui a razão de ser do controle judicial das políticas públicas, sendo o ponto de partida para o aprofundamento da questão proposta.

Além disso, as questões serão analisadas à luz de um estudo de caso, mais especificamente, a Ação Civil Pública nº 0002012-48.2006.4.05.8100, em tramitação na 6ª Vara da Justiça Federal no Estado do Ceará. Na referida demanda, na qual figuram como réus a União, o Estado do Ceará, o Município de Fortaleza e a Universidade Federal do Ceará, o Ministério Público Federal pleiteou a realização de cirurgias ortopédicas de alta complexidade dos pacientes cadastrados nas filas de espera do Hospital Universitário Walter Cantídio e do Hospital Geral de Fortaleza, inclusive em sede de antecipação de tutela.

Verifica-se, assim, que o tema gira em torno da possibilidade de reformulação do papel do Poder Judiciário na realidade contemporânea brasileira, visto que, sendo mais atuante, por meio do controle judicial das políticas públicas, revela um poder de transformação social, a merecer, assim, o debate aprofundado, sob os diversos prismas que a questão requer, devendo-se ponderar, concomitantemente, sobre os limites de referida atuação.

## 2 NOÇÕES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 Escorço histórico dos direitos fundamentais

Antes de efetuarmos uma abordagem acerca dos direitos fundamentais, convém fazer uma rápida explanação acerca da opção terminológica utilizada neste trabalho, tendo em vista que também são utilizadas expressões outras, como “direitos humanos”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos civis”, elenco este apenas exemplificativo.

Sem desprezar a utilização das expressões antes referidas, cumpre esclarecer que iremos nos limitar apenas à diferenciação entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”.

Tem-se que a expressão “direitos fundamentais” é utilizada de maneira mais frequente pela doutrina constitucional, principalmente porque o conceito engloba as diversas espécies de direitos fundamentais<sup>2</sup>, tais como os direitos sociais, os direitos políticos, direitos individuais e coletivos, de modo que aí reside, essencialmente, a razão para a utilização do termo.

De maneira consentânea, ainda que haja algumas divergências, predomina o emprego da expressão “direitos fundamentais”, para designar o reconhecimento e a positivação, no ordenamento jurídico de um Estado, do conjunto de direitos do ser humano, ao passo que o termo “direitos humanos” é visualizado como a relação de valores e documentos reconhecidos no âmbito internacional, de modo que, diante da ausência de força normativa na ordem interna de cada Estado, ostentam uma natureza supranacional.

Feitas estas considerações, passemos agora a examinar os principais contornos históricos dos direitos fundamentais, de modo a, situando-os no tempo e no espaço, otimizar a compreensão do estudo proposto neste trabalho.

Os direitos fundamentais constituem tema sobre o qual se tem debruçado muitos estudiosos, ao longo dos anos. Sob o prisma histórico, pode-se dizer que a filosofia clássica,

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, por exemplo, José Afonso da Silva, Ingo Sarlet e Jorge Miranda.

notadamente a greco-romana, e o pensamento cristão, originaram os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade<sup>3</sup>.

No que concerne, particularmente, à liberdade, convém observar que a liberdade dos antigos é distinta da liberdade dos modernos, visto que a primeira constitui uma intensa participação na vida da Cidade<sup>4</sup>. Na democracia grega, por exemplo, não existia a oposição entre Sociedade e Estado, característica do pensamento liberal moderno. A cidade-estado grega era o local de exercício das funções públicas, das quais se encarregava, diretamente, o homem grego, que só se realizava em sua dimensão ético-comunitária<sup>5</sup>.

A liberdade dos modernos, como explica Diniz, com base no pensamento de Benjamin Constant, “existe enquanto uma determinação originária da consciência, e o exercício do poder só existe em função da garantia e realização dos direitos individuais”.<sup>6</sup>

Na Idade Média, no século XIII, destacam-se as lições de Santo Tomás de Aquino, que preconizava a existência de duas ordens distintas, a saber: o direito natural, como reflexo do racionalismo do homem, e o direito positivo, de modo que a desobediência dos governantes ao direito poderia conduzir, inclusive, ao direito de resistência da população<sup>7</sup>.

Com o Cristianismo, houve o reconhecimento da dignidade de cada homem concreto como filho de Deus, de modo que todos os homens, criados à imagem e semelhança de Deus, detêm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode aniquilar<sup>8</sup>.

A sociedade medieval era caracterizada pela ausência de mobilidade social, ou seja, era estamental ou estratificada. A divisão em classes acabava por condicionar os direitos das pessoas aos direitos do respectivo grupo, caracterizados por um acentuado cunho institucional e concreto<sup>9</sup>.

Nesse ínterim, como também destaca Miranda, há de se ressaltar a relevância da quebra da unidade da Cristandade, a Reforma e a Contra-Reforma, visto que, ao mesmo tempo em que esses eventos suscitaram perseguições político-religiosas, também levantaram,

---

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44.

<sup>4</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra, 1992, t. IV, p. 14.

<sup>5</sup> DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Sociedade e Estado no pensamento político moderno e contemporâneo*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999, p. 7.

<sup>6</sup> Idem, p. 39

<sup>7</sup> PEREZ LUÑO, 1995, *apud* SARLET, 2005, p. 45.

<sup>8</sup> MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 17.

<sup>9</sup> Idem, p. 19.

de outra ponta, a possibilidade de apregoar a própria fé sem nenhum constrangimento, ganhando valor a conquista da liberdade religiosa<sup>10</sup>.

Referindo-se à lição de Manfredo Araújo de Oliveira, explica Diniz que a crise do pensamento teológico medieval provocou um colapso na esfera da normatividade social, de modo que, a partir de então, o homem, em seu progresso histórico, passaria a se autoafirmar “como indivíduo que encontra o motivo de suas ações em sua própria razão, em sua interioridade, e não em algo que lhe é externo”<sup>11</sup>.

A sociedade medieval, por sua vez, deu lugar à formação do absolutismo, que preconizava a concentração dos poderes na figura do soberano. Este era a própria personificação do Estado, o que provocaria, mais tarde, por parte da burguesia ascendente, a luta pela liberdade econômica e individual.

Nos séculos XVII e XVIII, como destaca Sarlet, a doutrina jusnaturalista atinge seu ápice, desenvolvendo-se nos moldes do contratualismo e tendo como defensores Thomas Hobbes (1588-1679), na Inglaterra, onde a teoria contratual, particularmente, ganhou bastante relevância, e Hugo Grócio (1583-1645), na Holanda. Em suas obras, já se manifesta o pensamento acerca dos direitos inalienáveis do homem e da subordinação da autoridade ao direito natural<sup>12</sup>.

Nesse passo, é mister citar John Locke (1632-1704), filósofo do Iluminismo, ao preconizar o reconhecimento dos direitos inalienáveis do homem, quais sejam, vida, propriedade, liberdade e resistência.

Ao longo do século XVII, as relações entre Estado e sociedade experimentaram algumas modificações, de modo que a ascensão econômica da burguesia, que almejava o progresso do capitalismo, trouxe a necessidade de eliminação da política mercantilista. Os elevados custos das constantes guerras de conquista também constituíam entrave aos objetivos da burguesia, cujos interesses se fixavam no incremento da produção interna. A soberania passou, paulatinamente, a ser de titularidade da nação, e não mais a pessoa do monarca<sup>13</sup>.

Os filósofos iluministas, na segunda metade do século XVIII, trouxeram os fundamentos teóricos, condizentes com o progresso econômico, cultural e científico em curso, que eclodiram nos movimentos de derrubada do Antigo Regime.

---

<sup>10</sup> Idem, p. 20.

<sup>11</sup> DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Op. cit. p 18-19.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 45-46.

<sup>13</sup> DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Op. cit. p 28-29.

No contexto das revoluções liberais, entende-se que as Revoluções Francesa e Americana constituíram a força motriz do processo de positivação dos direitos fundamentais.

Para Diniz, referindo-se a Jorge Reis Novais, a mensagem das revoluções liberais consistiu em proporcionar e garantir a liberdade do indivíduo, por meio da regulação de sua conduta por um sistema de leis, autorizadas por uma assembléia representativa, de forma que não mais subsistisse a submissão às ordens de um monarca.

A filosofia de Kant (1724-1804) assume especial relevo, ao pregar que a força e a moralidade da Revolução Francesa residem na afirmação do direito do povo a se dar, de maneira livre, uma Constituição, em harmonia com os direitos naturais dos indivíduos singularmente considerados, de maneira que aqueles que obedecem às leis devem também se reunir para legislar<sup>14</sup>. Reconheceu o filósofo, nesse movimento, “o evento que podia ser interpretado, numa visão profética da História, como o sinal premonitório de uma nova ordem mundial”<sup>15</sup>.

As concepções em torno do significado, da função e da estrutura da constituição experimentaram grandes modificações, desde 1789, em razão da evolução da conjuntura política, social e econômica do Estado constitucional democrático, de modo que, hodiernamente, a complexidade social e as constantes demandas por melhores condições de vida passam a exigir um compromisso por parte do Estado nas esferas econômica e social<sup>16</sup>.

Concomitantemente, por meio da participação pluralista da comunidade, em áreas tradicionalmente afetas à esfera estatal, diversas forças sociais foram agregadas ao processo político, exigindo do Estado uma ampla planificação, direção e proteção das necessidades públicas, elevando-se a patamares antes restritos à atividade privada e a uma auto-regulação independente<sup>17</sup>.

Para Bonavides, a noção contemporânea do Estado Social nasce no momento em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, culminando em importante transformação de caráter superestrutural.<sup>18</sup>

A passagem do Estado Liberal para o Estado democrático social trouxe a noção de cidadania calcada não somente nas prestações sociais por parte do Estado, mas também na responsabilidade do indivíduo para com a comunidade na qual está inserido.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. 10ª tiragem, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 124.

<sup>15</sup> Idem, p. 127-128.

<sup>16</sup> DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Op. cit. p. 72

<sup>17</sup> SCHNEIDER, 1991 *apud* DINIZ, 1999, p. 73.

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6 ed, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 185.

Em outra oportunidade, acentuou Diniz que:

Nessa ordem de idéias, as concepções liberais clássicas do Estado de Direito não desaparecem, mas se revitalizam na dinâmica do Estado Social, encontrando nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade o seu ponto de conexão. A liberdade, a vida e a segurança jurídica, por exemplo, princípios axiais daquele primeiro, entram em relação dialética com os princípios essenciais do segundo, especialmente no que toca às exigências de solidariedade entre os membros da comunidade e de *efetividade* dos direitos fundamentais.<sup>20</sup>

No século XX, assistiu-se a um fenômeno de universalização dos direitos do homem, acompanhado da multiplicidade de entendimentos acerca das mesmas declarações e disposições, diversidade relacionada às “diferenças ou divergências de pressupostos religiosos, culturais e civilizacionais, de fundamentações filosóficas e de sistematizações jurídicas”<sup>21</sup>.

Tratando da evolução dos direitos humanos a partir de 1945, afirma Comparato:

Ao emergir da Segunda Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade da pessoa humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos<sup>22</sup>.

Outro prisma por meio do qual se estudam os direitos fundamentais diz respeito às chamadas gerações de direitos. O lema “liberdade, igualdade, fraternidade”, encontrou bastante ressonância mundial, na lição de Karel Vasak, em 1979, nos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, acerca da evolução dos direitos fundamentais, respectivamente, em direitos de primeira, segunda, e terceira geração<sup>23</sup>, revelando-se oportuna, agora, uma digressão a respeito de cada um deles.

### 2.1.1 Direitos de primeira geração

<sup>19</sup> DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Op. cit. p. 73

<sup>20</sup> DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Estado Social e princípio da solidariedade*. Revista de direitos e garantias fundamentais, Vitória, n. 3, p. 31-38, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n3/2.pdf>. Acesso em: 30/10/2011, p. 34-35.

<sup>21</sup> MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 29.

<sup>22</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5 ed., São Paulo, Saraiva: 2007, p. 56

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 25. Ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 563.

Surgidos no contexto das revoluções burguesas, os direitos de primeira geração denotam um viés tipicamente individual e são característicos do Estado Liberal, o qual pressupunha uma atuação mínima do Estado, daí surgindo a concepção tradicional de “direitos negativos”.

A queda dos regimes absolutistas trouxe, por parte destes, a exigência de um Estado essencialmente absenteísta, com o escopo de limitar o poder de atuação estatal e garantir uma esfera de autonomia e liberdade ao indivíduo.

Sendo assim, traduzindo-se num comportamento de abstenção, de não-interferência nos aspectos individuais dos cidadãos, podem ser mencionados, como típicos dessa época, o direito à propriedade, à vida, à liberdade, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de culto e de reunião, devendo-se mencionar, ainda, os direitos de participação política e os direitos de igualdade, além da consagração de garantias processuais, como o direito de petição.

### 2.1.2 *Direitos de segunda geração*

Enquanto os direitos de primeira geração são tipicamente chamados de negativos, os de segunda geração foram denominados de positivos, diante da conjuntura que culminou em inúmeras desigualdades sociais e não mais permitiu o comportamento absenteísta do Estado.

Como explica Bonavides:

Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão re ser que os ampara e estimula. Da mesma maneira que os da primeira geração, esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.<sup>24</sup>

As modificações da Revolução Industrial aprofundaram o abismo social, acentuando as desigualdades econômicas, que culminaram nos movimentos operários. Em

---

<sup>24</sup> Idem, p. 564.

1891, o papa Leão XIII difundiu a encíclica *Rerum Novarum*, por meio da qual, ao mesmo tempo em que foi propagada a religião como instrumento de justiça social e de respeito à dignidade dos operários pelos empregadores, rejeitava-se a luta de classes da doutrina marxista.

Nesse contexto, a consagração formal das liberdades públicas não mais era suficiente, sendo exigido um papel ativo do Estado na realização da justiça social e no combate às desigualdades materiais.

Os direitos de segunda geração comportam um caráter transindividual, assegurando direitos relativos à saúde, à educação, à moradia, à assistência social, ao lazer, ao trabalho, entre outros, sendo, por essa razão, chamados também de direitos sociais, com a ressalva de que, frequentemente, os titulares desses direitos são singularizados.

Ganha relevo, nesse ínterim, o princípio da igualdade de fato ou da igualdade material, ressaltando-se o clamor de reconhecimento das liberdades sociais, as quais passaram, no entanto, por uma fase de baixa normatividade, “em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”.<sup>25</sup>

### 2.1.3 *Os direitos de terceira geração*

Os direitos de terceira geração detêm um caráter global ou transindividual, tutelando interesses difusos ou coletivos, e são, por essa razão, enunciados com o fim protetivo da coletividade, e não do homem singularmente considerado.

O impacto tecnológico, bem como o processo de descolonização do segundo pós-guerra, traz, nesse momento, uma preocupação com o futuro das gerações subsequentes e com a integração pacífica entre os povos, superando-se os limites temporais, físicos e econômicos.

São os direitos relativos à paz, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à autodeterminação dos povos, ao patrimônio histórico e cultural da humanidade, à comunicação, entre outros, daí a denominação, também utilizada, de direitos de fraternidade ou solidariedade.

---

<sup>25</sup> Idem, *ibidem*.

### 2.1.4 Os direitos de quarta geração

Defende o professor Paulo Bonavides a existência de direitos fundamentais de quarta geração, correspondentes à última fase da institucionalização do Estado Social.

Estão inseridos no contexto da globalização política neoliberal e consubstanciam-se no direito à democracia, ao pluralismo e à informação, conferindo a sua concretização, nas palavras de Bonavides, a dimensão de máxima universalidade à sociedade aberta do futuro <sup>26</sup>.

No âmbito desta quarta geração de direitos fundamentais, destaca-se o desenvolvimento tecnológico profundo, a possibilitar a diminuição das fronteiras da comunicação e a estabelecer a abertura a uma democracia direta.

Por oportuno, cabe fazer uma ressalva acerca da utilização do termo “geração” de direitos, que traduz, equivocadamente, a ideia de que os direitos se substituem no tempo, o que não procede. Os direitos são inter-relacionados, e, por vezes, distingui-los de forma inequívoca se mostra tarefa árdua, de modo que uma mesma “geração” pode consubstanciar-se sob diversos prismas, daí a preferência pela utilização do termo “dimensões”. É o que destaca Bonavides:

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos, sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo valor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo <sup>27</sup>

Um exemplo desse fenômeno nos é fornecido por Jorge Neto, ao preconizar que o direito ao meio ambiente saudável pode se revelar como direito de segunda geração, no caso de um grupo de moradores reivindicar saneamento básico em determinado bairro, ao mesmo tempo em que, na hipótese de um grupo de países mais ricos do globo reclamar a proteção da Amazônia pelo Brasil, estamos diante de um direito de terceira geração, o que

---

<sup>26</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 571.

<sup>27</sup> Idem, p. 572.

demonstra, claramente, que os direitos de uma geração subsequente não exigem o prévio esgotamento ou a efetivação dos direitos de geração anterior<sup>28</sup>.

## 2.2 Eficácia das normas de direitos fundamentais

À proporção que os direitos fundamentais foram evoluindo, verificou-se, paulatinamente, que a eles foi sendo conferida uma maior juridicidade, elevando-se o seu grau de exigibilidade.

No que concerne à famigerada classificação das normas constitucionais, de José Afonso da Silva, entre normas de eficácia plena, normas de eficácia limitada e normas de eficácia contida, tem-se que esta divisão trouxe o indiscutível mérito de conferir uma eficácia, pelo menos mínima, às normas constitucionais, de modo que, atualmente, esse é um ponto que não se questiona.

Como destaca Sarlet, cada norma constitucional possui um mínimo de eficácia e aplicabilidade, de modo que todas as normas constitucionais são sempre aplicáveis na medida da sua eficácia<sup>29</sup>.

Importa trazer à baila as considerações de Virgílio Afonso acerca da distinção entre “eficácia” e “aplicabilidade”. A eficácia é tida como a aptidão para produzir efeitos, enquanto a aplicabilidade envolve uma dimensão fática que não está presente no conceito de eficácia<sup>30</sup> e, sendo assim, nem toda norma dotada de eficácia será aplicável a um determinado caso concreto, de modo que, a despeito de muitos autores utilizarem os termos indistintamente, há uma diferença entre eficácia e aplicabilidade.

A partir da forma de positivação das normas constitucionais é que será possível deduzir o quanto de eficácia é conferida a cada norma, não se podendo prescindir, ainda, de uma análise relativa às peculiaridades de seu objeto<sup>31</sup>.

A doutrina, segundo o mesmo autor, costuma apontar as seguintes cargas eficaciais, como comuns, em princípio, a todas as normas de direitos fundamentais: i) Acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma

---

<sup>28</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador, Jus Podium: 2008, p. 38.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 252.

<sup>30</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 55-56.

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 282.

definidora de direito fundamental e, conseqüentemente, sua não aplicação, mesmo sem a declaração de sua inconstitucionalidade; ii) vinculam o legislador, estando este obrigado a concretizar os fins, tarefas ou programas consignados Constituição e a não se distanciar dos parâmetros conferidos pelas normas de direitos fundamentais; iii) impõem a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos editados posteriormente à Constituição, na hipótese de incompatibilidade com o conteúdo das normas de direitos fundamentais; iv) no caso específico das normas de direitos fundamentais de cunho programático, constituem parâmetro para a integração, interpretação e aplicação das demais normas jurídicas; v) os direitos fundamentais a prestações, incluindo os que necessitam de conformação legislativa, por sua vez, implicam, no mínimo, na abstenção do Estado de agir de forma contrária ao conteúdo da norma que os consagram; vi) acarretam a chamada proibição de retrocesso, impedindo o legislador de suprimir determinadas posições jurídicas já criadas<sup>32</sup>.

No que concerne, especificamente, aos direitos a prestações, cuja justiciabilidade é, indubitavelmente, mais controversa, principalmente em virtude dos altos custos a eles relacionados, ocorre que boa parte dessas normas está positivada sob a forma de normas ditas programáticas.

Convém salientar que, quando se afirma que a justiciabilidade dos direitos sociais é mais controversa, em razão da relevância econômica, não se quer dizer que os direitos individuais dispensem qualquer recurso financeiro para sua concretização, ou que esse fator seja irrelevante para a análise da sua efetividade.

As liberdades públicas são garantidas, tradicionalmente, por normas cuja eficácia, geralmente, não é questionada, enquanto as normas que consagram direitos sociais são tidas, tradicionalmente, como de eficácia limitada, o que, usualmente, serve para demonstrar que as primeiras não dependeriam de regulamentação e intervenção estatal, enquanto a segunda categoria, por sua vez, dependeria.

De qualquer forma, consoante bem explícita ainda Virgílio Afonso, não são apenas os direitos consagrados por normas de “eficácia limitada” que exigem um dispêndio por parte do Estado, mas também as liberdades públicas, de modo que a limitação da eficácia de determinadas normas não é algo intrínseco a elas. Isso significa que a limitação não decorre meramente do texto da norma, mas sim de opções político-ideológicas, de forma que,

---

<sup>32</sup> Idem, p. 300.

*sob esse prisma, toda norma tem eficácia limitada.* Algumas delas, porém, tem melhores condições de produzir efeitos.<sup>33</sup>

Para uma melhor compreensão, tomemos o exemplo fornecido pelo autor, acerca do direito ao sufrágio, em contraponto com o direito à saúde. Inicialmente, o primeiro seria garantido, tradicionalmente, por uma norma de eficácia plena, que não dependeria de regulamentação para a plenitude de seus efeitos, e o segundo, por uma norma de eficácia limitada, dependente de atuação estatal.

Quando se analisam as condições para a produção dos efeitos de ambas as normas, verifica-se que o direito ao sufrágio só tem condições de ser exercitado por meio da criação e manutenção de seções eleitorais, de legislação eleitoral e partidária, da criação de um órgão incumbido da organização das eleições, para ficar apenas em alguns exemplos. No caso do direito à saúde, insculpido no art. 6º, este só tem condições de produzir seus efeitos com a construção de hospitais, contratação de médicos, fornecimento de medicamentos, etc.

Sendo assim, é notório que as normas citadas não são *bastantes em si*, de modo que não há como se falar em norma de eficácia plena, no sentido de prescindir de qualquer atuação estatal. Ocorre que a norma que garante, no exemplo citado, o direito ao sufrágio, *parece* ser de eficácia plena porque as condições que garantem a produção de seus efeitos já existem: há tribunais eleitorais, seções etc. No caso do direito à saúde, a baixa produção de seus efeitos se dá pela falta ou insuficiência de hospitais, de recursos para obtenção de medicamentos etc.<sup>34</sup>

A conclusão que daí surge é que, em ambos os casos, a atuação estatal é essencial e imperativa, e, assim, nem mesmo a norma que garante uma liberdade pública tem capacidade de produzir efeitos sem essa intervenção, sendo salutar transcrever as seguintes palavras de Silva: “As condições fáticas, sociais e institucionais para a produção dos efeitos de uma norma jurídica *são parte do fenômeno jurídico* Mais que isso: fazem parte do objeto de estudo da *dogmática jurídica* – sobretudo em sua dimensão empírica<sup>35</sup> .

Dessa maneira, é preciso abandonar a ideia de um estudo das normas constitucionais dissociado das condições fáticas, sociais e institucionais, visto que é esse conjunto que permite enxergar como a norma se manifesta na realidade, o que não ocorre com uma análise meramente textual estampada na Constituição.

---

<sup>33</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 232.

<sup>34</sup> Idem, p. 233-234.

<sup>35</sup> Idem, p. 240.

Uma análise limitada à eficácia exclusivamente *jurídica* dos direitos sociais cria uma distância abissal entre a materialização do direito, no mundo fático, e a sua perspectiva jurídica, encobrendo os caminhos para a maior efetividade das normas de direitos fundamentais.

Retomando-se o ponto acerca das normas ditas programáticas, Sarlet entende, na esteira de Canotilho que, sendo a nossa Constituição considerada um sistema aberto de regras e princípios, não há como negar a existência de normas que exigem uma intervenção do legislador, sem que referida circunstância signifique, no entanto, a negação de sua eficácia, afirmação que merece acolhida.<sup>36</sup>

De fato, há de se considerar, no texto constitucional, a existência de normas que impõem programas, fins ou tarefas ao Estado, podendo conter a imposição de concretização pelo legislador.

Para Barroso, os direitos sociais estão agrupados em categoria diversa das normas programáticas, estando inscritos entre as “normas constitucionais definidoras de direitos”, conforme classificação por ele deduzida. Apesar da diversidade de classificação, também reconhece o autor que, muitas vezes, as normas de direitos sociais podem necessitar, para sua concretização, da atuação do legislador ordinário, a exemplo do direito “a proteção em face da automação”, contido no art. 7º, XXVII, incorrendo o legislador em inconstitucionalidade por omissão, na ausência de regulação.<sup>37</sup>

O que não se admite é a tese da existência de normas programáticas no sentido de meros conselhos ou exortações de natureza política ou moral, destituídas de eficácia jurídica.

Bobbio, de maneira bastante expressiva, indaga:

Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de “direito”?<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 265.

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 9. ed., Rio de Janeiro: Renovar: 2009, p. 95 e ss.

<sup>38</sup> BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 72.

Dessa forma, a concepção de uma Constituição que confira aos poderes públicos apenas a faculdade de executar os programas sociais, sem uma necessária vinculação à Carta Magna, está fadada ao ostracismo e há de ser combatida com veemência.

A despeito da existência de limitações referentes a essa modalidade de normas, cujo grau de eficácia se encontra na dependência do conteúdo de cada norma, não se pode negar que a Constituição lhes confere juridicidade. Convém transcrever, para ratificar ainda mais o que foi esposado, a lição de Rui Barbosa:

“Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem”.<sup>39</sup>

Sarlet explica que a necessidade de conformação legislativa dos “direitos sociais de cunho programático”, expressão utilizada pelo autor, reside em um problema de competência, visto que a concretização desses direitos depende da disponibilidade de meios, além do progressivo estabelecimento e da realização de políticas públicas, ainda que tal argumento, eventualmente, venha a ser relativizado.<sup>40</sup>

No entanto, é necessário consignar, mais uma vez, que a concretização dos direitos sociais não foi deixada pela Constituição à discricionariedade do legislador ou da Administração, constituindo as normas constitucionais verdadeiros mandamentos aos poderes públicos. Ao indagar acerca da relação do ente político com as suas competências constitucionais, asseverou Barcellos que:

A Administração não tem, desse modo, um poder discricionário, mas sim um *dever* discricionário, isto é, não cabe à Administração decidir se deverá ou não agir: ela está juridicamente obrigada a fazê-lo; a discricionariedade poderá residir, em determinados momentos, apenas nos meios empregados para atingir os fins em questão. Lembre-se, ainda, a circunstância de que tais deveres foram estabelecidos por norma constitucional, dotada de supremacia, estando o Poder Público e sua atuação a ela vinculados como decorrência, afinal, do Estado de direito constitucional.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> BARBOSA, 1933, apud BONAVIDES, 2010, p. 236-237.

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p 294.

<sup>41</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 201.

### 2.2.1 Significado do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988

No contexto da eficácia das normas de direitos fundamentais, há de se perquirir acerca do significado do dispositivo da Constituição de 1988 que determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Inicialmente, a despeito de alguns sustentarem que o dispositivo só alcança as normas de direitos e deveres individuais e coletivos, referida afirmação parece diante da leitura do dispositivo, que, ao enunciar uma aplicação imediata dos “direitos e garantias fundamentais”, os quais, por sua vez, constam do Título II da Constituição, incluem, assim, os direitos sociais, políticos, de nacionalidade e dos partidos políticos.

Analisando o art. 5º, § 1º da Constituição, entende Silva que o dispositivo enuncia uma potencialidade, uma capacidade de produzir efeitos desde já, razão pela qual a Carta Magna teria sido mais precisa se houvesse feito referência a uma *eficácia* plena ou imediata<sup>42</sup>. Referida observação revela-se bastante pertinente, tendo em vista que, como já esposado em tópico anterior, nem toda norma dotada de *eficácia* será *aplicável* a determinado caso concreto.

Prosseguindo, afirma ainda o autor que a mera determinação, da Constituição, de que as normas definidoras de direitos fundamentais terão “aplicação imediata” não disciplina, de nenhum modo, quais relações jurídicas irão experimentar seus efeitos, ou, em outras palavras, o tipo de relação que deverá ser disciplinada pelos direitos fundamentais<sup>43</sup>.

A respeito do mencionado dispositivo da Constituição, José Afonso da Silva explica que o preceito denota que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais são aplicáveis até onde possam, ou seja, até onde as instituições ofereçam condições para o seu atendimento, ao mesmo tempo em que indica que o Poder Judiciário, sendo chamado a apreciar um caso concreto, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao requerente o direito pleiteado, conforme as instituições existentes<sup>44</sup>.

De qualquer forma, independentemente da concepção adotada, há de se destacar, desde já, que todas as normas constitucionais detêm alguma eficácia, ainda que seja mínima e que, portanto, a plenitude de seus efeitos não tenha sido alcançada enquanto ausente sua conformação pelo legislador ordinário.

---

<sup>42</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. 2008, p. 57.

<sup>43</sup> Idem, p. 58.

<sup>44</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 165.

Para Sarlet, o art. 5º, § 1º consubstancia uma norma de natureza principiológica, de modo que determina aos órgãos estatais que estabeleçam a maior eficácia possível aos direitos fundamentais e, sendo assim, o seu grau de aplicação dependerá do escrutínio no caso concreto<sup>45</sup>, posição à qual nos filiamos.

Dessa forma, mesmo sem uma atuação do legislador ordinário, é possível conferir efeitos jurídicos a essas normas, que não mais devem ser considerados apenas programas a serem perseguidos pelo Estado, ou meros enunciados sem força normativa. Fosse assim, estar-se-ia relegando sua concretização à boa vontade do legislador, em detrimento da maior efetividade possível, o que, indubitavelmente, não foi o intuito do constituinte originário.

Sustentamos, assim, que a definição do conteúdo da norma, tal qual aduzido por Sarlet, não pode ficar ao alvedrio do legislador<sup>46</sup>, visto que compete ao Poder Judiciário efetuar a exegese das normas da Constituição e das normas infraconstitucionais, podendo delas extrair os efeitos que lhes são peculiares. Essa atuação não se deve dar de forma irrestrita, no entanto, reclamando a imposição de limites e de uma ponderação dos interesses contrapostos no caso concreto, visto que a colisão com outros direitos fundamentais, por exemplo, pode exercer influência determinante.

Nesse ínterim, ratificando a ideia central defendida neste tópico, veja-se a seguinte assertiva, na qual destacou o autor, em outra oportunidade:

A solução, preconizada por Alexy afina com a natureza principiológica da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, já que esta, impondo a otimização (maximização) da eficácia de todos os direitos fundamentais, não poderia admitir nem uma realização plena dos (e de todos) direitos sociais prestacionais, pena de sacrifício de outros princípios ou direitos fundamentais colidentes, nem a negação absoluta de direitos subjetivos a prestações, pena de sacrifício de outros bens igualmente fundamentais)<sup>47</sup>

Também para Correia, o art. 5º, § 1º pode ser interpretado no sentido da teoria de Alexy, ou seja, como uma norma-princípio<sup>48</sup>. Segundo a teoria de Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das

---

<sup>45</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 270.

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf)>. Acesso em: 10/10/2011, p. 9.

<sup>47</sup> SARLET, 1999, apud TORRES, 2010, p. 71.

<sup>48</sup> CORREIA, Daniel Rosa. *A concretização judicial de direitos fundamentais e a proteção do mínimo existencial*. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/8-1267643746.PDF>>. Acesso em: 26/10/2011, p. 12.

possibilidades jurídicas e fáticas existentes, correspondendo, assim, a mandamentos de otimização, cuja satisfação se perfaz em variados graus<sup>49</sup>.

Sendo assim, a ponderação dos interesses, com os elementos fornecidos pelo caso concreto, terá o condão de solucionar os conflitos atinentes aos direitos sociais, devendo-se, de acordo com as possibilidades existentes, conferir-lhes sua máxima concretização.

Cabe ressaltar, ainda, que o dispositivo em questão, na esteira de Sarlet, possui um caráter dirigente e vinculante, no sentido de tornar tais direitos diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, ao mesmo tempo em que confere aos poderes públicos a incumbência de promover as condições para a efetividade dos direitos e garantias fundamentais<sup>50</sup>.

Para o mesmo autor, o art. 5º, §1º da Carta Magna, ao atribuir, aos poderes públicos, a tarefa de extrair das normas de direitos fundamentais a maior eficácia, confere efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, ressaltando-se a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que a elas se agrega. Convém explicitar, ainda, que a forma de positivação, o objeto e a função que cada preceito realiza são fatores que repercutem na graduação dessa eficácia<sup>51</sup>.

### 2.2.2 *A questão do reconhecimento dos direitos sociais como direitos subjetivos*

Conexo com o tema da eficácia das normas constitucionais, outra faceta que se apresenta, acerca dos direitos fundamentais, diz respeito à existência de um “direito subjetivo” do cidadão a uma prestação estatal, discussão inçada de polêmicas, verdadeiro ponto nevrálgico.

Na esteira de Canotilho, que emprega a expressão “camaleão normativo”, Galdino denomina “direito subjetivo” justamente uma “expressão camaleão”<sup>52</sup>, assinalando a polissemia inerente ao termo. Para o autor, a locução não expressa as várias posições que os sujeitos ocupam nas suas variadas relações. Nos termos de Canotilho:

---

<sup>49</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2011, p. 90.

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, 2005, p. 268.

<sup>51</sup> Idem, p. 271-272.

<sup>52</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, 136.

“Mas se, no que respeita ao indeterminismo fuzzy, os juristas acompanham o discurso crítico sobre as ciências sociais, importa reconhecer que, mesmo nos estritos parâmetros jurídico-dogmáticos, os direitos sociais aparecem envoltos em quadros pictóricos onde o recorte jurídico cede o lugar a nebulosas normativas. É aqui que surge o <<camaleão normativo>>. A expressão não é nossa. Foi utilizada pelo conhecido constitucionalista alemão J. Isensee, há mais de quinze anos. Com ela, pretendia o Autor significar a instabilidade e imprecisão normativa de um *sistema jurídico aberto* – como o dos direitos sociais – quer a conteúdos normativos imanentes ao sistema (*system-immanente*), quer a conteúdos normativos transcendentais ao mesmo sistema (*system-transcendente*).<sup>53</sup>

Sendo assim, cōncios da ausência de univocidade que permeia a expressão “direito subjetivo”, e passando ao largo dos diversos sentidos conferidos ao termo, convém explicitar que este será traduzido, aqui, na possibilidade de, com base unicamente na norma constitucional que enuncia um direito fundamental social, haver um direito subjetivo individual a uma prestação por parte do Estado, ou seja, se há possibilidade de, judicialmente, independentemente de qualquer intermediação legislativa, conceder-se o direito pleiteado, e em que medida isso se aplica.

Ensina, ainda, o jurista português Canotilho que uma norma garante um direito subjetivo “quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o direito a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto. O direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se, assim, a uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito”<sup>54</sup>.

Na lição de Robert Alexy, por sua vez, “direitos a prestações em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”<sup>55</sup>.

Destaque-se também a lição de Miguel Reale, quando asseverou:

Parece-nos essencial essa compreensão do direito subjetivo em seu duplo momento, o *normativo*, ou da *previsibilidade tipológica da pretensão*, e o da *realizabilidade da pretensão, em concreto, através da garantia específica*. Este segundo momento pontualiza ou verticaliza, por assim dizer, a norma no sentido no sentido de um sujeito, que converte a *pretensão abstrata*, enunciada genericamente na regra de direito, numa *sua pretensão concreta*. Sem a idéia de *pertinência*, não há, pois, que falar em direito subjetivo.

<sup>53</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 100.

<sup>54</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra, Almedina: 2010, p. 1254.

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. Op. cit. p. 499.

Daí podermos dizer, numa noção destinada a reunir os elementos essenciais do problema, que *direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio*.<sup>56</sup>

Conforme restou assentado no tópico anterior, constata-se que a maioria das normas de cunho prestacional positivadas na Constituição Federal detém, na tradicional classificação de José Afonso da Silva, eficácia limitada, encontrando-se aí, ademais, as normas ditas programáticas.

Analisando as normas definidoras dos direitos sociais, Luís Roberto Barroso aponta que as regras que os consagram investem os jurisdicionados em três posições jurídicas distintas: i) geram situações prontamente desfrutáveis, como no caso do direito de greve, que exige do Estado uma abstenção de punição dos que a exercem; ii) ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado, a exemplo do direito à saúde, consignado no art. 196 da Carta Magna; iii) enunciam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora, como o direito “à participação nos lucros ou resultados”, contido no art. 7º, XI.

Na segunda situação, aponta o autor que a efetividade dos direitos revela-se complexa na medida em que encontra barreiras de natureza econômica e política<sup>57</sup>.

Com efeito, verifica-se que, contrariamente à consagração das liberdades públicas, a efetividade dos direitos sociais revela-se mais baixa em virtude de uma maior necessidade e disponibilidade de recursos para sua implantação. Muitos sustentam que a ausência de recursos orçamentários constitui um óbice intransponível para a consecução dos fins enunciados pela norma constitucional, assunto que será tratado oportunamente com mais detalhes.

Na terceira situação, acentua Barroso que a Carga Magna concede, ela mesma, aqueles direitos, e não o legislador, a quem incumbe apenas a instrumentalização de sua concretização, mas que a ausência da regra integradora paralisa a operatividade do comando maior<sup>58</sup>.

Sendo assim, sustenta que a ausência de completude da norma constitui uma das razões para a negação à existência de um direito subjetivo do particular perante o Estado. Apenas após a atuação legiferante é que o direito enunciado na norma seria exigível, ou, do contrário, haveria uma ingerência do Poder Judiciário na tarefa precípua do legislador.

---

<sup>56</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. Saraiva. 27 ed., São Paulo, Saraiva: 2003, p. 260.

<sup>57</sup> BARROSO, Op. cit. p 104 e ss.

<sup>58</sup> Idem, p. 108.

Acentua Novais que, a despeito de o legislador constituinte ter disposto da faculdade de consagrar os direitos sociais em um grau mais preciso de conteúdo, determinando o alcance das pretensões subjetivas do particular perante o Estado, como o fazem, em certa medida, algumas Constituições, ocorre que essa indeterminabilidade de conteúdo, tal como feito pelo constituinte originário, relaciona-se diretamente com a dinâmica do Estado e com uma série de fatores mutáveis que o Estado não tem como comandar, tais como a conjuntura socioeconômica <sup>59</sup>.

De fato, o constituinte originário não tem como prever o grau de desenvolvimento econômico que o Estado conhecerá, ou os eventuais momentos de crise que, por vezes, podem repercutir, de maneira significativa, no modo como os governantes manejam os recursos públicos. Sendo assim, a remissão da determinabilidade de conteúdo ao legislador ordinário torna-se consectário da série de variações, inerentes aos direitos fundamentais, levadas em consideração pelo legislador constituinte, de modo a não colocar em xeque o equilíbrio da Constituição, em confronto com a dinâmica socioeconômica do Estado.

Nessa seara, permanece o questionamento: e quando o legislador ordinário se mantém inerte? É possível exigir, a partir da norma constitucional, uma pretensão dedutível em juízo?

Os argumentos suscitados, muitas vezes, remetem à ideia de que a conciliação entre os recursos disponíveis e a correspondente prestação por parte do Estado, além da necessidade de conformação legislativa, limita-se apenas ao chamado “mínimo social” ou “mínimo existencial”, conforme preferem alguns.

Analisando os direitos sociais na Constituição Portuguesa, que, assim como a brasileira, consagrou vasta gama de direitos sociais, tidos como fundamentais, Novais critica, inicialmente, a importação irrefletida de pressupostos teóricos, como o “mínimo social”, concebido no direito alemão, aduzindo que tal referência não faz sentido em outros contextos, cujo tratamento, no tocante aos direitos sociais, é completamente diverso <sup>60</sup>.

Referida afirmação se explica pela ausência de positivação, no direito alemão, dos direitos sociais, que foram deduzidos, na jurisprudência germânica, por meio de outros elementos, tais como o princípio do Estado Social, a partir do qual se extraíam deveres que o legislador e os órgãos políticos estariam sujeitos a realizar, mas de onde não se deduzia uma

---

<sup>59</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra, Coimbra: 2010, p. 143.

<sup>60</sup> Idem, p. 73.

vinculatividade justiciável<sup>61</sup>, de modo que predominou, também, o recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, como fundamentos do reconhecimento ao “mínimo vital” para uma existência condigna<sup>62</sup>.

Explicando as razões da crítica, prossegue o jurista português asseverando que a Constituição alemã, ao manter os direitos sociais afastados da Lei Fundamental, inevitavelmente conduziu à interpretação de que estes teriam um tratamento diverso dos direitos de liberdade, estes, sim, consagrados, e, sendo assim, a proteção constitucional àqueles outorgada teria uma fundamentação também diferente: aos direitos sociais seria conferida, no âmbito das pretensões subjetivas, apenas um mínimo exigido pela dignidade da pessoa humana, na forma de um direito originário a prestação<sup>63</sup>.

Enquanto isso, os direitos sociais, positivados na Constituição Portuguesa, como defende o autor, “gozam, portanto, à partida, do regime dos direitos fundamentais enquanto normas jurídicas vinculativas de força superior e gozam desse regime relativamente a todo o seu conteúdo, tal como os direitos de liberdade, e não apenas relativamente a um dificilmente delimitável “mínimo social”<sup>64</sup>.

Abstraindo-se de fatores que afetam, decisivamente, a efetividade dos direitos sociais, tais como a disponibilidade de recursos, o ideal, em uma Constituição que reproduz um extenso elenco de direitos sociais, seria aplicar-lhes a máxima efetividade, devendo ser entendida esta, aqui, como “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”<sup>65</sup>.

No entanto, a disponibilidade de recursos é um elemento que não pode deixar de ser analisado no caso concreto. A atuação do juiz não pode ser absoluta, assim como não se pode deixar de atender, em níveis absolutos, a uma prestação individual, sacrificando valores fundamentais para uma existência digna.

Há de se conciliar o argumento da reserva de competência do legislativo com o valor da dignidade da pessoa humana, de modo que, como bem obtempera Sarlet, “não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada.”<sup>66</sup>

---

<sup>61</sup> Idem, p. 77.

<sup>62</sup> Idem, p. 81.

<sup>63</sup> Idem, p. 83.

<sup>64</sup> Idem, p. 84.

<sup>65</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 82-83.

<sup>66</sup> SARLET, 2005, p. 355.

Nessa senda, verifica-se que, a despeito da positivação das normas de direitos fundamentais e da força normativa que a elas se agrega, esta circunstância, por si só, não confere a realização maior de justiça social, uma vez que esta se encontra na dependência da existência de recursos disponíveis, bem como das opções políticas feitas pelos governantes, razão pela qual o manejo desses recursos, que são escassos, finitos, deve ser feita com a maior responsabilidade possível, tanto pela Administração, como pelo juiz, ao decidir o caso concreto levado a sua apreciação.

Enuncia Barroso, a respeito das dificuldades na mencionada efetivação:

“mesmo positivadas, as normas constitucionais enfrentam obstáculos graves à sua efetivação.” [...] As razões são várias. [...] Acrescente-se a isso a mutabilidade constante das relações políticas e as complexas injunções que derivam do órgão de representação popular, notadamente no exercício de seu papel de integrar, por via complementar ou ordinária, os preceptivos constitucionais.”<sup>67</sup>

Além da disponibilidade de recursos, a otimização da efetividade dos direitos sociais depende, outrossim, da habilidade do administrador em gerir os recursos disponíveis. Como bem assinala Canotilho, analisando a questão do direito a saúde na Constituição Portuguesa, “devemos ter serenidade bastante para reconhecer que a otimização dos direitos sociais não deriva só, ou primordialmente, da proclamação exaustiva do texto constitucional, mas da *good governance* dos recursos públicos e privados afectados ao sistema de saúde”<sup>68</sup>.

A respeito, ainda, do reconhecimento de direitos subjetivos, merece destaque a análise de Robert Alexy, cuja teoria dos direitos fundamentais, em especial, revelou a grande influência do direito constitucional germânico no direito constitucional brasileiro, em que pese a crítica de Novais acerca da diversidade no tratamento dado pelo constituinte originário no âmbito dos direitos fundamentais, no Brasil e na Alemanha.

Para o jurista germânico, que propõe, no caso da satisfação dos direitos fundamentais sociais mínimos, um modelo de sopesamento entre princípios, seria mister colocar, de um lado, o princípio da liberdade fática, que assenta na possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas, e, de outro, os princípios formais da competência decisória do legislador legitimado, da separação entre os poderes, bem como princípios materiais, referentes à liberdade de terceiros e a outros interesses coletivos e direitos fundamentais sociais<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> BARROSO, Op. cit. 71.

<sup>68</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. "Bypass" social e o núcleo essencial de prestações sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 249.

<sup>69</sup> ALEXY, Robert. Op. cit. p. 512.

Admitindo que o modelo erigido não estabelece quais direitos sociais definitivos o indivíduo tem, prossegue o autor explicando que, de maneira geral, a garantia definitiva a uma prestação estaria consubstanciada no preenchimento dos seguintes pressupostos: i) se o princípio da liberdade fática a exigir de maneira crucial; ii) se o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático, além dos iii) princípios materiais colidentes, forem afetados de maneira significativamente baixa pela garantia da posição prestacional que a levarem em consideração<sup>70</sup>.

Seja como for, a sistemática deduzida por Alexy consiste, em suma, na idéia de que haverá um direito subjetivo às condições mínimas sempre que a liberdade fática se sobrepuser aos demais princípios, analisados como um todo.

No caso de um direito subjetivo além do mínimo existencial, há de se avaliar, com a devida cautela, as circunstâncias atinentes ao caso concreto, visto que a sua propagação, sem levar em consideração os recursos existentes, pode conduzir, a despeito do desiderato de conferir a maior efetividade possível ao direito social pleiteado, ao inadimplemento da obrigação, em face da sua impossibilidade fática.

Como bem observa Galdino:

De fato, parece correto sustentar que não se deve afirmar a existência de um direito fundamental *determinado*, ou seja, o direito de uma *determinada* pessoa receber uma *determinada prestação* quando seja absolutamente impossível, sob prisma prático e econômico-financeiro, realizá-lo. Impõe-se uma prévia análise de custo-benefício para compreenderem-se as conseqüências das escolhas.<sup>71</sup>

No entanto, é necessário consignar que também não basta a mera alegação, por parte do Poder Executivo, de que não há recursos disponíveis, de modo que defendemos a necessidade de clara demonstração da impossibilidade de satisfação da prestação. Nesse diapasão, as palavras de Silva:

Ou seja, não se trata, pura e simplesmente, de um debate maniqueísta sobre a possibilidade de realização de direitos sociais por meio de decisões judiciais, mas da imposição de ônus argumentativos ao legislador ou ao administrador. Se toda não-realização de direitos que exigem uma intervenção estatal é uma forma de restrição ao âmbito de proteção desses direitos, a consequência natural, como ocorre em todos os casos de restrições a direitos fundamentais, é uma exigência de fundamentação. Restrição fundamentada é restrição possível; restrição não-fundamentada é violação.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>71</sup> GALDINO, Flávio. Op. cit. p. 235.

<sup>72</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. 2010, p. 250.

Reiterando ainda a necessidade de conferir maior atenção ao fator “custo”, que será analisado adiante, finalizamos esse tópico asseverando que, se os recursos são escassos, nada que custa dinheiro pode ser absoluto <sup>73</sup>, incluindo-se os direitos subjetivos, de modo que, como já foi aduzido anteriormente, não se pode olvidar da realidade e tratar essa complexa temática apenas com a utilização de regras jurídicas. Do contrário, há o perigo de se precipitar a uma solução não condizente com a existência real, o que se mostra deveras improdutivo.

### 2.3 Os custos dos direitos

Como já foi possível entrever, a partir dos tópicos desenvolvidos anteriormente, a efetividade dos direitos sociais, tidos como de segunda geração, e dos direitos fundamentais, de maneira geral, está diretamente relacionada com as possibilidades financeiras do Estado.

Ocorre que a divisão em direitos negativos, os quais exigem apenas uma abstenção do Estado, e direitos positivos, os quais reivindicam uma atuação estatal, tal como preconizado nas famigeradas gerações de direitos, tende a eclipsar o fato de que todos os direitos são onerosos, todos os direitos têm seus custos, e, sendo assim, todos os direitos são positivos <sup>74</sup>.

Veja-se, por exemplo, o direito de propriedade, cujo gozo não poderia ser garantido sem a existência de um aparelho estatal forte, apto a proteger a interferência de terceiros. <sup>75</sup>

Nesse patamar, a garantia das liberdades públicas não se cinge a uma distância do Estado do cidadão, no sentido de o primeiro se manter inerte, afastado completamente da esfera de autonomia do indivíduo, visto que as instituições do Estado, os sistemas administrativos e policiais, e também a existência de um aparato judicial é que garantem a efetividade dos denominados direitos de liberdade.

---

<sup>73</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre, Livraria do advogado: 2010, p. 369.

<sup>74</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. W. W. New York: Norton & Company, 1999, p. 48.

<sup>75</sup> Nas palavras de Sunstein/Holmes: “Something similar can be said about the right to private property. American law protects the property rights of owners not by leaving them alone but by coercively excluding nonowners (say, the homeless) who might otherwise be sorely tempted to trespass.” - p. 48.

O que ocorre é que, muitas vezes, por serem esses custos inerentes à própria estrutura e existência do Estado de Direito, há certa propensão a não contabilizá-los, a mantê-los ocultos, enquanto, em contrapartida, os custos em relação aos direitos sociais são colocados em destaque <sup>76</sup>, acentuando-se, mais ainda, a controvérsia em relação à exigibilidade destes últimos.

Para Jorge Neto, a participação estatal relativa aos direitos de primeira geração é bem menor, e isso se dá em virtude da disponibilização de mecanismos institucionais pelo Estado e não diretamente por meio de sua atuação <sup>77</sup>.

No entanto, a estreita relação entre direitos de liberdade e direitos sociais se mostra evidente, a exemplo de uma situação em que o magistrado, ao assegurar ao particular uma indenização em virtude de dano provocado pelo Estado sobre um direito de liberdade está, na verdade, recorrendo aos recursos dos contribuintes, angariados por meio do pagamento de impostos, da mesma forma que o fariam com a finalidade de garantir um direito social do indivíduo contra o Estado <sup>78</sup>.

Como se observa, boa parte da atuação do poder Judiciário é direcionada para a defesa dos direitos de liberdade, tais como a propriedade ou a honra, não se podendo olvidar dos custos inerentes a todo esse sistema, ainda que se queira fazer ocultar tal circunstância sob a rubrica de um suposto “direito negativo”.

Amaral e Melo, acentuando a relevância dos custos dos direitos, asseveram que:

Afirmar um ‘direito ilimitado’ que deva ser realmente efetivo pressupõe que, na falta de meios, eles possam ser extraídos a despeito dos limites constitucionais. Estes recursos, entretanto, teriam que vir da sociedade, seja através de tributos, seja através do confisco, seja através da ‘priorização de pagamentos’, sacrificando direitos dos que contratam com o Estado e também dos servidores públicos <sup>79</sup>.

Embora o alto custo dos direitos já devesse ser um fenômeno enraizado na cultura jurídica, um truísmo, isso, no dizer de Sunstein e Holmes, não raras vezes, soa como um paradoxo, ou até mesmo como uma ameaça à preservação dos direitos <sup>80</sup>, quando, em verdade, levar esse fator em consideração contribui para uma visão realista dos direitos,

---

<sup>76</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit. p. 94-95.

<sup>77</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. Op. cit. p. 40.

<sup>78</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit. p. 95.

<sup>79</sup> AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre, Livraria do advogado: 2010, p. 94.

<sup>80</sup> “Although the costliness of rights should be a truism, it sounds instead like a paradox, an offense to polite manners, or perhaps even a threat to a preservation of rights.” - p. 24

deixando de lado a dimensão utópica da possibilidade de concretização de todos os direitos, de maneira ilimitada.

A par da relevância do fator custo na efetividade dos direitos, tem-se, ainda, que mesmo que o Estado disponha da prestação em causa, a capacidade de prestar, de atuar em direção à materialização desse direito, é finita, pelo menos em determinado espaço de tempo, o que implica o estabelecimento de prioridades de realização, graduação da concretização desses direitos no tempo e, como inevitável consectário, dúvidas e impasses no que diz respeito ao acerto dessas escolhas <sup>81</sup>.

Oportuno, nesse momento, transcrever a lição de Pires, por meio da qual se ressalta a necessidade de transparência da Administração, ao efetuar essas opções:

O que não pode ocorrer é exatamente aquilo que tradicionalmente vem sendo adotado por alguns gestores públicos: o isolamento político no processo de tomada de decisão. Trata-se de prática despida de legitimidade democrática, até porque hodiernamente exige-se outra postura da Administração, fundada na abertura, no procedimento ponderado para construir e implementar políticas públicas, quer dizer, um modo de ser republicado na administração da coisa pública. <sup>82</sup>

O que se tenciona, ao emprestar maior atenção aos custos dos direitos, é tentar maximizar o acerto e a adequação das opções feitas, e, assim, garantir, da maneira mais ampla possível, a fruição desses direitos.

Galdino apresenta a evolução das idéias acerca da dicotomia direitos positivos/negativos em esboço delineado da seguinte maneira:

- i) **Modelo teórico da indiferença:** o caráter positivo da prestação estatal e o respectivo custo são absolutamente indiferentes ao pensamento jurídico
- ii) **Modelo teórico do reconhecimento:** a produção intelectual funda-se no reconhecimento institucional de direitos a prestações (ditos sociais), o que implica reconhecer direitos positivos; ao mesmo tempo afasta-se a pronta exigibilidade desses novos direitos;
- iii) **Modelo teórico da utopia:** a crítica ideológica e a crença em despesas sem limite igualam direitos negativos e positivos, a positividade dos direitos sociais permanece reconhecida, mas o elemento custo é desprezado;
- iv) **Modelo teórico da verificação da limitação dos recursos:** o custo assume caráter fundamental, de tal arte que, mantida a tipologia positivo; negativo, tem-se a efetividade dos direitos sociais como sendo dependente da reserva do possível.

<sup>81</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit. p 124.

<sup>82</sup> PIRES, Leonel Ohlweiler. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre, Livraria do advogado: 2010, p. 206.

- v) **Modelo teórico dos custos dos direitos:** revela a superação dos modelos anteriores; tem-se por superada essa tradicional tipologia positivo-negativo dos direitos fundamentais.<sup>83</sup>

Neste ínterim, o último modelo é o centro da atenção, gravitando em torno da positividade de todos os direitos, inclusive dos tradicionais direitos de liberdade, sendo desenvolvido por Sunstein e Holmes, a despeito de a ideia não ser inédita para os autores.

Salientando a inadequação da classificação dos direitos em positivos/negativos, afirmam que qualquer direito só é protegido, efetivamente, se dispuser de um remédio<sup>84</sup>, traduzido na existência de instituições, de um aparelho judiciário e administrativo, garantidos, assim, em última análise, pelas contribuições dos contribuintes. De forma bastante expressiva, aduzem os autores que o “reino privado” tão valorizado pela sociedade americana tem como sustentáculo a ação pública.<sup>85</sup>

Dessa forma, o usual argumento de que os direitos sociais existem sob uma “reserva do possível” há de ser visto com certa cautela, uma vez que, ao restar consignado que também os tradicionais direitos “positivos” exigem dispêndio por parte do Estado, derruba-se o fator custo como óbice *exclusivo* dos direitos sociais.

Sendo assim, há de se acolher a lição de Barcellos, ao preconizar que a diferença entre direitos individuais e sociais, no que concerne ao fator custo, é de grau, e não de natureza<sup>86</sup>.

Uma teoria dos custos dos direitos, inevitavelmente, tem também como elemento norteador o princípio da eficiência, de forma a garantir o manejo mais eficaz dos escassos recursos públicos, e, assim, evitar o seu desperdício.

No caso do Brasil, referido princípio, inclusive, foi incutido na Carta Magna, em seu art. 37, por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, traduzindo não somente uma diretriz, mas uma obrigação do Estado em maximizá-lo, mormente no que respeita à Administração pública.

O paradigma da eficiência há de ser aplicado em prol dos direitos fundamentais, incorporando ao seu conceito os fatores políticos, econômicos, sociológicos. Como, mais uma vez, destacou Galdino:

<sup>83</sup> GALDINO, Flávio. Op. cit. p. 179-180.

<sup>84</sup> “Where there is a right, there is a remedy” is a classical legal maxim. Individuals enjoy rights, in a legal as opposed to a moral sense, only if the wrongs they suffer are fairly and predictably redressed by their government. This simple point goes a long way toward disclosing the inadequacy of the negative rights/positive rights distinction.” - p. 43

<sup>85</sup> “Personal liberty, as American value and experience it, presupposes social cooperation managed by government officials. The private realm we rightly prize is sustained, indeed created, by public action.” – p. 15

<sup>86</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit. p. 280.

A eficiência não é inimiga dos direitos fundamentais. Ao contrário de ser uma forma de substituir critérios de justiça por critérios puramente financeiros, a eficiência - adequadamente construída - é um poderoso instrumento de transformação social e proteção dos valores democráticos e dos direitos fundamentais.<sup>87</sup>

Timm destaca que, desde Aristóteles, a incumbência essencial do sistema político e da democracia é a atribuição do bem comum e a repartição das riquezas, surgindo daí a combinação perfeita para o equilíbrio social entre democracia política e economia de mercado<sup>88</sup>.

Como se observa, a ideia da necessidade de uma análise do Direito a par da Economia não é particularmente nova, mas tem alcançado, hodiernamente, um maior relevo, principalmente a partir do estudo encetado, de maneira veemente, nos Estados Unidos, na escola *Law and Economics*, que influenciou sobremaneira esse diálogo entre Direito e Economia.

A vantagem de se considerar que todos os direitos têm custos é, contrariamente ao afirmado por alguns, avaliar, com maior responsabilidade, a alocação dos recursos existentes e efetuar a otimização das opções políticas concernentes a tais recursos. Como salienta, com percuciência, Galdino, “a aferição dos custos permite trazer maior qualidade às trágicas escolhas públicas em relação aos direitos. Ou seja, permite escolher melhor onde gastar os insuficientes recursos públicos”.<sup>89</sup>

É, pode-se dizer, inócuo verificar a existência de um direito no plano constitucional, e, no plano fático, verificar a sucumbência desse mesmo “direito” diante da impossibilidade financeira em efetivá-lo. Para Canotilho:

um segundo paradoxo reside nos efeitos perversos derivados da <<aproximação absolutista>> ao significado jurídico dos direitos sociais, esta <<aproximação absolutista>> consiste em confiar na simples interpretação de normas consagradoras de direitos sociais para, através do procedimento hermenêutico de atribuição de significado a enunciados lingüístico-normativos, deduzir a *efetividade* dos mesmos direitos. Os resultados a que se chega nem são *razoáveis* nem são *racionais* (<sup>6</sup>), e acabam por produzir efeitos contrários aos pretendidos. Assim, por exemplo, dizer que o <<direito a ter casa>> e o <<direito a ter e estar na universidade>> são dimensões do <<mínimo social>> postulado pela dignidade da pessoa humana, e derivar o <<direito à habitação>> da interpretação do

<sup>87</sup> GALDINO, Flávio. Op. cit. p 267.

<sup>88</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre, Livraria do advogado: 2010, p. 53.

<sup>89</sup> GALDINO, Flávio. Op. cit. p 205.

preceito constitucional garantidor deste direito, só pode ter como consequência a capitulação da <<validade>> das normas constitucionais perante a facticidade econômico-social.<sup>90</sup>

Como os recursos são escassos, a necessidade de realizar opções políticas se mostra mais evidente, sendo que “o que usualmente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a opção política (justa ou injusta, sindicável judicialmente ou não) de não se gastar dinheiro com aquele mesmo “direito”.<sup>91</sup>

Além da necessidade de se escolher em que gastar, deve-se escolher também o quanto gastar na efetivação daquele direito e, via de consequência, decidir quais direitos serão relegados a um segundo plano, ocasião em que a gestão dos recursos utilizados deve ser feita com a maior cautela, sobressaindo, a partir daí, a relevância de uma atuação eficiente, em prol da efetivação dos direitos fundamentais.

---

<sup>90</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 104.

<sup>91</sup> GALDINO, Flávio. *Op. cit.* p. 235.

### **3 ESTUDO DE CASO: AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0002012-48.2006.4.05.8100**

Um dos instrumentos que tem se revelado da maior utilidade, na efetivação dos direitos fundamentais sociais, é a ação pública, regulada pela Lei 7.347/85, tendo o Ministério Público como um dos principais legitimados para a propositura da ação.

Como função institucional do Ministério Público, a defesa dos denominados direitos difusos tem se mostrado possível em virtude da existência desse meio processual, apto a realizar direitos consagrados na Carta Magna.

Nesse contexto, convém apresentar um estudo de caso, na qual, por meio de ação civil pública, pleiteou o Ministério Público Federal, no Estado do Ceará, a determinação, ao Poder Público, da realização de cirurgias ortopédicas de alta complexidade, aos pacientes cadastrados em filas de espera.

#### **3.1 Petição inicial apresentada pelo Ministério Público Federal/CE**

Na demanda em epígrafe, ingressou o Ministério Público com Ação Civil Pública contra a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza, tendo integrado ainda o pólo passivo, posteriormente, a Universidade Federal do Ceará.

Aduziu o órgão ministerial que a saúde pública, no Estado do Ceará, vinha apresentando um quadro caótico na medida em que inúmeros pacientes de baixa renda, os quais necessitavam da realização de cirurgias traumato-ortopédicas de alta complexidade, a serem financiadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), esperavam, por vários anos, até serem submetidos a essas cirurgias, chegando, em alguns casos, à invalidez, diante da demora.

Acostada à peça vestibular, encontravam-se o processo administrativo, a partir do qual se originou a denúncia, bem como depoimentos do representante, que vinha sendo acometido pela doença Espondilite Anquilozante Aguda, causadora de dores no quadril. Referida enfermidade já o havia conduzido à invalidez, e, em pouco tempo, poderia levar à incapacidade de locomoção.

Constatou o *parquet* federal que, de todos os hospitais públicos localizados em Fortaleza, apenas o Hospital Geral de Fortaleza (HGF) e o Hospital Universitário Walter Cantídio estavam habilitados para realizarem procedimentos cirúrgicos ortopédicos de alta

complexidade. De acordo com depoimento do Secretário Municipal de Fortaleza, embora o Instituto José Frota possuísse a aparelhagem necessária, referido nosocômio tinha o atendimento restrito aos pacientes com fraturas.

Conforme parecer técnico do Chefe do Serviço de Ortopedia e Traumatologia do HUWC, o Governo Federal não havia efetuado nenhum investimento no hospital em questão, destacando, ainda, que o SUS não repassava, integralmente, os recursos devidos, ou não o fazia tempestivamente, comprometendo a prestação dos serviços.

Destacou-se, ainda, a carência dos profissionais de saúde, os quais eram bastante mal pagos (apresentou-se contracheque não identificado de um médico especialista em ortopedia, que percebia R\$1.950,00 (hum mil novecentos e cinquenta reais), contando com 15 anos de serviço), bem como a demora na realização das cirurgias, cujo prazo médio de espera equivalia a quatro anos e um mês.

Como fundamento da demanda, apontou o Ministério Público o dever de o Estado, *lato sensu*, prestar à sociedade um serviço de saúde pública de qualidade, remetendo aos artigos 196 e 198, I e II, § 1º da Carta Magna. Asseverou que a saúde, a exemplo da educação, é um direito subjetivo do cidadão, “não dependente de reciprocidade, ou seja, o Estado é obrigado a prestar-lhe, independentemente de qualquer contraprestação, sendo-lhe defeso sonegar tal direito, sob qualquer hipótese”.

Acentuou-se, ainda, a adequação da ação civil pública para a promoção da tutela dos interesses difusos, com fulcro nos artigos 127 e 129 da Constituição Federal, os quais tratam das funções institucionais do Ministério Público, na defesa de “interesses sociais e individuais indisponíveis”, bem como de “outros interesses difusos e coletivos”.

Asseverou-se, ainda, a legitimidade passiva dos réus, com espeque na Lei 8.080/90, que disciplina a organização, direção e gestão do Sistema Único de Saúde, distribuindo as atribuições a todas as esferas da federação.

Em sede de tutela antecipada, pleiteou o *parquet* federal que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza realizassem, no prazo máximo de 12 (doze) meses, todas as cirurgias dos pacientes já cadastrados nas filas de espera do HUWC e do HGF, atentando, ainda, para as demais medidas médicas relativas ao tratamento dado a esses pacientes.

Para a viabilidade da medida, apontou-se para a necessidade da repartição de competências entre os entes federados, da seguinte maneira: ao Município de Fortaleza, estaria a incumbência de efetuar: o agendamento dos procedimentos cirúrgicos e a respectiva comunicação aos pacientes; a realização das cirurgias; o acompanhamento ambulatorial pós-cirúrgico e a disponibilização de medicamentos para a recuperação dos operados.

Ao Estado do Ceará e à União caberiam a disponibilização dos recursos, o planejamento de sua aplicação e o seu repasse ao Município; o credenciamento de mais hospitais junto ao SUS, para a realização de cirurgias de alta complexidade; a contratação de profissionais especializados na área; o remanejamento de recursos para o custeio das atividades dos hospitais que viessem a ser credenciados, para o incremento da remuneração dos médicos especialistas e para o saneamento do déficit financeiro dos hospitais que já realizam as cirurgias em questão, em Fortaleza; as providências referentes ao reaparelhamento e reestruturação física do HUWC.

Pleiteou-se, ainda, como consequência do inadimplemento da tutela antecipada eventualmente concedida, a cominação de multa diária no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais).

Como síntese dos pedidos, tem-se: a citação dos demandados para efetuarem a contestação da ação; a proibição de veiculação de propaganda pelo Município de Fortaleza, relativamente à saúde, quando não se revestisse do caráter educativo, informativo ou de orientação social, devendo ser efetuada a destinação de tais recursos para a atividade-fim, qual seja, relativa à saúde; a confirmação do pedido liminar, ou, na hipótese de este não ser concedido, que fosse efetuada sua concessão, no mérito.

### **3.2 Manifestações dos demandados**

Inicialmente, argüiu a União, preliminarmente, a ilegitimidade passiva da União, afirmando que o cumprimento de eventual decisão que assegurasse a prestação dos serviços médico-hospitalares não se inseria no âmbito de suas competências administrativas.

Afirmou que, a despeito de integrar o Sistema Único de Saúde, a União não detinha competência para a gestão dos recursos, a contratação de profissionais especializados, entre outras providências, sendo da competência do Município a gerência e a execução dos serviços públicos de saúde.

Em seguida, sustentou a necessidade da promoção de intimação e citação da Universidade Federal do Ceará, visto que o Hospital Universitário Walter Cantídio, caso concedida a tutela antecipada requerida, seria afetado diretamente pela decisão, e, sendo um órgão vinculado à Universidade Federal do Ceará, far-se-ia necessária a integração deste no pólo passivo da demanda.

No mérito, suscitou o espaço de discricionariedade do qual a Administração dispõe, não cabendo à população exigir, diretamente, das entidades públicas, a efetiva prestação dos serviços.

Afirmou que a escassez de recursos e as ilimitadas necessidades dos indivíduos submetem a Administração, diuturnamente, à adoção de escolhas difíceis, de modo que a repartição de receitas devia ter como escopo o benefício em prol do maior número de pessoas.

A destinação dos recursos necessários à realização das cirurgias ortopédicas também iria afrontar o princípio da isonomia, na medida em que uma parcela da população brasileira seria prejudicada.

Ademais, sustentou a invasão do poder Judiciário na competência administrativa exclusiva do Poder Executivo, visto que competia ao segundo a análise das possibilidades técnicas e financeiras.

Além disso, asseverou que as normas constitucionais apontadas pelos autores representam apenas normas de conteúdo programático, e a satisfação da saúde devia ser feita de modo global, respeitando-se os planos orçamentários contidos nos artigos 165 e 167 da Constituição.

Por fim, sustentou que a utilização das verbas existentes no atendimento de situações específicas resultaria em danos ao programa global de assistência do sistema, gerando uma repercussão catastrófica.

O Estado do Ceará, manifestando-se sobre o pedido de tutela antecipada efetuado pelo Ministério Público Federal, alegou, em síntese, a não configuração dos pressupostos autorizadores da concessão da medida antecipatória pleiteada, quais seja, a verossimilhança da alegação e o pedido de dano irreparável.

Afirmou, ainda, que o Estado estaria garantindo a satisfação da generalidade dos cidadãos, por meio da implementação das políticas públicas, não se fazendo legítima a intervenção do Poder Judiciário para redefini-las, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.

Já a Universidade Federal do Ceará ressaltou a situação precária do Serviço de ortopedia e Traumatologia do Hospital Universitário Walter Cantídio, salientando, assim, que a eficácia dos serviços prestados pelo hospital dependia dos programas e recursos do Governo Federal, sem os quais a sua atividade seria reduzida.

### **3.3 Apreciação do pedido de tutela antecipada pelo juízo monocrático**

Inicialmente, asseverou o magistrado que, em exame superficial, típico da cognição sumária, não restou caracterizada a verossimilhança das alegações suscitadas na peça exordial.

Com fundamento na impossibilidade de compelir os demandados a destinarem os recursos públicos necessários às cirurgias dos pacientes cadastrados nas filas de espera do HUWC e no HGF, o magistrado indeferiu o pedido de tutela antecipada, explicando também que outra parcela da população seria prejudicada, visto que a verba orçamentária seria empregada em benefício maior de duas unidades de atendimento.

### **3.4 Decisão do juízo monocrático**

O magistrado, inicialmente, apreciou as preliminares arguidas pela União, na peça contestatória. Explicou que o art. 23, caput, e inciso II, da Constituição, conferiam competência comum, de modo que a atuação de um ente não seria excludente da de outro. Sendo assim, a obrigação seria solidária, podendo-se demandar de qualquer um dos entes políticos.

Apontou que o art. 16, XIII, e o art. 17, III, da Lei 8.080/90, estabeleciam o dever de a União e os Estados cooperarem financeiramente com as ações do SUS no âmbito municipal, cabendo ao Município o planejamento a gestão dos serviços públicos de saúde, o credenciamento de prestadores de serviços privados de saúde para cooperarem com o sistema público.

Observou que a UFC não poderia sofrer as mesmas consequências que os demais litisconsortes passivos, visto que, sendo uma autarquia voltada ao ensino superior, não teria a obrigação de realizar concretamente a saúde, de modo que permaneceria na demanda apenas nas atribuições que lhe competiam.

No mérito, explicou o magistrado as diferentes modalidades de demandas envolvendo prestações à saúde. São as que: envolvem prestações não incluídas no SUS; as que estão excluídas do SUS e dos registros da ANVISA; as que envolvem prestações de saúde com eficácia reconhecida pela ANVISA e incluídas nos protocolos do SUS, mas que não são realizadas de maneira satisfatória pela Administração.

Essa última espécie é a que provoca menor intervenção na Administração, uma vez que a intervenção se cinge a compelir a realizar a prestação já reconhecida para o tratamento da patologia, o que seria o caso dos autos, que envolvia a realização de cirurgias já aceitas e executadas pelo SUS, indicadas aos pacientes pelo sistema público de saúde.

Destacou que o direito à saúde foi elevado a direito fundamental pelo constituinte originário, principalmente em virtude do conteúdo material, ainda que fora do rol disposto no art. 5º da Constituição. Ao mesmo tempo, o art. 5º, § 1º conferia aplicabilidade imediata, de modo que foi afastada a alegação de que o art. 196 constitui mera norma programática. Independentemente de ulterior atividade do legislador, confere-se eficácia ao direito à saúde.

Afirmou que o direito à saúde está estruturado como princípio, e, em razão disso, o Poder Público deve buscar a sua máxima efetividade, de acordo com a medida do fática e juridicamente possível, conforme os ensinamentos de Robert Alexy.

É certo que essa busca, como explicou o juiz, seria, muitas vezes, limitada pelos elementos fáticos e jurídicos, e, no caso particular dos direitos sociais, a limitação de recursos constitui um dos obstáculos à sua efetivação, contexto em que sobressai o limite da “reserva do possível.”

Ressaltou o magistrado que a escassez de recursos implica, não raro, na adoção de escolhas alocativas, visto que não há como satisfazer as necessidades de todos, ocasião em que se mostra relevante, também, a otimização na gestão dos recursos públicos.

No entanto, a “reserva do possível” não serve como escusa, quando verificados investimentos em áreas menos prioritárias, em detrimento dos valores mais fundamentais da sociedade. Igualmente, a impossibilidade material da Administração não se revela demonstrada pela mera alegação, sendo necessário prová-la, de maneira concreta.

Explicou o magistrado que, no caso, não foi efetuada a demonstração da eficiência da Administração, associada à maximização dos recursos existentes, bem como a demonstração da indisponibilidade total ou parcial de recursos e do não-desperdício dos recursos existentes.

De outra ponta, também destacou o juiz o esforço engendrado pelas partes na solução da problemática aduzida na peça vestibular, consubstanciado na realização de mutirões para a prática das cirurgias objeto da demanda, e também na elaboração de plano de Projeto de Cirurgias Eletivas de Traumatologia-Ortopedia, providências, no entanto, que se mostraram insuficientes, visto que, decorridos mais de quatro anos do ajuizamento da ação, não se obteve um desfecho satisfatório.

Ademais, além da existência de documento que noticiava uma fila de 956 pacientes à espera das cirurgias em comento, as testemunhas também foram veementes a respeito da demora para a realização do procedimento, no Estado do Ceará.

Sendo assim, o magistrado observou que a inércia estatal correspondia à omissão na execução de prestações que assegurassem o “mínimo essencial”, relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, visto que a espera imposta aos pacientes não permitia que estes usufríssem das condições físicas necessárias ao exercício das atividades cotidianas e laborais, tal como ratificado nos depoimentos prestados em juízo.

Assim, a despeito de não ser incumbência do Poder Judiciário a formulação e a execução de políticas públicas que dependam de opções políticas daqueles que foram investidos em mandato eletivo, torna-se competência do Poder Judiciário determinar à Administração a formulação de políticas públicas que efetivamente realizem o dispositivo constitucional negligenciado, com a ressalva de que a operacionalização dessas medidas cabe somente ao Poder Executivo, traduzindo-se na discricionariedade de meios.

Partindo para a parte dispositiva da sentença, o magistrado julgou parcialmente procedente o pedido formulado, determinando à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza a adoção de medidas conducentes à solução da problemática enfrentada, com base nos seguintes parâmetros temporais:

- 1) no prazo de 3 (três) meses, deverão quantificar, em cadastro unificado, a fila das cirurgias eletivas ortopédicas de alta complexidade, a qual deverá ser indexada por nome do paciente, pelo tempo de espera e pelo procedimento cirúrgico,
  - 2) no prazo de 12 (doze) meses, a fila consolidada deverá ser reduzida em 10% (dez por cento);
  - 3) no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, a fila consolidada deverá ser reduzida em 50% do total apurado segundo o item 1 deste dispositivo;
  - 4) no prazo de 36 (trinta e seis) meses, a fila consolidada deverá ser reduzida em 90 % do total apurado segundo o item 1 desde dispositivo;
  - 5) no prazo de 36 (trinta e seis) meses, o tempo máximo de espera na fila para cirurgia ortopédica de alta complexidade deverá corresponder a três meses.
- No caso de eventual descumprimento de qualquer dos prazos estabelecidos, comino, para cada um dos entes federativos (União, Estado e Município), multa diária no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), a ser revertida na forma do art. 13 da Lei 7.437/85.

Decorridos vinte dias de atraso em relação a cada um dos prazos estabelecidos, fixo, para cada um dos entes federativos promovidos, a proibição de veiculação de propagandas institucionais até a adequação da fila aos limites, estabelecidos nesta sentença. Adicionalmente, decorridos trinta dias de atraso em relação a qualquer dos prazos estabelecidos, comino a vedação à realização de festas e shows por qualquer dos entes federativos promovidos enquanto não adequada a fila aos limites estabelecidos nesta sentença.

Por fim, determino à UFC que preste auxílio, por meio do HUWC, aos entes federativos (União, Estado e Município), disponibilizando instalações físicas e equipe técnica para os fins desta sentença, na medida dos recursos a ele repassados pelos referidos entes políticos.

A decisão foi proferida em 24 de novembro de 2010; mas, até o momento, não houve o seu trânsito em julgado, tendo em vista a interposição de recursos de apelação pelas partes vencidas.

De qualquer forma, observa-se que as principais questões relativas à atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas referem-se à afronta à separação dos poderes, à reserva do possível e às necessidades ilimitadas dos indivíduos, o que remete aos custos dos direitos.

No capítulo a seguir, à luz do caso concreto apresentado, será possível analisar, com mais detalhes, como se revelam, nessa seara, os limites de atuação do Poder Judiciário.

#### 4 OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

De tudo quanto exposto até aqui, observa-se que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social trouxe novas necessidades aos indivíduos, visto que os tradicionais direitos de liberdade não eram suficientes para a fruição de uma cidadania plena e para a garantia, muitas vezes, das condições materiais para uma existência digna.

Os direitos fundamentais sociais constituem meio pelo qual se exercitam, plenamente, os direitos de liberdade, bem como a participação consciente no processo democrático, razão pela qual estão intimamente ligados.

A atuação do Poder Judiciário, na seara da efetivação dos direitos sociais, requer que se analisem os limites da participação dos juízes e tribunais no estabelecimento de políticas públicas pelo Poder Executivo, e, assim, na concretização dos direitos fundamentais sociais.

Para Jorge Neto, há quatro fatores que tem determinam ou que, pelo menos, influenciam as fronteiras de atuação do Poder Judiciário, quais sejam: a verificação cabal da ofensa ou violação a um direito, pela não adoção ou adoção inadequada da política pública; a discricionariedade de meios, em razão da qual o juiz, ao determinar a implementação da política pública, não pode estabelecer os meios utilizados para a operacionalização dessa finalidade; a reserva do possível, que, a despeito de ser determinante para o adimplemento da obrigação, deve ser avaliada de modo adequado; o mínimo existencial, cuja violação obriga que o Poder Judiciário intervenha.<sup>92</sup>

Antes de efetuarmos a referida abordagem, cumpre esclarecer que “não se pode transformar o debate em tela em uma falsa escolha entre dois extremos. Não existem apenas duas opções radicais: a *colonização* total da política pelo direito ou, no caso do objeto deste estudo, a absoluta ausência de controle jurídico em matéria de políticas públicas”.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador, Jus Podium: 2008, p. 144-145.

<sup>93</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 110.

As fronteiras entre uma atuação irrestrita do Poder Judiciário e uma salutar intervenção desse Poder podem ser, muitas vezes, bastante tênues, de modo que o estabelecimento de limites se faz necessário.

Como resumiu Mártires, “em suma, nem o protagonismo irresponsável, nem o alheamento apassivador, porque um e outro não se compadecem com o princípio da *lealdade constitucional* e, ainda, podem comprometer a credibilidade e a própria sobrevivência da jurisdição constitucional como criatura da Constituição”.<sup>94</sup>

Feitas essas observações, passemos ao exame, com mais detalhes, de como se revelam esses limites na atividade do juiz.

#### **4.1 Reserva de consistência**

O primeiro elemento que influencia no estabelecimento de uma política pelo Judiciário é a constatação da violação do direito fundamental, entrando em cena a reserva de consistência.

Esse elemento também está intimamente ligado à costumeira alegação da falta de preparo do magistrado no trato das políticas públicas, associada à ausência do instrumental técnico.

Costuma-se asseverar que o juiz não detém uma visão global das questões administrativas ou dos reflexos que sua decisão poderia provocar, de modo que isso iria repercutir negativamente na esfera econômica do Estado, amplamente considerado.

No caso específico das demandas individuais, isso é traduzido, assim, na afirmação de que o magistrado, envolto na resolução dos casos concretos – que iriam compor a microjustiça – desconhece as peculiaridades do gerenciamento dos limitados recursos, na concretização das demandas situadas na chamada macrojustiça.

Muitas vezes, também é bastante difícil deslindar o momento em que ocorreu a violação do direito, se esta de fato ocorreu, e em que medida ocorreu.

Para Novais, “quando o Estado está obrigado a fazer algo, é, em geral, duvidoso saber quando está ou não essa obrigação a ser incumprida, ou conhecer a partir de que

---

<sup>94</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 167.

momento passou a ser incumprida, qual é o alcance do incumprimento e o meio adequado de o conjurar”.<sup>95</sup>

Consoante Barcellos, a pertinência, ou não, dessa crítica operacional à atuação do juiz no controle das políticas públicas irá depender de dois elementos: do objeto a ser juridicamente controlado, devendo-se analisar qual bem será exigido, de quem e sob que fundamento; e da modalidade de controle, ou seja, se no bojo das ações individuais, coletivas, ou em sede de controle abstrato.

No que se refere ao objeto, a autora elenca cinco objetos diversos, que poderiam constituir alvo do controle: i) a fixação de metas e prioridades por parte do poder Público; ii) o resultado final esperado das políticas públicas em determinado setor; iii) a quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas associadas à concretização de direitos fundamentais; iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; v) a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos. Os dois primeiros dizem respeito, especificamente, ao conteúdo das políticas públicas, sendo objeto de maior atenção o “resultado final esperado”.<sup>96</sup>

No exercício de controle desse fator, torna-se necessário delinear qual o resultado esperado e necessário das políticas públicas. Como explica Barcellos, há casos em que essa definição é bastante simples. O direito à educação, o art. 208, I, VI, VII, bem como os §§ 1º e 2º é bastante claro:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

.....  
IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

.....  
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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

§ 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.

<sup>95</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra, Coimbra: 2010, p. 127.

<sup>96</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit. p. 115-116.

A situação delineada acima pode ser exemplificada pelo seguinte excerto jurisprudencial, do Supremo Tribunal Federal:

**E M E N T A:** CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - **DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006)** - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - **DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º)** - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - 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. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. [...]. **DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL.** - 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. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - [...] Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. -[...]. - 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. Precedentes. - [...] <sup>97</sup>

Já a redação do direito à saúde, consubstanciado nos arts. 196 e 198, II, exprime uma textura bastante aberta, podendo-se extrair variados graus de abrangência do que vai enquadrar o resultado final esperado, de modo que o magistrado deve ter a cautela e o bom senso de, sob o fundamento de interpretar a Constituição, não fulminar as bases do equilíbrio democrático e a sua própria legitimidade, recaindo também na crítica acerca das relações entre micro e macrojustiça. <sup>98</sup>.

Leny traz um exemplo bastante esclarecedor do limite da reserva de consistência, quando aduz que:

Imagine-se, por exemplo, uma ordem judicial que, com base no direito à saúde, obrigasse um pequeno Município a construir um amplo hospital capaz de atender toda a sua população com os mais avançados equipamentos médicos. Certamente, uma decisão desse tipo acarretaria a total exaustão orçamentária do Município, a não ser que fosse *consistentemente* baseada em dados concretos que fossem capazes de garantir que existe dinheiro de sobra para a construção do hospital, o que, em última análise, faz retornar à reserva de consistência, que está intimamente ligada à reserva do possível. É preciso cuidado, portanto, ao se dar efetividade a um direito fundamental que implique em grandes gastos financeiros aos poderes públicos. <sup>99</sup>  
(grifou-se)

Nesse passo, a reserva de consistência exsurge, como explica, mais uma vez Jorge Neto, com lastro na lição de Sérgio Fernando Moro, baseada “no fato de que a intervenção da jurisdição constitucional depende da reunião de argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que se pretende alcançar.” <sup>100</sup>

<sup>97</sup> ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

<sup>98</sup> BARCELLOS, Op. cit. p. 118.

<sup>99</sup> SILVA, Leny Pereira da. Direito à saúde e o princípio da reserva do possível. 2009. 65 f. Monografia (Especialização em Direito Público) - Curso de pós-graduação Lato sensu, Instituto Brasileiro de Direito Público. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf). Acesso em: 08/11/2011, p. 30-31.

<sup>100</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. Op. cit. p. 146.

A expressão “reserva de consistência” foi utilizada por Habermas, como explica Peter Häberle, que assevera:

Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*Zwischenträger*)<sup>72</sup>. O resultado de sua interpretação está submetido à *reserva da consistência* (*Vorbehalt der Bewährung*), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas<sup>73</sup>, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto<sup>74</sup>. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos “intérpretes da Constituição da sociedade aberta”.<sup>101</sup>

Assim, a decisão judicial, antes de surgir como fruto da mera visão subjetiva do juiz, integra um discurso democrático, estando legitimada pela ampla participação das partes ao longo da ritualística processual, ao mesmo tempo em que se abre a possibilidade de participação de novos atores.

Para Moro:

O limite da reserva de consistência impedirá, é certo, o Judiciário de concretizar normas fundamentais que demandam a adoção de políticas públicas de certa complexidade. Faltaria ao Judiciário, por exemplo, capacitação para elaboração de política habitacional caso entendesse que a Constituição contempla direito à habitação. Não obstante, a extensão desse impedimento depende da prática judiciária. A criatividade poderá contribuir para o alargamento do controle judicial e o avanço na concretização da Constituição.<sup>102</sup>

Consoante Häberle, longe de se restringir aos órgãos estatais, há diversos setores que também interpretam a Constituição, ainda que indiretamente, tais como a opinião pública democrática e pluralista, as igrejas, os teatros, as editoras, as associações, as escolas, etc.<sup>103</sup>

Häberle leciona, assim, que a interpretação constitucional não está restrita aos participantes do processo ou aos órgãos estatais. Sendo uma atividade que diz respeito a todos, cada indivíduo pode ser considerado intérprete da Constituição, ainda que indiretamente, de modo que “a esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos”<sup>104</sup>.

<sup>101</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 42.

<sup>102</sup> MORO, Sérgio Fernando. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. Mai. 2000. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14340-14341-1-PB.htm>>. Acesso em: 06/11/2011.

<sup>103</sup> HÄBERLE, Peter. Op. cit. p. 22-23.

<sup>104</sup> Idem, p. 23-24

Concomitantemente, a reserva de consistência revela uma faceta relacionada à necessidade de fundamentação das decisões, mas não se reduz a isso. O exercício de construção da decisão não pode ser efetuado pelo magistrado isoladamente, visto que, não raro, o juiz terá que adentrar a seara de outras ciências, como medicina, gestão pública, pedagogia, engenharia, dentre outras.<sup>105</sup>

Com fulcro no pensamento de Peter Häberle, tem-se, assim, a relevância da convocação de outros setores da sociedade a participar do processo, conferindo maior legitimidade à decisão na medida em que levanta o aparato técnico que foge à área de conhecimento do magistrado.

Ao apreciar um caso que irá repercutir, diretamente, no âmbito de atuação dos outros poderes, como no caso da determinação de execução de uma política pública, a abertura plural confere, assim, maior “consistência” à decisão.

Na hipótese de uma política pública relativa à saúde, por exemplo, e principalmente em sua vertente coletiva, é necessária a participação dos detentores dos conhecimentos técnicos específicos, abrindo-se o processo à participação dos profissionais de medicina, por exemplo.

O recurso à figura do “amicus curiae” constitui um elemento que confere maior legitimidade à decisão, trazendo para o processo a interpretação de uma sociedade aberta e plural. Ao angariar conhecimentos técnicos especializados, o magistrado será capaz de fundamentar sua decisão com amplo substrato democrático, expandindo a “consistência” do veredicto exarado, como explica Martins.<sup>106</sup>

A despeito de a figura do “amicus curiae” ser resgatada nos procedimentos de ação direta de inconstitucionalidade, há de se considerar a sua admissão também em outras ações<sup>107</sup>, que tratem especificamente da efetivação dos direitos sociais, principalmente nas ações coletivas, como no caso das ações civis públicas.

Além disso, as audiências públicas também são aptas a verificar os anseios de determinada comunidade e fornecer o conhecimento técnico necessário ao juiz, sendo oportuno mencionar que o Supremo Tribunal Federal, em 2009, realizou audiência pública sobre saúde, convocada pelo então Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, com o

---

<sup>105</sup> MARTINS, Marianne Rios . Os limites de atuação do poder judiciário como legislador positivo para efetivar direitos humanos de 2ª dimensão. In: XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Manaus. Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Boiteaux, 2006. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito\\_humano\\_td\\_marianne\\_rios\\_martins.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf)>. Acesso em: 02/11/2011, p. 11.

<sup>106</sup> Idem, ibidem.

<sup>107</sup> Idem, p. 13.

objetivo de se discutirem as temáticas do acesso às prestações de saúde no Brasil, da responsabilidade dos entes da federação e do financiamento do SUS, políticas públicas de saúde, entre outras.

A participação de especialistas diversos, como membros do Ministério, Público, advogados, magistrados, professores e técnicos de saúde, gestores do Sistema Único de Saúde, além de acadêmicos e entidades da sociedade civil, trouxe esclarecimentos que serviram de subsídio para o julgamento de processos em tramitação no STF, acerca do direito à saúde.

Assim, verifica-se que a reserva de consistência, ao mesmo tempo em que impõe um limite à atividade do juiz, na medida em que este deve angariar argumentos suficientes que justifiquem determinada tomada de decisão, também lhe confere maior legitimidade, visto que amplia o diálogo entre diversos setores da sociedade, desconstituindo a visão puramente hermética do processo de construção da decisão judicial.

Ratificando o que foi esposado até aqui, é mister acolher a lição de Jorge Neto, que, também de acordo com os ensinamentos de Häberle, aduz:

A decisão judicial, ao fim e ao cabo, não é um ato de vontade do julgador, expungido de influências externas, mas resultado da efervescência e dos movimentos de todos esses atores na sociedade pluralista. Para Häberle, a independência pessoal dos juízes não pode escamotear o fato de que a interpretação judicial está promiscuamente envolvida com os fatos da realidade social, aliás, se fosse diferente, seria estéril.<sup>108</sup>

#### 4.2 Discricionariedade de meios

A discricionariedade de meios significa que o magistrado, a despeito de, em determinado caso, vir a estabelecer uma redefinição de uma política pública, determinando ao Poder Público o que deve ser feito para que seja cessada a violação aos direitos fundamentais, não pode ditar *como* a operacionalização dessa medida será efetuada.

O juiz pode, ao proferir sua decisão, sugerir determinados meios para que a obrigação imposta atinja seu adimplemento, tais como o investimento de recursos inicialmente previstos para outras áreas de atuação, ou a inclusão, no orçamento do ano seguinte, da importância de recursos a ser gasta no cumprimento da obrigação, não se

---

<sup>108</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. Op. cit. p. 118.

cogitando, no entanto, da imposição de referidas determinações, uma vez que a escolha dos meios necessários há de ser conferida ao administrador.

A imposição de limites nessa seara evita que o magistrado venha a usurpar as funções inerentes aos demais poderes, mantendo o equilíbrio entre os poderes. Como explica Jorge Neto:

Constatada que uma determinada política pública ou a inexistência dela ofende os direitos fundamentais, o julgador não poderá impor a solução ao administrador público responsável pela implementação das medidas; deverá, ao contrário, impor a ele que apresente um plano de ação para sanar a ofensa e negociar com ele a solução mais adequada e a que menos prejuízos causa às demais políticas e programas em curso.<sup>109</sup>

Como foi mencionado no capítulo anterior, referente ao estudo de ação civil pública nº 0002012-48.2006.4.05.8100, o magistrado monocrático, nas razões de decidir, analisou a discricionariedade de meios na decisão proferida. Senão, vejamos os exatos termos em que se pronunciou:

Admitir a intervenção do Poder Judiciário na concretização de direito subjetivo a prestações estatais que dependam do estabelecimento de políticas públicas não pode representar, contudo, completa supressão da discricionariedade administrativa, nem das funções típicas do Poder Executivo na gestão da coisa pública.

Assim, não cabe ao Poder Judiciário formular e executar políticas públicas que dependam de opções políticas daqueles que receberam investidura em mandato eletivo. Por outro lado, compete ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a formulação e execução de políticas públicas que efetivamente realizem, no mundo dos fatos, o comando constitucional negligenciado.

Assim, compete ao Poder Executivo definir o modo e os meios materiais para solucionar a crise na fila de cirurgias ortopédicas de alta complexidade no Estado do Ceará. As dificuldades materiais para a solução da problemática em comento devem ser enfrentadas pelo gestor público, preservando-se sua *discricionariedade de meios* e liberdade de atuação. (grifou-se)

Dessa forma, verifica-se que o próprio juiz responsável pelo caso estabeleceu um limite à sua atuação, sendo bastante salutar o reconhecimento da discricionariedade de meios ao administrador público, uma vez que não pode o juiz usurpar essa função, característica do gestor público.

Pode, quando muito, sugerir que se adote esta ou aquela medida, como também se observou no caso em comento, sem, no entanto, retirar do administrador a faculdade que lhe cabe, de escolher entre as diversas opções possíveis. Não foi outra a posição do magistrado José Eduardo Melo Vilar Filho, quando asseverou:

---

<sup>109</sup> Idem, p. 156.

Várias são as soluções administrativas possíveis, conforme noticiaram as testemunhas ouvidas em juízo, sendo algumas das medidas possíveis: correção da tabela do SUS, suplementação da tabela do SUS pelo Estado do Ceará e pelo Município de Fortaleza, treinamento de equipe técnica para atuar nos hospitais públicos, credenciamento de hospitais privados para a realização dos procedimentos, construção de novas unidades hospitalares (hospitais regionais) e ampliação das existentes.

O magistrado, ao determinar a execução de uma política pública em particular, não executada a contento pela Administração, já interfere no conteúdo das políticas públicas, não se podendo permitir que haja uma intervenção também nos meios utilizados para o alcance dos fins estabelecidos. Ainda que a Administração tenha dado causa ao surgimento da pretensão em juízo, em virtude de uma atuação insuficiente ou de uma omissão completa, certa margem de discricionariedade deve ser respeitada.

Como enuncia Krell:

Em todo caso, o administrador está vinculado ao cumprimento das normas da ordem social o que resulta na obrigação à implementação das políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais; não há discricionariedade a respeito da “oportunidade ou conveniência” da sua realização, mas somente no que diz respeito à escolha da melhor *forma* do cumprimento da finalidade constitucional ou legal.<sup>110</sup>

Em alguns casos, o magistrado também poderá autorizar a transferência de recursos de uma rubrica para outra, uma vez que a necessidade de previsão orçamentária também não se mostra absoluta, principalmente quando se está diante da proteção da dignidade da pessoa humana. É o que explica Jorge Neto:

Dada a discricionariedade de meios, é o poder público que deve decidir como restabelecerá os direitos fundamentais ofendidos. Seja transferindo verbas da publicidade, seja transferindo verbas do turismo, a decisão será sempre uma decisão do poder público responsável por implementar a política pública.<sup>111</sup>

Em suma, a intervenção do Poder Judiciário na esfera de atuação dos demais poderes deve ser a menor possível, e, no caso da determinação da execução de uma política pública em especial, tem-se que a sua operacionalização incumbe aos gestores públicos, detentores típicos dessa função.

---

<sup>110</sup> KRELL, Joachim J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 106.

<sup>111</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. Op. cit. p. 152.

### 4.3 Reserva do possível

Muitos dos opositores do controle judicial das políticas públicas aduzem que os direitos sociais, por demandarem prestações do Estado (não se podendo olvidar que o custo também existe relativamente à efetivação dos direitos de liberdade), existem sob uma “reserva do possível”.

O termo tem sua origem na Alemanha, aparecendo, pela primeira vez, na decisão do emblemático caso de estudantes que pleiteavam o acesso ao ensino superior. Aduziu o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que os direitos a prestações positivas “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”, de modo que a Corte rejeitou a exigência de que o Estado fosse obrigado a criar vagas nas universidades em quantidade que atendessem à demanda de todos os cidadãos que pleiteassem um espaço em instituição de ensino superior<sup>112</sup>.

No referido caso *numerus clausus*, o Tribunal entendeu, ainda, que, ainda que haja recursos, não se pode sustentar a obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável<sup>113</sup>.

Como explica Barcellos, sob a expressão da “reserva do possível” estão relacionados dois tipos de fenômenos: a “reserva do possível” fática, que diz respeito precisamente à inexistência de recursos, ou à limitação destes, e a “reserva do possível” jurídica, referente à falta de autorização orçamentária para o dispêndio de certa quantia em particular, e, assim, encontra-se ínsita uma questão de competência.<sup>114</sup>

A reserva do possível jurídica está relacionada, assim, a uma eventual ofensa ao princípio da separação dos poderes, já que aos órgãos políticos é que caberia a formulação e a execução de políticas públicas.

Não se pode olvidar que o referido princípio surgiu no clamor das Revoluções Burguesas, na ânsia de derrubada dos regimes absolutistas. O escopo que sobressaía desses eventos era notório: evitar o exercício arbitrário do poder e garantir uma esfera de autonomia aos indivíduos. Paulatinamente, as Constituições, que, inicialmente, não detinham força

---

<sup>112</sup> KRELL, Andreas J. Op. cit. p. 52.

<sup>113</sup> CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; OLIVEIRA, Victor França Dias. O direito alemão e a nova proposta de exigibilidade dos direitos sociais. Disponível em: <<http://www.cpgls.ucg.br/ArquivosUpload/1/File/CPGLS/IV%20MOSTRA/DIREITO/O%20Direito%20alemao.pdf>>. Acesso em: 04/11/2011.

<sup>114</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 277-278.

normativa substancial, tiveram seu conteúdo ampliado, refletindo nas relações entre os três poderes; no entanto, de forma curiosa, como observa Barcellos, as concepções doutrinárias em torno do princípio permaneceram inalteradas.<sup>115</sup>

Longe de se pretender retirar a validade e a importância do referido princípio, visto que o exercício do poder absoluto constitui uma ameaça à garantia dos direitos individuais, o que se observa, em verdade, é que a rígida construção em torno do dogma da tripartição de poderes já não atende às necessidades da contemporaneidade, visto que a realização dos direitos fundamentais torna premente sua releitura e flexibilização.

Os Poderes da República são harmônicos entre si, de forma que a alegação de ofensa a esse princípio, *por si só*, há de ser analisada no caso concreto, levando em consideração as circunstâncias a ele inerentes.

Da mesma forma, o princípio majoritário, consubstanciado na ideia da prevalência de um sistema representativo, a quem incumbem as decisões políticas, também há de ser considerado de maneira cuidadosa. Como explica Barcellos, democracia não é sinônimo de regra majoritária, sendo “preciso que, juntamente com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não”.<sup>116</sup>

Sendo assim, o princípio majoritário tem seus limites na medida em que os direitos fundamentais das minorias também sejam respeitados, devendo, assim, ser relativizado em dadas circunstâncias, mas principalmente como forma de manutenção da própria democracia.

Ratificando a ideia, assevera Barcellos que “os grupos minoritários, ainda que não tenham acesso ao processo político, sempre terão acesso ao Judiciário para a preservação de seus direitos”.<sup>117</sup>

Para Zanitelli, os elementos “reserva do possível” e “separação dos poderes” conferem uma influência recíproca; no entanto, a solução dada a essas questões também pode ser efetuada separadamente. Explica o autor que, antes de se perquirir quais custos aquele direito, eventualmente concedido, trará, é necessário indagar, em primeiro lugar, se o magistrado *pode* exercer a atribuição de se pronunciar sobre a política pública em pauta.<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup> Idem, p. 161.

<sup>116</sup> Idem, p. 266.

<sup>117</sup> Idem, p. 271.

<sup>118</sup> ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências: uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 191.

Defende o autor que o risco que envolve a doutrina da reserva do possível é que a questão das competências seja esquecida, quando esta é que deve ser analisada em primeiro lugar. Assim, o fator custo, apesar de relevante, seria analisado apenas em segundo plano <sup>119</sup>.

Observa-se, em todo caso, que é necessário um equilíbrio entre os poderes, de modo que o Poder Judiciário, particularmente, limite-se a atuar quando se revelar uma situação de abusividade governamental na execução de políticas públicas. Nesse diapasão, veja-se o seguinte trecho da emblemática decisão monocrática, proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, pelo Ministro Celso de Mello:

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 (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), 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 eles 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.<sup>120</sup>

Repise-se que o princípio da separação dos poderes detém grande relevância no Estado Democrático de Direito, servindo como um freio contra os abusos provocados por quaisquer dos poderes da República.

No que concerne, especificamente, à reserva do possível fática, tem-se que, com efeito, como reiteradas vezes foi apontado, esse é um elemento que não se pode ignorar. No entanto, a esse elemento deve se acostar um substrato probatório, não se podendo acatar a mera alegação do argumento.

Ao Poder Público cabe demonstrar, além da insuficiência de recursos, a possibilidade de ocorrência de maior prejuízo do que benefício à coletividade. Como ensina Jorge Neto:

É importante notar que o ônus da prova acerca das possibilidades materiais de implementação do pedido constante da inicial ficará a cargo do réu, ou seja, da pessoa jurídica de direito público responsável pela implementação de políticas públicas. De modo mais preciso, é o réu quem deverá demonstrar a medida de suas possibilidades para a implementação de uma determinada política pública ou, até mesmo, sua absoluta impossibilidade material para tanto. O autor não tem

---

<sup>119</sup> Idem, p. 192.

<sup>120</sup> (Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 29/04/2004 Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191.

condições de fazê-lo, até porque não conhece a fundo as limitações materiais, estruturais ou de qualquer outra ordem a que está sujeita o poder público.<sup>121</sup>

Também na ADPF nº 45, consignou o Ministro Celso de Mello que:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

**É 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 incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.**

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele 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.

**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.**<sup>122</sup>(grifou-se)

No mesmo sentido, assevera Sarlet que, diante do exposto no art. 5º, § 1º (que constitui um mandamento de otimização), incumbe ao poder público a comprovação da indisponibilidade total ou parcial dos recursos, de modo a demonstrar, com elementos concretos, a impossibilidade de aplicabilidade imediata ao direito fundamental pleiteado.<sup>123</sup>

A possibilidade de se examinarem as condições financeiras e orçamentárias torna-se muito maior no âmbito das ações coletivas do que nas ações individuais, principalmente porque os legitimados ativos, especialmente o Ministério Público, poderão provocar o exame desses elementos no contexto geral em que se inserem as políticas públicas

<sup>121</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. Op cit. 150.

<sup>122</sup> (Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 29/04/2004 Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

<sup>123</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 357.

discutidas, sendo possível avaliar o custo médio do atendimento a todas as pessoas que se encontram naquela situação, bem como a disponibilidade geral de recursos.<sup>124</sup>

Observa-se, da Ação Civil Pública apresentada em capítulo anterior, que o magistrado não se furtou de examinar a “reserva do possível”, atribuindo aos demandados o ônus da prova acerca da impossibilidade material da Administração, circunstância que esta, no entanto, não logrou provar:

Assim, a alegação estatal da “reserva do possível” somente poderia ser aceita caso o Estado demonstrasse, satisfatoriamente, a eficiência da administração pública (o que pressupõe a maximização dos recursos), a efetiva indisponibilidade total ou parcial de recursos e o não-desperdício dos recursos existentes. A cláusula da reserva do possível não se presta para proteger o mau gestor de verbas públicas, que desperdiça os recursos do Erário ou que não busca ferramentas gerenciais para sua melhor utilização. A Administração Pública, como toda “administração”, tem por finalidade obter o máximo de resultado com os recursos disponíveis. Esse, com efeito, é o objetivo da ciência da administração.

In casu, não restou demonstrada a concreta ocorrência de incapacidade econômico-financeira dos réus. Contrariamente, verifica-se o investimento de recursos em outras áreas menos prioritárias em relação à saúde, notadamente em propagandas institucionais e na realização de festas no âmbito do Município de Fortaleza.

Com efeito, somente no ano de 2009, o Estado do Ceará despendeu R\$ 113.649.040,00 na área de Comunicação Social (fl. 739)<sup>10</sup>. O Município de Fortaleza, também no ano de 2009, gastou R\$ 12.953.915,76 na área de Comunicação de Governo (fl. 740); R\$ 2.244.758,49 para a realização do Carnaval de rua (fl. 741) e R\$ 5.848.986,67 com a festa de Réveillon de Fortaleza (fl. 742)<sup>11</sup>.

A respeito, particularmente, da eficiência administrativa, mencionada no excerto acima, convém trazer à baila, a título de curiosidade, um dado publicado em 2006, em estudo realizado pelo Instituto Brasileiro e de Planejamento Tributário – IBPT, noticiando que a corrupção e a ineficiência administrativa chegam a consumir um terço da arrecadação, de modo que cerca de 234 bilhões de reais por ano são desperdiçados ou desviados, o que se traduz em um desvio de 32% da arrecadação de tributos no Brasil.

Referida importância seria suficiente, por exemplo, para a cobertura do déficit da previdência social, por quase seis anos seguidos, ou para a edificação de 13 milhões de moradias para a população, ao custo de R\$17.000,00 (dezessete mil reais) cada uma.<sup>125</sup>

<sup>124</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da defensoria pública*, São Paulo, edição especial temática sobre direito à saúde, ano 1, vol. 1, jul./dez. 2008., p. 133-160. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>. Acesso em: 07/11/2011, p. 151.

<sup>125</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). *Políticas públicas: limites e possibilidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 61.

Obviamente, o Poder Judiciário não veio para solucionar todos os problemas na efetivação dos direitos sociais, ou para solucionar todos os casos de ineficiência administrativa. No entanto, como destacou Jorge Neto:

De toda sorte, parece-nos que, quando não há clareza acerca do planejamento estratégico do Estado, das políticas públicas adotadas e executadas pelo poder público e acerca das reais possibilidades de implementação dessas políticas públicas, a ingerência do Poder Judiciário é salutar ainda que seja para provocar o suprimento desse déficit de transparência. A prestação de contas do poder público acerca das políticas públicas é uma decorrência lógica do princípio democrático, insere-se, portanto, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil.<sup>126</sup>

#### **4.4 O mínimo existencial**

Esse é um elemento que está intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, estando associado, portanto, ao núcleo essencial, intangível, dos direitos fundamentais.

Como explicitado no primeiro capítulo, também esse conceito é oriundo do direito alemão; mais especificamente, da sua prática jurisprudencial.

Uma das maiores dificuldades referentes ao conceito de “mínimo existencial” é a sua delimitação, visto que esse conjunto de necessidades básicas ao ser humano varia de Estado a Estado, sujeito, portanto, às vicissitudes socioeconômicas de cada lugar.

Ao mesmo tempo, quando se confronta o “mínimo existencial” com a “reserva do possível”, tem-se que o segundo deve sucumbir diante do argumento maior do valor da dignidade da pessoa humana, quando não demonstrada a impossibilidade material da Administração, de modo que, constatada a violação a esse mínimo existencial, o Poder Judiciário deve conceder o direito pleiteado.

Para Jorge Neto:

Uma vez estabelecido que uma dada ofensa aos direitos fundamentais de segunda ou terceira dimensões afeta o núcleo essencial desses direitos, ou seja, a dignidade da pessoa humana, o núcleo intangível que se confunde com o mínimo existencial, o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário se impõe com maior força. E, até mesmo, os limites estabelecidos pela reserva do possível merecem ser

---

<sup>126</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. Op. cit. p. 153.

questionados, pressionados, distendidos um pouco mais vigorosamente ou, quiçá, alargados para que seja garantido o mínimo existencial<sup>127</sup>.

Consoante Barcellos, um dos principais objetivos da Constituição é garantir a dignidade da pessoa humana, de modo que vincular a Constituição, no que se refere aos gastos públicos, apenas à formalidade de sua previsão orçamentária, seria ignorar por completo o seu objetivo maior, bem como a sua força normativa.

Atentando para a prestação do mínimo existencial, o juízo monocrático, na ACP referida no capítulo anterior, asseverou que:

Não havendo realização do comando constitucional e não sendo demonstradas as escusas relativas à “reserva do possível”, como constatado na análise do caso concreto, verifica-se uma hipótese injustificável de inércia estatal.

No âmbito do direito à saúde, essa inércia caracteriza-se pela omissão do Estado em executar as prestações materiais que assegurem uma vida com dignidade, “que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos”<sup>128</sup>. Esse “padrão qualitativo mínimo”, ou “mínimo essencial”, relaciona-se diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, conecta-se diretamente ao núcleo essencial do direito à saúde.

**No caso em análise, o desrespeito ao núcleo essencial do direito à saúde atinge a dignidade dos pacientes na fila de cirurgias ortopédicas de alta complexidade no Estado do Ceará. A espera imposta aos pacientes não lhes permite uma vida digna e saudável, na medida em que aqueles enfermos encontram-se, no mais das vezes, incapacitados para o trabalho e para as atividades cotidianas..**  
(grifou-se)

O equilíbrio entre as duas realidades, quais sejam, a limitação de recursos e a realização dos objetivos da Constituição, seria estabelecer os alvos prioritários dos gastos públicos, nos quais está inserido o mínimo existencial, e, apenas depois dessa providência, caberia discussão a respeito de quais projetos seriam alvos de investimento<sup>128</sup>, visto que:

Alguém poderá identificar o que se afirma com a lógica da mediocridade, pela qual se pretenderia nivelar pelo mínimo. É, como tudo na vida, uma forma de ver. Do ponto de vista de quem nada tem, entretanto, verdadeiramente progressista é dispor de uma dogmática consistente, tanto material como processualmente, capaz de dar consequência jurídica universal às decisões político-jurídicas mais fundamentais da sociedade e do Estado brasileiro. Para quem vive no absoluto desamparo e ignorância, a distância que o separa da dignidade, ainda que em seu conteúdo mínimo, é todo o caminho de volta à sua própria humanidade.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> Idem, p. 154-155.

<sup>128</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. 2011, p. 284.

<sup>129</sup> Idem, p. 371.

Nesse mesmo sentido, ratificando a necessidade de atendimento às situações prioritárias, e, em um segundo momento, o atendimento às circunstâncias remanescentes, afirmou-se, no bojo da ADPF 45, em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, que:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir.<sup>130</sup>

Para que se possa avaliar o conteúdo do mínimo existencial, recorre Barcellos à noção de um *consenso social*, em torno do qual é possível extrair, razoavelmente, o sentido de determinadas idéias em certo contexto social e histórico.

A despeito da possibilidade de não haver um consenso acerca da noção de dignidade, obtempera a autora que uma sociedade que seja incapaz de reconhecer o estado de indignidade, ou que não chegar a um consenso do que seja o conteúdo mínimo da dignidade, está diante de uma crise moral e ética tão grande que o princípio da dignidade da pessoa humana se torna inócuo e desprovido de qualquer significado<sup>131</sup>

O mínimo existencial, ao englobar as condições materiais básicas do indivíduo, constitui, assim, um núcleo justiciável, de modo que, além disso, somente as circunstâncias do caso concreto irão revelar a concessão do direito pleiteado, ou não.

Barcellos propõe os seguintes elementos básicos, componentes da concepção do mínimo existencial, quais sejam: a educação básica, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Todos eles iriam compor um direito subjetivo, exigível do Poder Judiciário.<sup>132</sup>

Nesse diapasão, a reserva do possível não pode ser argüida para justificar uma atuação insuficiente do Estado em relação ao mínimo existencial.

Como explica Siqueira, sendo a igualdade um dos objetivos do Estado Social, não é crível que se possa negar aos indivíduos um patamar mínimo de condições materiais,

---

<sup>130</sup> Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 29/04/2004 Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

<sup>131</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. 2011, p. 245-247.

<sup>132</sup> Idem, p. 302.

sem as quais não é possível exercer, sequer, os direitos individuais e políticos, bem como a conscientização democrática e a participação adequada no processo político<sup>133</sup>.

Ratificando a importância da proteção do núcleo essencial, vinculado à dignidade da pessoa humana, o Ministro Celso de Mello assim se manifestou, no Ag. Reg. no RE nº 639.337:

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. (...) A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).<sup>134</sup>

Sendo assim, sobressai, de maneira hialina, a relevância de se garantirem, pelo menos, as condições mínimas de existência aos indivíduos.

Ao apreciar a ACP mencionada no capítulo anterior, aduziu o juízo singular que “sempre que houver violação do núcleo essencial deve o Poder Judiciário intervir para debelar a crise, compelindo o Poder Público a efetivar o direito fundamental maculado, em seu núcleo, assegurando a dignidade da pessoa humana<sup>21</sup>.”

Verifica-se, assim, que a noção de “mínimo existencial” estará em constante conflito com a “reserva do possível”, ocasião em que a medida proferida, preferencialmente, deverá ter em conta a garantia das condições materiais imprescindíveis para a preservação desse núcleo intangível, norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

De qualquer forma, a resolução do conflito deverá ser avaliada com a utilização de um importante elemento de interpretação, qual seja, o princípio da proporcionalidade, que será analisado adiante.

---

<sup>133</sup> SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Da reserva do possível e da proibição de retrocesso social. Disponível em: <<http://200.195.70.14/Revista/Content/Upload/Materia/1017.pdf>>. Acesso em: 06/11/2011.

<sup>134</sup> ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011.

#### 4.5 A regra da proporcionalidade

Ao determinar a execução ou redefinição de uma política pública a ser implementada pelo poder Público, cabe ao magistrado avaliar as possibilidades materiais de cumprimento da decisão, ou seja, a configuração, ou não, do que se convencionou chamar de “reserva do possível”, bem como a adequação dos meios para a cessação da violação ao direito fundamental em pauta, além da quantificação de benefícios, em relação aos prejuízos, para o conjunto da coletividade.

Nesse ínterim, exsurge a regra da proporcionalidade, cuja utilidade se mostra notória para a resolução do conflito, conforme evidencia Jorge Neto:

Uma vez constatada que há possibilidade material para a concretização da medida judicial, o julgador há de se certificar se a medida que pretende adotar é adequada para suprimir a ofensa aos direitos fundamentais; se é exigível ou necessária, ou seja, causa o mínimo de prejuízos possível aos demais direitos fundamentais, especificamente, à Administração Pública e às demais política públicas; e se de sua implementação resultará mais benefícios que prejuízos.<sup>135</sup>

Não raro, a regra da proporcionalidade é confundida com a da razoabilidade, equívoco elucidado por Virgílio Afonso, que explica que o segundo consiste apenas em uma análise de compatibilidade entre meios e fins, enquanto o primeiro possui um espectro bem mais amplo.

Ressalte-se, a título de esclarecimento, que o autor prefere o termo “regra da proporcionalidade”, em vez de “princípio da proporcionalidade”, visto que as sub-regras da proporcionalidade aplicam-se por subsunção, de acordo com a estrutura de regras aduzida por Alexy. Como explica o autor:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma *restrição às restrições*.<sup>136</sup>  
[...]

<sup>135</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. Op. cit. p. 149-150.

<sup>136</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e razoável. *Revista dos Tribunais* 798, 2002, p. 23-50. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69\\_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf)>. Acesso em: 08/11/2011, p. 25.

O motivo é bastante simples: o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, *corresponde apenas à primeira das três subregras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação*. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins<sup>137</sup>.

A regra da proporcionalidade foi desenvolvida a partir da jurisprudência germânica, sendo composto por sub-elementos independentes, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que devem ser aplicados, precisamente, nessa ordem pré-definida<sup>138</sup>, para que as consequências da aplicação da proporcionalidade possam ser visualizadas da maneira correta.

Essa formulação implica dizer que, nem sempre, será necessário o exame de todas as sub-regras, uma vez que elas guardam uma relação de subsidiariedade. Como explica Virgílio, “*adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado*”.

Pode-se dizer que o exame da *necessidade*, nos moldes do que explica Virgílio Afonso, coaduna-se perfeitamente com a explicação dada por Jorge Neto, anteriormente citada. Uma medida será considerada necessária caso se verifique que a adoção dessa medida será passível de solucionar o caso, causando a menor restrição possível ao direito fundamental em exame. Explicando melhor:

Suponha-se que, para promover o objetivo *O*, o Estado adote a medida *M1*, que limita o direito fundamental *D*. Se houver uma medida *M2* que, tanto quanto *M1*, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo *O*, mas limite o direito fundamental *D* em menor intensidade, então a medida *M1*, utilizada pelo Estado, não é necessária.<sup>139</sup>

Trata-se, assim, a sub-regra da necessidade, de uma medida comparativa, enquanto o exame da adequação tem um caráter absoluto. Uma medida é adequada para fomentar os objetivos almejados, ou não é. Uma medida, por sua vez, pode não ser necessária em relação a outra, que atinja a mesma finalidade e provoque a menor restrição, o que significa, em última análise, levar em consideração outras medidas e efetuar o seu cotejo, para, só assim, extrair, das diversas alternativas, a melhor possível.

No caso da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, tem-se um juízo entre benefícios e prejuízos, devendo-se questionar acerca da importância da realização do

<sup>137</sup> Idem, p. 34-35.

<sup>138</sup> Idem, p. 31.

<sup>139</sup> Idem, p. 39.

direito fundamental em pauta e que fundamenta a adoção da medida restritiva, em relação à intensidade da restrição ao direito fundamental que com ele colide. Como explica Virgílio:

Também não é necessário que a medida atinja o chamado *núcleo essencial* de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham *peso* suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.

O autor elucida, ainda, que a aplicação da regra da proporcionalidade decorre da estrutura dos direitos fundamentais, que são princípios, no sentido por Alexy.

Sendo mandamentos de otimização, que exigem que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, tem-se que essas “possibilidades fáticas” dizem respeito à sub-regra da necessidade, visto que remetem à aplicação de medidas concretas para a proteção dos direitos fundamentais.

As “possibilidades jurídicas”, por sua vez, traduzem-se na sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, visto que exigem uma ponderação ou um sopesamento entre os princípios colidentes, a fim de se alcançar um grau ótimo de realização para todos.

140

A lei de ponderação pode ser formulada da seguinte maneira: “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”<sup>141</sup>.

Nesse caso, há de se verificar, em um primeiro âmbito, a intensidade da intervenção, seguida do questionamento acerca da relevância dos fundamentos que embasam a intervenção, para, em um terceiro momento, realizar a ponderação em sentido específico e estrito<sup>142</sup>.

Nesse ínterim, a proporcionalidade serve como uma limitação à atuação do poder Judiciário na medida em que requer que o magistrado aplique, para que atinja a melhor solução do caso concreto levado à sua apreciação, as sub-regras do princípio da proporcionalidade, visto que este, na esteira de Virgílio Afonso, surge como uma decorrência da própria estrutura dos direitos fundamentais, como mandamentos de otimização. Nesse sentido:

---

<sup>140</sup> Idem, p. 44.

<sup>141</sup> ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/1998, p. 15.

<sup>142</sup> Idem, p. 15.

Como se pode perceber, o princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. O juiz, ao concretizar um direito fundamental, também deve estar ciente de que sua ordem deve ser adequada, necessária (não excessiva) e proporcional em sentido estrito.<sup>143</sup>

A proporcionalidade também pode ser vista, na visão de Sarlet e Figueiredo, como uma proibição de excesso e uma proibição de insuficiência, atuando, assim, como uma variável apta a controlar os atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, tudo isso em vista da efetivação e da proteção dos direitos fundamentais.<sup>144</sup>

Exemplo de utilização da regra da proporcionalidade como “proibição de excesso” encontra-se no AGResp 422583-PR, tendo como Relator o Ministro José Delgado, que destacou a “inobservância do Princípio da Proporcionalidade (‘mandamento da proibição de excesso’), tendo em vista que não foi verificada a correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, a qual deve ser juridicamente a melhor possível”<sup>145</sup>.

No caso, o agravo de instrumento, interposto com o objetivo de conferir efeito suspensivo à liminar que decretava a indisponibilidade dos bens do agravante, em ação civil por ato de improbidade administrativa, foi denegado pelo juízo “a quo”, o que foi confirmado pelo Tribunal local.

Reconsiderando a decisão monocrática que deixou de conhecer o recurso especial interposto pelo recorrente, o Superior Tribunal de Justiça, apreciando o agravo regimental, proveu o recurso para cassar os efeitos da indisponibilidade e do sequestro dos bens do recorrente, por entender pela inoccorrência de fundada caracterização da fraude e o difícil ou impossível ressarcimento do dano. Assim, entendeu que o juízo “a quo” não fundamentou adequadamente a decisão, desrespeitando também o princípio da proporcionalidade, ao adotar uma medida extrema sem o acompanhamento dos fundamentos necessários à validade da decisão.

---

<sup>143</sup> SILVA, Leny Pereira da. Op. cit. p. 26.

<sup>144</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, SARLET, Ingo. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*, Ano 1, Vol. 1, jul./dez. 2008, p. 179-234. Edição especial temática sobre direito à saúde, p. 206-207. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>. Acesso em: 07/11/2011, p. 206.

<sup>145</sup> (AgRg no REsp 422.583/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2002, DJ 09/09/2002, p. 175)

O princípio da proporcionalidade torna-se bastante útil também quando se está diante da colisão entre direitos fundamentais, levando à solução que, da melhor forma, concilia os interesses em conflito. A utilização da regra da proporcionalidade se faz premente principalmente quando se observa que “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão”.<sup>146</sup>

Alexy explica que há colisões de direitos fundamentais em sentido estrito, que “surtem sempre que o exercício ou a realização do direito fundamental de um dado titular de direito produz efeitos negativos sobre os direitos fundamentais de outro titular”, podendo envolver tanto direitos fundamentais de natureza igual ou diversa, e também colisões de direitos fundamentais em sentido amplo, confrontando direitos fundamentais com valores relativos ao interesse público ou coletivo<sup>147</sup>.

O ponto comum das diversas espécies de colisões de direitos fundamentais é que a solução reside na necessidade de sacrifício de um dos lados ou de ambos, tendo em vista que os direitos fundamentais, estruturados como princípios, não se excluem de maneira absoluta; do contrário, perfazem-se em variados graus.

No caso do controle das políticas públicas pelo poder Judiciário, Jorge Neto aduz que “o conflito se estabelece entre o direito fundamental a ser implementado pela política pública e as possibilidades materiais da Administração, que se traduzem no princípio constitucional da eficiência administrativas”.<sup>148</sup>

A vantagem da teoria dos princípios consiste na flexibilidade que lhe é inerente, impedindo, assim, um esvaziamento do conteúdo dos direitos fundamentais. Essa teoria confere aos direitos fundamentais uma elasticidade, uma solução intermediária entre vinculação e flexibilidade. Como esclarece Alexy:

A teoria dos princípios pode, em contrapartida, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela pode declarar que normas não executáveis são princípios que, em face de outros princípios, não de passar por um processo de ponderação. E, assim, “sob a reserva do possível, examinar aquilo que razoavelmente se pode reclamar e pretender da sociedade”<sup>30</sup>. Assim, a teoria dos princípios apresenta não apenas uma solução para o problema da colisão, como também para o problema da vinculação dos direitos fundamentais<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> ALEXY, Robert, 1998, p. 3.

<sup>147</sup> Idem, p. 6.

<sup>148</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. Op. cit. p. 150.

<sup>149</sup> ALEXY, Robert, 1998, p. 17.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo inicialmente do esboço histórico dos direitos fundamentais, foi possível constatar que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social evidenciou a necessidade de se propiciar a realização das condições materiais aos indivíduos, principalmente em virtude de os direitos sociais constituírem um meio de exercício dos direitos individuais.

Nessa senda, as principais idéias aduzidas ao longo dessa exposição podem ser sintetizadas de acordo com as seguintes assertivas:

1) Constatou-se, passando por um estudo sobre a eficácia das normas de direitos fundamentais, que todas detêm, pelo menos, alguma eficácia, bem como que as normas programáticas, longe de se constituírem como meros avisos ou exortações morais, vinculam os poderes públicos, de modo que não há juízo de oportunidade ou conveniência quanto a essa vinculação.

2) O artigo da Constituição que preconiza a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais constitui um “mandamento de otimização”, exigindo que essas normas sejam aplicadas na medida do fática e juridicamente possível, tendo sempre em conta a efetividade dos direitos fundamentais.

3) Perpassando-se a problemática específica do reconhecimento dos direitos sociais como direitos subjetivos, observou-se que não há como fornecer uma resposta exata acerca da matéria, tendo em vista, principalmente, que as circunstâncias socioeconômicas influenciam, de maneira bastante relevante, a determinação da existência, ou não, de um direito subjetivo. De modo mais seguro, pode-se apenas afirmar que, na esteira de Alexy, poderá haver um direito subjetivo ao mínimo existencial, depois de uma ponderação acerca dos princípios envolvidos. Para além disso, tem-se uma zona tormentosa e repleta de incertezas, de modo que apenas as circunstâncias atinentes ao caso concreto poderão fornecer uma resposta adequada.

4) Avançando um pouco mais, analisou-se a inadequação da tradicional dicotomia entre direitos positivos ou negativos, no sentido de exigirem uma atuação do Estado, ou não, visto que, partindo dos estudos de Cass Sunstein e Stephen Holmes, constatou-se que o fator custo é elemento que diz respeito a todos os direitos fundamentais, e não somente aos direitos de segunda geração, ditos positivos. Sendo assim, a invocação da “reserva do possível” como óbice à efetivação, de modo exclusivo, dos direitos sociais, há de

ser avaliada com cuidado. Obviamente, o fator custo é relevante, mas relevante para todos os direitos fundamentais, e não somente para os sociais.

5) À luz de um caso concreto, no qual o Ministério Público Federal pleiteou a realização de cirurgias ortopédicas para todos os pacientes cadastrados em filas de espera, foi possível estudar alguns dos limites impostos à atividade do juiz, quais sejam:

5.1) Verificou-se que a reserva de consistência tem o atributo de limitar e, de forma concomitante, legitimar a decisão exarada pelo magistrado na medida em que exige que este reúna argumentos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que pretende alcançar. Recorrendo também à possibilidade de participação de especialistas, que podem, ao longo do processo, subsidiar e fornecer o aparato técnico que foge à seara do juiz, evidenciou-se que a construção da decisão não constitui uma atividade isolada e subjetiva do magistrado.

5.2) A discricionariedade de meios entra em cena, como limite, quando impede que o magistrado aponte ao administrador os meios necessários para a execução da política pública. Dito de outro modo, a operacionalização dos fins perseguidos fica por conta do gestor público.

5.3) Partindo para a costumeira invocação da “reserva do possível”, que se traduz nas possibilidades materiais da Administração, verificou-se que o juiz deve avaliar a capacidade financeira do Estado na execução da política pública, não se podendo cogitar de uma determinação de execução de uma política pública quando esta se mostre absolutamente impossível. No entanto, não se pode aceitar a mera alegação: a indisponibilidade parcial ou total dos recursos financeiros deve ser comprovada.

5.4) Em constante tensão com a reserva do possível, está o “mínimo existencial”, que requer que o magistrado, assegurando-se da possibilidade financeira de concessão do pedido, determine a realização das condições materiais mínimas exigidas, principalmente em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos principais vetores constitucionais.

5.5) Igualmente relevante para a limitação da atividade do juiz, a regra de proporcionalidade, como visto, torna-se bastante útil para a resolução do caso concreto, principalmente quando surge uma zona de tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

Obviamente, não houve a pretensão de esgotar o tema, cuja complexidade ultrapassa as fronteiras desse trabalho. O objetivo, aqui, foi apenas o de lançar algumas luzes

sobre a temática, de modo que as idéias compendiadas possam servir de base para o aprofundamento do estudo proposto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

\_\_\_\_\_. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/1998.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 79-99.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 101-132.

\_\_\_\_\_. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da defensoria pública*, São Paulo, edição especial temática sobre direito à saúde, ano 1, vol. 1, jul./dez. 2008., p. 133-160. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>. Acesso em: 07/11/2011.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 9. ed., Rio de Janeiro: Renovar: 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. 10ª tiragem, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*, 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. No Recurso Extraordinário nº 639337. Relator: Ministro Celso de Mello. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Julgado em 23 ago. 2011. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 09/11/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF nº 45. Relator: Ministro Celso de Melo. 29 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12/10/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 422.583 - PR (2002/0035457-5). Relator: Ministro José Delgado. Agravante: João Alves Filho. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Julgado em 20 jun. 2002. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 10/11/2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 02/11/2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra, Almedina: 2010.

\_\_\_\_\_. "By-pass" social e o núcleo essencial de prestações sociais. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2 ed. Coimbra, Coimbra: 2008.

\_\_\_\_\_. "Metodologia fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2 ed. Coimbra, Coimbra: 2008

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; OLIVEIRA, Victor França Dias. O direito alemão e a nova proposta de exigibilidade dos direitos sociais. Disponível em: <<http://www.cpgls.ucg.br/ArquivosUpload/1/File/CPGLS/IV%20MOSTRA/DIREITO/O%20Direito%20alemao.pdf>>. Acesso em: 04/11/2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5 ed. São Paulo, Saraiva: 2007

CORREIA, Daniel Rosa. *A concretização judicial de direitos fundamentais e a proteção do mínimo existencial*. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/8-1267643746.PDF>>. Acesso em: 26/10/2011.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Sociedade e Estado no pensamento político moderno e contemporâneo*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999.

\_\_\_\_\_. *Estado Social e princípio da solidariedade*. Revista de direitos e garantias fundamentais, Vitória, n. 3, p. 31-38, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n3/2.pdf>. Acesso em: 30/10/2011.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, SARLET, Ingo. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*, Ano 1, Vol. 1, jul./dez. 2008, p. 179-234. Edição especial temática sobre direito à saúde. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em: 07/11/2011.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. W. W. New York: Norton & Company, 1999.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador, Jus Podium: 2008.

KRELL, Joachim J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MARTINS, Marianne Rios. Os limites de atuação do poder judiciário como legislador positivo para efetivar direitos humanos de 2ª dimensão. In: XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Manaus. Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Boiteaux, 2006. Disponível em:

<[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito\\_humano\\_td\\_marianne\\_ri os\\_martins.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_marianne_ri os_martins.pdf)>. Acesso em: 02/11/2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra: 1992, t. IV.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). *Políticas públicas: limites e possibilidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MORO, Sérgio Fernando. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14340-14341-1-PB.htm>>. Acesso em: 06/11/2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra, Coimbra: 2010.

PIRES, Leonel Ohlweiler. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 289-309.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. Saraiva. 27 ed., São Paulo, Saraiva: 2003

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf)>. Acesso em: 10/10/2011.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Leny Pereira da. *Direito à saúde e o princípio da reserva do possível*. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SA UDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SA UDE_por_Leny.pdf). Acesso em: 08/11/2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. . 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. O proporcional e razoável. *Revista dos Tribunais* 798, 2002, p. 23-50. Disponível em:

<[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69\\_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf)>. Acesso em: 08/11/2011.

SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Da reserva do possível e da proibição de retrocesso social. Disponível em: <<http://200.195.70.14/Revista/Content/Upload/Materia/1017.pdf>>. Acesso em: 06/11/2011.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63-78.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 51-62.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 349-371.

ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências: uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 187-192.

