

RODRIGO BASSETTI TARDIN

**O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PRESSUPOSTO À  
INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS**

VITÓRIA

2011

RODRIGO BASSETTI TARDIN

**O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PRESSUPOSTO À  
INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Dra. Ada Pellegrini Grinover

VITÓRIA

2011

RODRIGO BASSETTI TARDIN

**O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PRESSUPOSTO À  
INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

\_\_\_\_\_ em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2012.

COMISSÃO EXAMINADORA

\_\_\_\_\_  
Profa. Dra. Ada Pellegrini Grinover  
Faculdade de Direito de Vitória  
Orientadora

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr.

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr.

À vovó Hilda cuja presença sempre senti  
nas horas de dificuldade.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, que foi meu guia, meu escudo e meu alerta nas inúmeras idas e vindas de Colatina a Vitória e vice-versa.

Aos meus pais, minha fonte de força e inspiração para querer cada vez mais. Amo vocês!

À minha irmã, Marília Bassetti Tardin, que é parte de mim.

A minha família, na pessoa do meu tio Eudes Renato Bassetti, companheiro de viagens que por tantas vezes amenizou o cansaço com uma incomensurável boa vontade; e na pessoa da minha tia Marilza Bassetti (tia Liza), que me acolheu como se minha mãe fosse.

À Monica Costa Arrevabeni, meu amor, minha companheira, meu tudo! Amo você.

Ao Dr. Antônio Augusto Genelhu Júnior, por diariamente dividir sua sábia e experiente companhia e por ter criado, como incentivador ao estudo que é, condições que me permitissem concluir este curso.

Ao Dr. Márcio Dell'Santo, por sua generosidade ao permitir, entender e administrar minhas ausências, possibilitando, com isso, minha jornada neste curso.

À Eliana Belei Reali, que nunca se limitou à apenas exercer sua função, mostrando-se grande companheira de trabalho.

Ao Dr. Roberto Ribeiro de Castro e sua esposa Eliane Beatriz Ribeiro de Castro, por terem certeza de que nossas vidas não se cruzaram por acaso. Obrigado por acreditarem e confiarem tanto em mim!

À Profa. Ada Pellegrini Grinover, por ter me dado o privilégio de tê-la como orientadora, dividindo comigo sua sabedoria durante a confecção deste trabalho e demonstrando infinita paciência nas orientações deste pesquisador.

A Profa. Elda Bussinger, por ser exemplo de força, determinação e competência.

Aos Professores do Mestrado da Faculdade de Direito de Vitória, cuja excelência no ensino se comprova dentro da sala de aula.

Aos meus colegas de mestrado, na pessoa de Bruno Gomes Borges da Fonseca, cuja amizade, dentre outras, foi um dos grandes presentes trazidos por esse curso.

Aos meus amigos, que souberam entender minha ausência, suportar minhas angústias e esperar o meu retorno.

À Maria Luiza Fontana Linhalis, pela valorosa ajuda.

À Faculdade Castelo Branco, que me deu oportunidade de sentir o sabor da arte de ensinar; e aos meus alunos, cuja existência me dá a certeza de que o ciclo de ensino-aprendizagem não termina aqui.

“Imaginei que só os médicos poderiam conceder a vida, verifico que à Justiça também é possível”.

Luiz Fux

## RESUMO

Este trabalho teve como objetivo estudar o mínimo existencial como pressuposto à intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas. O estudo envolveu a evolução histórica da teoria da separação de poderes, tendo como referências principais Locke e Montesquieu. Buscou-se a conceituação dos direitos humanos e fundamentais, bem como o estudo e desenvolvimento das gerações de direitos. Foi dada ênfase aos direitos fundamentais sociais e sua eficácia diante do mínimo existencial. No que concerne às políticas públicas, traçou-se o esboço histórico de seu surgimento, bem como se examinou os fundamentos de seu controle pelo Poder Judiciário, finalizando com os fundamentos constitucionais. Por consequência, passou-se a observar a hipótese de intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário considerando como limites a razoabilidade e a reserva do possível, examinando, em seguida, a possibilidade de se utilizar os aparatos procedimentais para tal intervenção. Após, buscou-se estudar o mínimo existencial diante da inexistência da reserva do possível. A conclusão encontrada foi a comprovação de que o mínimo existencial correspondente ao núcleo duro de cada direito fundamental social, analisado no caso concreto, é pressuposto à intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas. O método dialético foi adotado para o desenvolvimento deste estudo, que teve como marco referencial teórico as ideias de Ada Pellegrini Grinover.

**Palavras-chave:** Mínimo existencial, Políticas Públicas, Poder Judiciário.

## **ABSTRACT**

This work aimed to study the minimum existential assumption as to the intervention of the judiciary in public policy. The study involved the historical evolution of the theory of separation of powers, with the main references Locke and Montesquieu. We tried to the concept of human rights and freedoms, and the study and development of generations of rights. Emphasis was placed on fundamental social rights and their effectiveness in the face of existential minimum. With regard to public policy, traced the history of its emergence foreshortening, as well as examined the foundations of their control by the judiciary, ending with the constitutional foundations. Consequently, we started to look at the possibility of intervention in public policy by the judiciary as limits considering the reasonableness and reserve for examining, then the possibility of using the apparatus for such procedural intervention. Afterwards, we study the existential minimum on the lack of reserve for contingencies. The conclusion has been found to prove that the minimum corresponding to the existential core of each fundamental social right, analyzed in this case, the assumption is the intervention of the judiciary in control of public policies. The dialectical method was adopted for this study, which has the theoretical ideas of Ada Pellegrini Grinover.

**Keywords:** Minimum existential, Public Policy, Judiciary.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO 1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES</b> .....	16
1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	16
2 JOHN LOCKE – UMA REFERÊNCIA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES.....	17
3 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E MONTESQUIEU.....	21
4 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NA RELEITURA ATUAL.....	29
5 AS FUNÇÕES DO ESTADO E SUA INTERFERÊNCIA MÚTUA E HARMÔNICA	34
<b>CAPÍTULO 2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	38
1 ESCORÇO HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO.....	38
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS GERAÇÕES.....	41
3 INTRODUÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	49
<b>CAPÍTULO 3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O MÍNIMO EXISTENCIAL</b> .....	52
1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SUA EFICÁCIA.....	52
2 DIREITOS SOCIAIS IMEDIATAMENTE JUDICIALIZÁVEIS: EFICÁCIA PLENA.....	63
3 MÍNIMO EXISTENCIAL – CONCEITO.....	67
<b>a) As teorias interna e externa – Restrições a direitos fundamentais</b> .....	71
<b>b) O conteúdo essencial dos direitos fundamentais – Teorias</b> .....	75
b.1) O enfoque objetivo e o enfoque subjetivo do conteúdo essencial.....	75
b.2) A teoria absoluta e a teoria relativa do conteúdo essencial.....	76
4 MÍNIMO EXISTENCIAL. O CONCEITO ADOTADO.....	80
5 O CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL NO ANTEPROJETO DE LEI.....	81
6 MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PRESSUPOSTO DA IMEDIATA JUDICIABILIDADE.....	85
<b>CAPÍTULO 4 O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....	88
1 O CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	88
2 OS FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO.....	91

3 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS.....	95
4 JUDICIAL REVIEW.....	98
<b>CAPÍTULO 5 INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>105</b>
1 A RAZOABILIDADE E A RESERVA DO POSSÍVEL COMO REQUISITOS GERAIS PARA A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	105
2 A RAZOABILIDADE.....	106
<b>a) O princípio da proporcionalidade.....</b>	<b>107</b>
<b>b) A razoabilidade.....</b>	<b>112</b>
3 A RESERVA DO POSSÍVEL.....	120
<b>CAPÍTULO 6 A INTERVENÇÃO DIRETA DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>128</b>
1 A INTERVENÇÃO DIRETA DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA INEXISTÊNCIA DA LEI OU DA INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO.....	128
<b>a) Da jurisdição constitucional.....</b>	<b>131</b>
a.1) A ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....	131
a.2) Arguição de descumprimento de preceito fundamental.....	133
a.3) O mandado de injunção.....	136
<b>b) Da jurisdição ordinária.....</b>	<b>138</b>
b.1) A ação civil pública.....	138
2 O MÍNIMO EXISTENCIAL DIANTE DA INEXISTÊNCIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	141
3 O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PRESSUPOSTO À INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS.....	146
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>152</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>155</b>

## INTRODUÇÃO

Logo no início da Constituição de 1988, mais especificamente no artigo 2º, nota-se a adoção, pelo Brasil, da teoria da separação dos poderes ditos da União. Destinados a cumprir e efetivar os comandos encravados no texto constitucional, esses não devem interferir na esfera de competência de outro Poder, sob pena de ferir o mandamento constitucional e prejudicar a harmonia pregada pela Carta Magna.

Essa harmonia entre os Poderes deve prevalecer visando à concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – guardados no artigo 3º da Constituição de 1988 – que objetivam materializar a dignidade, liberdade e igualdade dos cidadãos, homenageando os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Sabe-se que tais direitos não foram desenvolvidos abruptamente e sob encomenda para posteriormente integrarem o texto da Carta constitucional de 1988. Sabe-se, outrossim que, embora o texto constitucional brasileiro seja considerado um dos mais completos do mundo, seus comandos por vezes são relegados ao oblívio pelos próprios Poderes, que deixam de concretizar e dar amparo aos direitos fundamentais positivados na Carta Magna de 1988.

Assim, com a evolução constitucional acontecida durante os anos, os direitos fundamentais abraçaram espaços antes não alcançados pela proteção do Estado que, no decorrer dos tempos, passaram a proteger de forma mais ampla, a dignidade da pessoa humana.

Positivados na Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais colocam o Estado como sujeito passivo da obrigação de concretizar os objetivos fundamentais da Carta Magna, criando para os cidadãos, direitos subjetivos de alta relevância, cuja omissão ou defeito na concretização viola frontalmente o texto constitucional.

Dentre os direitos fundamentais, estão aqueles que garantem ao cidadão a presença de um mínimo de existência digna e que compõem parcela do princípio da dignidade da pessoa humana. Esta parcela contém prestações materiais mínimas que possibilitam ao indivíduo usufruir da dignidade de sua subsistência, onde costuma-se incluir um extenso rol de direitos fundamentais sociais. Neste rol, entre outros,

estão presentes, o direito à saúde básica, à educação fundamental, ao salário mínimo, à proteção à maternidade, à assistência social.

É esse núcleo duro, esse mínimo existencial de cada direito fundamental social – que deverá ser aferido no caso concreto – que vincula os Poderes Executivo e Legislativo a, primeiramente, elaborar programas e ações que concretizem, na prática, a parcela mínima da dignidade da pessoa humana presente no núcleo duro do direito analisado.

Essas atitudes do Estado a fim de concretizar o núcleo duro do direito social, levam o nome de políticas públicas e são representadas por leis, atos, decretos e por programas e ações do governo.

As políticas públicas devem estar afinadas com os objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988 e vinculadas à prevalência dos direitos humanos para que, de forma satisfatória, concedam ao cidadão a parcela mínima para composição de sua dignidade como ser humano.

Ao Poder Judiciário, embora sua função típica não seja a de elaborar leis ou programas que digam respeito às políticas públicas, cabe analisar, desde que provocado, se tais políticas atendem aos fins do Estado ou se a inércia dos demais Poderes causa dano, no caso concreto, ao núcleo duro do direito fundamental avaliado.

Essa lesão ao mínimo existencial é que motiva o Poder Judiciário a interferir nas ações e programas dos demais Poderes ou implementar, diretamente, – mas observando determinados limites – o comando constitucional que define o direito fundamental. Essa implementação visa, sobretudo, à reparação daquele mínimo e concretização, por consequência, dos objetivos fundamentais do Estado.

Assim, no presente trabalho, tenta-se responder ao seguinte questionamento: o mínimo existencial presente no núcleo duro de cada direito social, funciona, quando não atendido espontaneamente pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, como pressuposto à intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas?

Dentre outras justificativas que certamente surgirão com a leitura do presente trabalho, talvez a mais relevante se encontre no cenário econômico. Desta maneira, embora a implementação de todos os direitos fundamentais – sobretudo os civis – dependa de um subsídio financeiro do Estado, o presente trabalho focou na

discussão que gira em torno do mínimo existencial existente no núcleo duro dos denominados direitos fundamentais sociais, não sendo objeto de abordagem um possível controle de políticas públicas exercido pelo particular.

Entretanto, independentemente das reservas econômicas do ente estatal, constatando a lesão ao mínimo existencial, o Poder Judiciário, em virtude de sua vinculação aos objetivos fundamentais do Estado, deverá interferir, com cautela, na esfera de competência dos demais Poderes para, analisando o caso concreto, reparar cirurgicamente o dano cometido.

Assim, a pesquisa não é só oportuna, como tenta contribuir para o engrandecimento doutrinário e prático do Direito, examinando, no Capítulo 1, a separação dos poderes através de um resgate histórico, bem como de uma releitura atual, descrevendo as competências dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário diante dos direitos e objetivos fundamentais do Estado.

Feitas estas considerações, logo em seguida, ou seja, no Capítulo 2, o presente trabalho, para continuar no norte da pesquisa, passa a abordar o histórico e a conceituação dos direitos humanos e fundamentais, passando pelas gerações de direitos fundamentais e finalizando com uma breve introdução aos direitos fundamentais sociais.

Com a introdução aos direitos fundamentais sociais feita, o Capítulo 3 analisa a eficácia daqueles direitos, bem como a existência de direitos sociais imediatamente judicializáveis. Em seguida, no mesmo capítulo, passa-se a estudar o mínimo existencial e, para delimitar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, segue-se expondo sobre as teorias que dispõem sobre as restrições aos direitos fundamentais e sobre aquelas que tratam, exclusivamente, do conteúdo dos direitos fundamentais.

Haja vista os conceitos e teorias fixados após a exposição, apresenta-se o conceito de mínimo existencial escolhido, analisando, em seguida, o adotado no Anteprojeto de Lei que determina o processo para controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Delimitado o conceito e constatando que o mínimo existencial, quando violado pelo Estado tem caráter de regra tornando-se direito subjetivo imediatamente exigível, o trabalho trata o conteúdo do direito fundamental como pressuposto à instantânea

justiciabilidade perante o Poder Judiciário para que este garanta a obrigação inadimplida pelo Poder Público.

Em seguida, no Capítulo 4, considerando o mínimo existencial estudado, examinam-se as políticas públicas e seu conceito, examinando, em seguida, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, bem como quais os fundamentos constitucionais que embasam essa ingerência.

Após, a análise sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, é feito, no Capítulo 5, um estudo sobre a razoabilidade e a reserva do possível como limites à intervenção do Poder Judiciário, sobretudo para evitar os excessos porventura cometidos pelos próprios membros daquele Poder.

Frente à análise dos limites, tomando como hipótese a imediata judicialização do mínimo existencial em relação a cada um dos direitos sociais fundamentais apurados no caso concreto, no Capítulo 6 é discutida a hipótese de intervenção direta do Poder Judiciário quando inexistente a lei ou a atuação da Administração Pública, para a necessária e imediata concretização do direito constitucional fundamental reclamado.

Visando alcançar o objetivo proposto neste estudo, são abordados, como tópicos finais deste trabalho, a possibilidade de se implementar o mínimo existencial sobre o argumento da reserva do possível, sobretudo considerando as tutelas de urgência em que possuem, como causa de pedir, lesão ao direito fundamental.

Finalmente, considerando o estudo feito, tenta-se demonstrar que o mínimo existencial é pressuposto para autorizar a imediata intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, seja para corrigi-las de acordo com o texto constitucional, seja para implementá-las diante da inércia do Poder Público, seja para permitir a imediata judicialização dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

O problema é analisado no plano abstrato, jurídico e teórico e, para dar vazão e direcionamento científico ao estudo proposto, adotou-se como método de pesquisa o dialético, não por ser o melhor ou o mais correto, mas por ser, na visão deste pesquisador, o mais adequado ao tema que se pretendeu estudar.

As ideias da Doutora Ada Pellegrini Grinover expostas nas aulas do curso de mestrado da Faculdade de Direito de Vitória e as de sua obra “O Controle

Jurisdicional de Políticas Públicas”, em co-autoria com o professor Kazuo Watanabe são utilizadas como marco teórico referencial para nortear e apontar a solução da problemática que se propõe estudar.

## CAPÍTULO 1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

### 1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Para se chegar ao tema central deste trabalho, ou seja, estudar o mínimo existencial como pressuposto à intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, é imperioso que alguns aspectos que permeiam a temática sejam abordados para melhor entendimento do que se propõe.

Haja vista os inúmeros significados que os signos podem tomar dentro do Direito, o estudo do tema inicia-se com a explicação do conceito adotado do que se entende por intervenção. O dicionário Houaiss<sup>1</sup> traz como significados do verbo intervir: “[...] ingerir-se (em matéria, questão etc.), com a intenção de influir sobre o seu desenvolvimento [...]”, bem como “[...] interferir, interceder, interpor sua autoridade, usar de seu poder de controle [...]”.

Desta maneira, como o presente trabalho abordará a possibilidade do Poder Judiciário ‘entrar’ na competência dos demais Poderes em caso de violação do mínimo existencial, o sentido do vocábulo intervenção adotado neste trabalho, possui o mesmo significado do adotado por Ada Pellegrini Grinover em seu artigo “O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”<sup>2</sup>.

Assim, guardada a devida proporção, o vocábulo intervenção, neste trabalho, é tratado como antítese de autonomia.

Fixada esta premissa, é salutar a análise da trajetória que foi percorrida até os dias atuais que culminou na convivência harmônica entre os três poderes e na possibilidade de intervenção de um sobre o outro sob forma de controle.

---

<sup>1</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de S; MELLO FRANCO, Francisco Manoel de. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1638.

<sup>2</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 125-150.

A doutrina da separação dos poderes apareceu, pela primeira vez, na Inglaterra do século XVII<sup>3</sup>, paralelamente à *rule of Law* – conjunto de regras para salvaguardar a dignidade do cidadão contra o Estado frente ao exercício arbitrário dos poderes.

Tal doutrina, há tempos, é tema de discussão entre os andarilhos das teorias políticas. O intuito dos debates sempre girou em torno das tentativas de se justificar, entre as ferrenhas críticas, a interpenetração dos poderes e sua separação como forma de controlar o abuso do poder – principalmente no que se refere ao poder legislativo, encarregado de conter os comportamentos sociais através das leis.

Locke e Montesquieu, principais referências da temática deste capítulo, possuíam ideias semelhantes, advindas tanto do controle do homem pelo poder, quanto do poder pelo homem. Com isso, embora os pensamentos daqueles filósofos divirjam em alguns pontos, o encontro de seus ideais, preservando o interesse comum e protegendo a liberdade, favorece a ilação de que o poder, embora necessário, deve ser excluído das mãos de um só e que o confronto de direcionamentos, opiniões e controle por terceiros é, por vezes, indispensável para evitar ou a tirania, nas palavras de Locke, ou o despotismo, nas de Montesquieu.

Embora Montesquieu seja o grande difusor da teoria da separação dos poderes, John Locke, antes de sua propagação pelo mestre francês, já salientava a necessidade da divisão do poder. Conquanto haja outros autores que fizeram menção a uma suposta separação de poderes, tendo em vista o pioneirismo das ideias de Locke, considera-se necessária a incursão, mesmo que superficial, sobre sua obra e sua contribuição em relação à temática deste capítulo.

## 2 JOHN LOCKE – UMA REFERÊNCIA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Diante da previsibilidade do uso arbitrário e excessivo do poder pelas autoridades, Locke admitia necessários controles que limitassem seu abuso e prestigiassem a liberdade do cidadão. Assim reconhecia, baseado no Estado inglês de seu tempo,

---

<sup>3</sup> PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. [S.l.]: Coimbra editora, 1989. p. 44.

uma teoria da separação de poderes, aos quais designava legislativo, executivo e federativo.

Em sua obra, Locke aponta como prerrogativa o fato de o rei utilizar-se de seu poder sem subordinar-se a regras ou a leis civis, tudo em nome da sociedade, entretanto, limitado às benesses que a ela são destinadas<sup>4 5</sup>.

É interessante observar, como primeiro aspecto relativo à tripartição dos poderes, que o autor parte do pressuposto de que o poder legislativo é superior aos outros dois – executivo e federativo. Segundo ele, “[...] quando um grupo de homens concorda em formar uma sociedade política, sua primeira tarefa é estabelecer o poder legislativo [...]”<sup>6</sup>, sendo essa uma das razões da superioridade daquele poder em face dos demais.

Diante dessa suposta superioridade, Locke define o poder legislativo como “[...] aquele que tem competência para prescrever segundo que procedimentos a força da comunidade civil deve ser empregada para preservar a comunidade e seus membros [...]”<sup>7</sup>, o que indica uma aprovação e consentimento prévios da sociedade coletiva para quaisquer decisões tomadas por aquele poder.

Na verdade, embora Locke saliente em seu texto que o legislativo é o “[...] poder supremo da sociedade política [...]”<sup>8</sup>, pela leitura de sua obra temos a tradução de que tudo permanece e se concentra no povo, sujeito realmente soberano e que fiscaliza atentamente o andamento da governança.

Por essa razão é que o povo, confiando em determinados membros da sociedade, elege alguns como seus representantes, os quais irão compor o poder legislativo por tempo determinado. Findo esse período, os eleitos retornam à condição de súditos, sendo este outro motivo apontado pelo autor da superioridade do poder legislativo sobre os demais, tendo em vista a sua formação pelo próprio povo que, vendo-o

---

<sup>4</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1994. p. 181.

<sup>5</sup> Interessante observar a interpretação que Dalmo de Abreu Dalari faz sobre a obra de Locke, sobretudo no que tange aos poderes, que diz serem dois, divididos em quatro funções exercidas por dois órgãos. DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 216.

<sup>6</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1994. p. 27.

<sup>7</sup> Ibid., p. 170.

<sup>8</sup> Ibid., p. 27.

constituído por pessoas comuns da sociedade, vislumbra condições de regê-lo e fiscalizá-lo.

Dessa maneira, visando ao bem coletivo, os eleitos, como poder instituído, terão a finalidade de criar leis que atendam a proteção, segurança da população e preservação da sociedade. Como a elaboração das leis é destinada exclusivamente ao poder legislativo, esta é mais uma razão para que o autor o considere superior em relação aos demais, mormente porque aquele que legisla para outrem lhe é forçosamente superior<sup>9</sup>.

Entretanto, a supremacia do poder legislativo, afirmada por Locke, não era assim tão absoluta, sobretudo porque, caso a confiança do povo fosse dissolvida ou seu desvio de finalidade fosse constatado, o povo poderia retomar o poder de seus representantes, entregá-lo a um melhor administrador e evitar, dessa maneira, a aplicação arbitrária, excessiva e desproporcional daquela autoridade.

Locke também tece suas considerações em relação ao poder executivo, sobre o qual ressalta que sua função é a de executar as leis feitas pelo poder legislativo. Porém, a ele não é dada relevância.

Explica o autor inglês, que o poder executivo é investido em uma única pessoa, que também pertence ao poder legislativo. Como este é considerado o poder supremo, aquela pessoa que detém em si o poder executivo também pode ser chamada – porém em escala mais suave – de suprema. Sendo assim, o detentor do poder executivo supremo, é capaz, por simples ato de volição, de não consentir com a confecção de determinadas normas e, se criadas sem sua concordância, pode deixar de aplicá-las.

Diante disso, poderíamos, em tese, ventilar que o poder executivo é soberanamente supremo, sem qualquer espécie de vinculação e submissão ao legislativo. Todavia, deixando de lado a representação da sociedade e a execução das leis voltadas ao bem comum, o representante do executivo não passará impune à visão dos demais. Tanto que, realizando seu papel fiscalizador e representando o povo, o poder

---

<sup>9</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1994. p. 174.

legislativo se encarregará da transição da pessoa que, investida no poder, não se afinar com as finalidades do poder executivo<sup>10</sup>.

Isto ocorre porque nada, para atendimento aos anseios do povo, representa obstáculo, nem a supremacia do poder legislativo, nem o poder supremo do executivo, sobretudo porque “[...] tudo o que não pode ser reconhecido como vantajoso para a sociedade e para o povo em geral segundo critérios justos e duradouros encontrará sempre em si próprio sua justificativa [...]”<sup>11</sup>. A razão destinada a dissolver o irregular e o injusto visa dar legitimidade à coletividade para que possa remanejar, consertar e aparar a ordem, em benefício da segurança e autopreservação.

Entretanto, para Locke, não cabia ao executivo somente o cumprimento das leis confeccionadas pelo poder legislativo. Sua tarefa era, ainda, visando à ordem exigida pelo povo, firmar relações em comunidades alienígenas, realizar os julgamentos<sup>12</sup> e pôr abaixo todas as barreiras que impediam a prestação, pelo poder legislativo, de um serviço necessário à coletividade<sup>13</sup>.

Assim, o poder executivo desmembrava-se em outra função, que considerava a união dos poderes vindos de cada homem isoladamente, antes mesmo de conviverem em sociedade. Originava-se, então, dentro da comunidade, um “corpo único”<sup>14</sup>, necessário para estabelecer relações exteriores e preservar a ordem.

A esta reunião dos poderes isolados dos homens, Locke denominou poder federativo, que “[...] tem então a competência para fazer a guerra e a paz, ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e todas as comunidades que estão fora da comunidade civil [...]”<sup>15</sup> que possam lhe trazer prejuízos ou benefícios.

Apesar das inúmeras funções que o poder executivo e o federativo exerciam, Locke, considerando a influência danosa do poder sobre o homem, acreditava ser

---

<sup>10</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1994. p. 175.

<sup>11</sup> Ibid., p. 180.

<sup>12</sup> O poder judiciário não é conceituado na obra de Locke, sugerindo que esta função seja exercida pelo poder executivo. Extrai-se isso da leitura dos parágrafos 88, 151, 152 e 168. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1994.

<sup>13</sup> Ibid., p. 177.

<sup>14</sup> Ibid., p. 171.

<sup>15</sup> Ibid., p. 171.

impossível imaginar os dois poderes entregues a pessoas diversas que os conduzissem separadamente, pois isso, segundo o autor, “[...] equivaleria a submeter a força pública a comandos diferentes e resultaria, um dia ou outro, em desordem e ruína”<sup>16</sup>.

Atente-se para o fato de Locke, em toda a extensão de seu texto, admitir e ratificar a soberania do poder legislativo sobre os demais, negando a participação de todos os poderes em uma governança harmônica e soberana.

Entretanto, é possível deduzir o contrário dos escritos do autor. Como o membro do poder executivo fazia parte do poder legislativo e o poder federativo era um desdobramento do executivo, cada poder, na prática, detinha uma parcela de fiscalização sobre o outro, impedindo abusos ou excessos. Talvez a harmonia conceituada hoje em dia fosse inexistente, entretanto, sua tradução se dava quando todos os poderes tinham que trabalhar juntos, visando ao bem comum.

Como se pode notar, Locke foi um dos precursores da teoria da separação de poderes, cujo verdadeiro difusor foi Montesquieu, sobre o qual discorreremos a seguir.

### 3 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E MONTESQUIEU

Com descrições equivalentes às de Locke – que, doravante, será mencionado a título comparativo – e mecanismos de controle semelhantes entre os poderes, por outra ótica, o notável filósofo Charles Louis Secondant, o Barão de Montesquieu, escreve, em 1748, *O Espírito das Leis*<sup>17</sup>, livro que consagraria a teoria da separação dos poderes.

---

<sup>16</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1994. p. 172.

<sup>17</sup> SECONDANT, Charles Louis. **O espírito das leis**. As formas de governo. A Federação. A divisão dos Poderes. Introdução, Tradução e Notas: Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no entanto, salienta que a teoria “[...] não foi invenção genial de um homem inspirado, mas sim é o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, que consagrou o *Bill of Rights* de 1689 [...]”<sup>18</sup>.

Paulo Bonavides, por sua vez, diz que, enquanto todo o século XVIII pensava com as categorias de um direito puramente racional e abstrato “[...] e o prestígio da filosofia jusnaturalista era inatacável e os preconceitos de sua doutrina estavam em vésperas de sair da cabeça dos filósofos do direito para a letra dos Códigos após o triunfo da Revolução Francesa [...]” Montesquieu já se dispunha à análise dos inumeráveis tipos históricos de Estado<sup>19</sup>.

Continua o autor, assumindo a pretensão de resumir a colaboração do mestre francês, dizendo que “[...] as técnicas da liberdade, os instrumentos de sua proteção, compendiados no princípio da separação e equilíbrio de poderes, mais importantes que a teoria das formas de governo [...]” formam a contribuição ‘agigantada’ da obra de Montesquieu<sup>20</sup>.

Por este motivo, os escritos de Montesquieu serem considerados frutos de observação criteriosa e do decorrer de mais de vinte anos de estudo da história das constituições para definir e propagar a teoria da separação dos poderes.

No capítulo VI do Livro XI do Espírito das Leis, Montesquieu traça o que passaria a ser a grande responsável e influenciadora teoria constitucional da época do Estado Liberal e de todas as “[...] discussões políticas que gerariam todo o processo revolucionário [...]”<sup>21</sup> qual seja, a separação dos poderes.

Para confeccionar seus escritos, Montesquieu afirma que não extraiu seus princípios de seus preconceitos, mas, sim, da própria natureza das coisas<sup>22</sup>, fazendo uma análise pormenorizada das diversas questões que diziam respeito à formação, eficácia e relação que as Leis tinham com o povo e com a Constituição.

---

<sup>18</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.161.

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros editores. 2008. p. 250.

<sup>20</sup> Ibid., p. 247.

<sup>21</sup> VALDÉS, Roberto L. Bianco. **O Valor da Constituição**. Separação dos poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade nas origens do Estado liberal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011. p. 35.

<sup>22</sup> Ibid., p. 05.

Em sua obra, o mestre francês também distingue os poderes existentes em cada Estado em “[...] poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil [...]”<sup>23</sup>.

Ao poder legislativo cabe a promulgação das leis, suas emendas e sua revogação. O príncipe ou o magistrado detém este poder. O segundo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, é encarregado de dispor da guerra e da paz, receber estranhos e cuidar da segurança. Quanto ao terceiro poder, o executivo daquelas que dependem do direito civil, este é responsável por julgar a diferença entre os particulares e Montesquieu o chamou de poder judiciário. Ao segundo denominou poder executivo do Estado.

O autor não menciona nem faz qualquer alusão ao poder federativo descrito por Locke, haja vista que, para o francês, a função federativa já era exercida pelo poder executivo, dito do Estado, sem necessitar de divisão.

Destacando uma separação clara e definida dos poderes e condicionando a liberdade dos cidadãos à sua divisão, Montesquieu ressalta a presença ou da tirania ou do despotismo caso a mesma pessoa ocupe cargos em poderes distintos.

Ressalta-se que a liberdade que o mestre francês valoriza e condiciona à teoria da separação dos poderes é a liberdade política. De fácil acesso ao cidadão daquela época, a liberdade política era vista como o “[...] direito de se fazer tudo o que as leis permitem”<sup>24</sup>.

Assim, a segurança advinda da separação dos poderes, inclusive do afastamento de seus membros, propiciava ao cidadão submetido a um julgamento a certeza de que, não pertencendo ao poder executivo, o juiz não agiria como um opressor irascível e movido pelo ódio, mas como julgador imparcial, imbuído do papel de, simplesmente, distribuir a justiça com base na lei, sem qualquer influência política.

Despida da interferência política sobre o julgador, a distribuição da justiça torna-se reta e confiável; a aplicação da lei, efetiva. A lei normatiza, dá direcionamento aos comportamentos sociais e permite controlar a coragem que o homem adquire

---

<sup>23</sup> SECONDAT, Charles Louis. **O espírito das leis**. As formas de governo. A Federação. A divisão dos Poderes. Introdução, Tradução e Notas: Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 166.

<sup>24</sup> Ibid., p. 166.

quando convive em sociedade<sup>25</sup>. Desta maneira, ele necessita de uma lei que, aplicada, abrace solidamente o caso concreto, vise afastar a ofensa e reparar os danos porventura ocorridos. Esse papel da confecção das leis cabe, na teoria da separação dos poderes de Montesquieu, ao legislativo.

Para o francês, o povo não era capaz de discutir determinados assuntos<sup>26</sup>, por isso, escolhia aqueles – dentre as pessoas distintas do povo, seja pelo nascimento, seja pelas riquezas – a quem outorgava o poder de representá-lo. Assim, aos mais nobres que possuíam algum destaque no povo, era outorgado o poder legislativo e suas assembleias com diferentes deliberações.

Todavia, apesar de o poder legislativo ser formado por membros do povo e ser considerado a voz uníssona de seus representados, ele afastava a consciência da população e a submetia às suas vontades através da edição de leis, uma vez que, composto de várias pessoas, gerava uma confusão entre os ocupantes do cargo e as ordens emanadas de um ente singular descrito como o verdadeiro poder.

Assim, temendo o despotismo, Montesquieu tratou de encarregar o poder executivo de – além de dispor da guerra e da paz, receber estrangeiros e cuidar da segurança – limitar a atuação do poder legislativo.

Ressalta-se, porém, que apesar de o poder executivo, em semelhança ao poder legislativo, se confundir com o próprio monarca ou com o ocupante do cargo – personificando-se naquele que, com uma ordem, detém o comando integral das forças que lhe são confiadas – o legislativo não exercia qualquer limitação sobre o poder executivo, apenas possuía a faculdade de verificar a execução das leis que criou<sup>27</sup>.

Quanto ao poder de julgar, Montesquieu o trata com menosprezo, chegando a designá-lo como nulo<sup>28</sup>. Criadas as leis pelo legislativo e concretizadas pelo

---

<sup>25</sup> As leis, nos dizeres Jean-Jaques Rousseau, derivam da vontade geral e vontade de todos e seriam destinadas à utilidade pública. Para atingir uma perfeição legislativa, para controlar e normatizar os comportamentos sociais, “[...] seriam necessários deuses para dar leis aos homens [...]”, visto que o legislador, além de não ter vontade própria, é criado a partir da vontade do povo que, por consequência, legítima, ao menos para Montesquieu, os atos emanados do poder legislativo. ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003. p. 50.

<sup>26</sup> SECONDAT, Charles Louis. **O espírito das leis**. As formas de governo. A Federação. A divisão dos Poderes. Introdução, Tradução e Notas: Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2008. p. 171.

<sup>27</sup> Ibid., p. 174.

<sup>28</sup> Ibid., p. 174.

executivo, ao poder judiciário caberia, somente, dizer a vontade seca e concreta da norma, atuando com rigor, mas amenizando, por vezes, o peso que cairia sobre o cidadão, alvo do julgamento.

Proibidos o poder legislativo e executivo de julgar, em virtude da teoria da separação dos poderes, o resíduo funcional pertenceria, deste modo, ao poder judiciário. Daí pois, sua nulidade, visto que, julgando, o poder judiciário estaria simplesmente manifestando a vontade do próprio legislador que, elaborando as leis, previu as condutas possíveis, as penas aplicáveis e os resultados prováveis.

A nulidade do poder judiciário enfatizada por Montesquieu provém do fato de os ocupantes daquele poder não serem fixos. Porém, ainda que os membros do poder de julgar não fossem estáveis, como expressão exata e identificável do preciso e precioso texto legal, seus julgamentos deveriam sê-lo. Destarte, traduzindo a vontade do legislador expressa na lei, o juiz evitaria, mesmo que essa fosse sua vontade, qualquer espécie de interpretação do fato ocorrido.

Logo, a segurança desejada pelos cidadãos viria, como dito anteriormente, através da simples, reta e seca subsunção da lei ao caso concreto. Por essa razão é que no poder de julgar, não se confunde seu ocupante com o poder propriamente dito, haja vista que “[...] teme-se a magistratura, e não os magistrados”<sup>29</sup>.

A permanência dos membros do poder de julgar deveria, então, durar o tempo que fosse necessário para o bom desempenho da função, sendo seus ocupantes, por isso, retirados do cargo quando fosse preciso; já os membros do poder legislativo, nobres escolhidos no seio do povo conforme determinava a lei<sup>30</sup>, permaneceriam no poder sem qualquer saída compulsória.

Talvez fosse por esse motivo que Locke considerava o poder legislativo o mais soberano dos três que nominava, haja vista que, não identificando a função de julgar, isoladamente, caberia ao legislador a tarefa de, pesquisando a sociedade e acompanhando a evolução dos tempos, interpretar os fatos e traduzi-los nos textos normativos.

---

<sup>29</sup> SECONDAT, Charles Louis. **O espírito das leis**. As formas de governo. A Federação. A divisão dos Poderes. Introdução, Tradução e Notas: Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. Ibid., p. 169.

<sup>30</sup> Ibid., p. 169.

Apesar de o cunho de fiscalização entre os poderes ser observado na obra de Montesquieu, a permanência do homem naqueles cargos deve ser mediata. Nem os detentores do poder legislativo, nem do executivo, quanto menos os do poder de julgar devem permanecer sentados em suas cadeiras por tempo demasiadamente longo, sob o perigo de corromperem-se tanto com o exercício, como no exercício do poder.

Além disso, na teoria da separação dos poderes, também não seria adequado ao membro do poder executivo pertencer igualmente ao poder legislativo, visto que, guiado pela tirania, o representante do povo poderia tanto criar leis de seu interesse, quanto executá-las ou ordenar seu cumprimento contra os demais.

A separação harmônica dos poderes reservaria, no entanto, uma liberdade de atuação entre os detentores dos cargos, uma vez que, com penetração suave entre eles, propiciaria, principalmente ao executivo e ao legislativo, não o impedimento, mas sim, a fiscalização tanto da elaboração das leis, quanto de sua execução. Parte-se do pressuposto de que o homem que detém o poder vai dele abusar até encontrar limites.

A teoria de Locke falha nesse aspecto, porque, além de não prescrever o poder de julgar separadamente, entrelaça o poder executivo e o poder federativo em uma separação dual de poderes, sem considerar que a reunião de seus membros facilitaria o que o autor mais temia, a tirania. Por isso que, segundo Montesquieu, “[...] os príncipes que quiseram tornar-se despóticos sempre começaram por reunir em sua pessoa todas as magistraturas [...]”<sup>31</sup>.

Montesquieu parece ter se preocupado muito com o despotismo, pois quanto mais menciona sua aversão<sup>32</sup> a esta espécie de governo, mais enaltece os governos moderados, onde, com a separação de poderes definida, enfatiza-se a penetrabilidade de um sobre o outro e o caráter fiscalizatório que lhes é peculiar.

Montesquieu, então, “[...] não cogita de uma efetiva *separação* entre os poderes, mas sim de uma *distinção* entre eles que, não obstante, devem atuar em clima de

---

<sup>31</sup> SECONDAT, Charles Louis. **O espírito das leis**. As formas de governo. A Federação. A divisão dos Poderes. Introdução, Tradução e Notas: Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 169.

<sup>32</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 3. ed. Brasília: Editora UNB, 1995. p. 42.

equilíbrio”<sup>33</sup> [grifos do autor]. Essa distinção permitiria que cada poder navegasse pela esfera de competência do outro sem interferir nos comandos emitidos originariamente. Isso preservaria a essência do poder de onde o ato foi emanado, com exercício, apenas, do controle pela outra esfera.

O poder executivo, por exemplo, não possuía a capacidade de discutir os comandos emitidos pelo poder legislativo, mas sim a de interferir e impedir a execução de leis que não concordasse. O poder fiscalizatório, no entanto, abraça também os atos do executivo que causam a preterição de direitos que, oriundos de qualquer Constituição, precisam ser respeitados.

Diante disso, salienta-se que os atos emitidos por qualquer poder carecem, primeiramente, de habilitação constitucional<sup>34</sup> para se tornarem legítimos e com capacidade de saírem do mundo das ideias.

Desse modo, o poder de julgar, nulo aos olhos do Barão, evoluiu para representar não somente a boca da lei e amansá-la quando necessário, mas também para fiscalizar as atitudes dos demais poderes, impedindo atos contrários à Constituição Federal.

De certo que

[...] não é a distinção real das funções que conduz à organização do seu exercício de maneira a afirmar a segurança dos cidadãos, é a vontade de garantir esta segurança através de um equilíbrio dos poderes que acaba por imaginar uma hipotética distinção das funções<sup>35</sup>.

Neste locus pode residir, outrossim, a preocupação de Locke em não conceituar um poder e sim fazer entender suas explicações sobre a existência prematura e crescente da necessidade da distribuição da segurança ao povo através, por exemplo, das leis.

Para o Barão, todavia, a garantia da segurança destinada ao povo seria realizada não através das leis, mas sim pelo poder de julgar que, independente, constitui o

---

<sup>33</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros editores, 2008. p. 230.

<sup>34</sup> PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. [S.l.]: Coimbra editora, 1989. p. 253.

<sup>35</sup> Ibid., p. 107.

“[...] núcleo essencial do princípio da separação dos poderes do Estado de Direito contemporâneo [...]”<sup>36</sup>.

Assim, livre de qualquer vinculação política, o poder de julgar fiscalizaria a habilitação constitucional dos atos dos poderes executivo e legislativo, porém, não interferiria na elaboração ou cumprimento dos atos emanados por eles, apenas os adequaria ao disposto no texto constitucional.

A segurança advinda da adequação constitucional dos atos dos poderes garantiria aos cidadãos tanto o reconhecimento e certeza da força da teoria da separação dos poderes, quanto a eficácia concreta das normas insculpidas na Constituição.

Com isso, a teoria de Montesquieu influenciou à época a confecção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cuja finalidade é, assemelhando-se à teoria do mestre francês, “[...] proteger os direitos do Homem contra os atos do Governo [...]”<sup>37</sup> tendo como objetivo direto a instrução dos indivíduos de seus direitos fundamentais<sup>38</sup>.

Desse modo, o documento supracitado não estabelece nem cria direitos, apenas relembra-os aos cidadãos e os protege contra a ingerência do Estado. A influência da teoria da separação dos poderes pode ser notada em todo o texto da Declaração, sobretudo no artigo 16º que diz que “[...] a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”<sup>39</sup>.

Diante do exposto, embora a teoria de Montesquieu tenha influenciado inúmeras Constituições ao redor do mundo, dizemos que não é de somenos importância a contribuição de Locke para a construção da separação dos poderes. Todavia, como visto, a divulgação, lapidação e finalização da teoria, apesar de ainda ser alvo de ferrenhas críticas, deve-se mesmo a Montesquieu. Dividindo de forma ternária os poderes, o autor da separação também estabeleceu a fiscalização e a convivência harmônica entre eles. Posteriormente essa teoria viria a ser incorporada nos mais

---

<sup>36</sup> PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. [S.l.]: Coimbra editora, 1989. p. 259

<sup>37</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11. ed. rev. aument. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 22.

<sup>38</sup> Ibid., p. 22.

<sup>39</sup> BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

diversos dispositivos constitucionais pelo mundo. No caso do Brasil, no artigo 2º da Constituição vigente.

#### 4 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NA RELEITURA ATUAL

A releitura atual que se faz do princípio da separação dos poderes não exclui, por óbvio, a visão antiga e tradicional da teoria formulada por Montesquieu, mormente porque o alcance do princípio é visível quando ele traduz a proibição do monismo do poder “[...] como o que resultaria, por ex., da concentração de plenos poderes no Presidente da República, na concentração de poderes legislativos no executivo ou da transformação do legislativo em órgão soberano executivo e legiferante”<sup>40</sup>.

O Direito, porém, ciência dinâmica que é, se adapta às necessidades sociais para atender ao chamado do povo e à sua evolução para resolver os conflitos e disciplinar, até onde consegue, a vida em sociedade.

O conceito de separação dos poderes, que permanece evoluindo, interessa sobretudo, aos que vivem em um Estado de Direito. Este, em sua essência, significa que o “[...] Poder Político está preso e subordinado a um Direito Objetivo, que exprime o justo [...]”<sup>41</sup>.

O Poder Político advém do próprio Estado; aquele além de ser superior a todos os poderes sociais existentes visa a “[...] manter o mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum [...]”<sup>42</sup>; é exatamente o Poder Político portanto, quem outorga os poderes conferidos ao executivo, ao legislativo e ao judiciário.

Assim, esses órgãos, com a parcela de poder que lhes é conferida, coletivamente, formam o governo, sendo este “[...] o conjunto de órgãos mediante os quais a

---

<sup>40</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal: Edições Almedina, 2003. p. 560.

<sup>41</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 02.

<sup>42</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. atual. (até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010). São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 107.

vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político [...]”<sup>43</sup>.

Com isso, percebe-se – haja vista que o Estado é a própria expressão do poder – que é do Estado que emana qualquer parcela, por mínima que seja, de poder. Assim, o Estado é uno e uno é seu poder. Diante dessa unidade, em nosso país, há uma separação de funções, e não de poderes, mormente porque, “[...] na verdade, todos os ‘poderes’ estão abaixo da Constituição”<sup>44</sup>.

Desse modo, pode-se falar, também, em função executiva, legislativa e jurisdicional, cada uma com a devida competência e legitimidade para atuar até a fronteira dos limites constitucionais, não havendo, entretanto, o engessamento encontrado na teoria de Montesquieu. Relembre-se que o engessamento preconizado pelo mestre francês deveu-se à busca da proteção do indivíduo e de sua liberdade contra a ingerência desregrada e excessiva do Estado.

Essa liberdade faz parte do núcleo essencial do princípio da separação dos poderes. Segundo esse autor, “[...] na sua dimensão orgânico-funcional, o princípio da separação dos poderes deve continuar a ser encarado como princípio da moderação, racionalização e limitação do poder político estatal [...]”<sup>45</sup>.

Assim, reconhecidamente presente na Constituição Federal de 1988 e protegido das emendas constitucionais<sup>46</sup>, o princípio da separação dos poderes une-se à República Federativa do Brasil para auxiliá-la na concretização dos seus objetivos fundamentais<sup>47</sup>.

Alguns autores, tal como Karl Loewenstein, dizem que a teoria do Barão é obsoleta, propondo, inclusive, sua substituição. Dalmo de Abreu Dallari, embora mais ameno, não deixa de criticá-la, dizendo que tal princípio é “[...] meramente formalista, jamais tendo sido praticado [...]”<sup>48</sup> <sup>49</sup> <sup>50</sup> <sup>51</sup>. José Afonso da Silva, por sua vez, diz que o

---

<sup>43</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. atual. (até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010). São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 108.

<sup>44</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 238, p. 37-41, out./nov. 2004.

<sup>45</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 238, p. 37-41, out./nov. 2004.

<sup>46</sup> Tanto é assim, que o inciso III do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal de 1988 consagra como cláusula pétrea o princípio da separação de poderes, não podendo ser objeto sequer de deliberação a emenda que desejar aboli-lo.

<sup>47</sup> Estes encontrados no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

<sup>48</sup> DALLARI, Dalmo de. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.218.

princípio da separação de poderes “[...] não configura mais aquela rigidez de outrora [...]”<sup>52</sup>.

Embora a Constituição seja formada por alguns fatores reais de poder, como diz Ferdinand Lassalle<sup>53</sup>, é simples ver que o rigor que José Afonso da Silva afirma não mais existir no princípio da separação de poderes, ainda se faz presente. Tanto que o próprio autor ressalta que se prefere falar em “[...] independência orgânica e harmonia dos poderes [...]”<sup>54</sup>.

A independência dos poderes também advém, resumidamente, da unidade do Poder do Estado, que exerce seu poder através de suas formas de expressão. Essas formas possuem atividades específicas, outorgadas pela Constituição para organizar a atividade estatal. A Carta Magna delimita, ainda para fins de organização, as funções executiva, legislativa e judiciária e a interferência recíproca entre elas. Essa delimitação dá o sentido atual à independência dos poderes<sup>55</sup>.

Com relação à harmonia, esta “[...] verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito [...]”<sup>56</sup>, mantendo-se, principalmente, o equilíbrio entre os poderes na edição das leis e a participação dos demais na formação destas.

O princípio da harmonia, no entanto, não se aplica somente em relação à confecção das leis, mas, sobretudo, no estabelecimento do sistema de freios e contrapesos, necessário para evitar a prevalência e o arbítrio de um Poder sobre o outro, o que resultaria, sobretudo, em um real e concreto prejuízo à coletividade. Enfim, “[...] os

---

<sup>49</sup> LOEWENSTEIN, 1965, apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 251.

<sup>50</sup> Ibid., p. 270.

<sup>51</sup> Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins consideram exagerada a visão de Karl Loewenstein sobre a caducidade da teoria da separação dos poderes. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. Pré-constitucionalismo. O Estado. Constituição. Arts. 1º a 4º. São Paulo: Saraiva, 1988. v.1. p. 167.

<sup>52</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. atual. (até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010). São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 107.

<sup>53</sup> LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010. p. 12.

<sup>54</sup> AFONSO DA SILVA, op.cit., p. 109, nota 49.

<sup>55</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 126.

<sup>56</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. atual. (até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010). São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 110.

três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados<sup>57</sup>.

Assim, nessa busca por atingir tais objetivos, insculpidos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, pode se enxergar um alargamento das funções do Estado, dando azo à conclusão de uma perda gradativa da pureza estrita encontrada, ora no poder executivo, ora no legislativo, ora no judiciário.

Entretanto, embora haja essa suposta mácula na pureza das funções, a separação e a harmonia entre os três poderes se justifica, pois não visam somente à concretização dos objetivos fundamentais do Estado, mas possuem também profunda ligação com os direitos fundamentais, sobretudo os de primeira geração, que serão posteriormente explanados.

Com isso, desagregando os poderes do Estado e tentando manter a harmonia entre eles, a teoria da separação dos poderes visava proteger a liberdade dos cidadãos contra os excessos e ingerências dos poderes executivo e legislativo. O judiciário, como dito anteriormente, tinha, até então, somente mecanismos de intervenção na esfera privada dos cidadãos, limitando-se à aplicação fria e seca do texto legal, ou seja, em seu modelo clássico, tal poder era afastado das relações públicas, que pertenciam exclusivamente aos eleitos pela população.

Porém, diante das conquistas obtidas com o movimento constitucionalista ao longo das décadas, o Poder Judiciário evoluiu para se não manter inerte. Passou, então, a desempenhar um papel proativo, protegendo os preceitos constitucionais e fazendo com que eles se concretizassem, agindo efetivamente como fiscalizador da implementação dos programas e objetivos do Estado a partir dos preceitos guardados na Constituição Federal de 1988. Nessa oportunidade, o poder judiciário funcionará de forma diversa da sua versão tradicional, estabelecida na separação dos poderes.

Por essa razão, o princípio de Montesquieu passa por uma releitura condizente com a realidade constitucional vivida pelo Direito, confirmada, inclusive, por Mauro

---

<sup>57</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 126.

Cappelletti<sup>58</sup>, que já vislumbrava, há tempos, a necessidade de um judiciário mais moderno e afastado de sua concepção antiga e tradicional. Diz o autor:

Mas a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os Tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas de gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.

Porém, em razão da superação da primeira opção exposta pelo autor, a segunda deve ser considerada ponderadamente, até mesmo porque a melhor alternativa não seria alçar o poder judiciário a um ‘terceiro gigante’, mas elevá-lo a um patamar que lhe permita – encontrando equilíbrio, independência e harmonia com os demais poderes – contribuir, também, de forma efetiva para a concretização do estatuído no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

Assim, o poder de julgar deve atuar como escudo e como escultor. Como escudo, protege os cidadãos dos excessos das demais funções, e como escultor, apara as arestas dos atos submetidos à Constituição e que nela não se encaixam, abonando e permitindo, por consequência, que os direitos sejam gozados e protegidos em sua máxima plenitude.

Com isso, alça-se o poder de julgar em órgão protetor dos direitos constitucionalmente exigíveis, todavia, não legitimado em “[...] erigir-se em contralegisladores ou em substitutos do legislador, invadindo a ampla liberdade de conformação política deste no quadro da constituição e usurpando o núcleo essencial da função legislativa [...]”<sup>59</sup>, por exemplo.

Assim, todos os atos dos poderes haverão de estar em consonância com os princípios que norteiam a Constituição. Entretanto, pode haver um direito fundamental, inscrito na Carta Magna, e não esmiuçado na legislação ordinária pelo poder legislativo ou carente de materialização pelo poder executivo.

A confecção, proteção e implementação desse direito pelo poder de julgar não configura interferência no núcleo essencial de nenhum dos poderes, nem lhes

---

<sup>58</sup> CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 47.

<sup>59</sup> PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional.** Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. [S.l.]: Coimbra editora, 1989. p. 261.

usurpa a função, apenas concretiza a eficácia da norma constitucional não aplicada ou faz nascer, em termos práticos, o direito fundamental não exposto.

O judiciário, desta forma, considerado por Montesquieu o mais fraco dos três poderes, passa a exercer uma função limitadora aos outros dois, legitimada pelo povo e embasada, exclusivamente, na Constituição. Dessa maneira, o próprio povo legitima democraticamente o controle feito pelo poder de julgar, quando este adequa os atos dos demais poderes à Constituição.

Deste modo, na atualidade, o princípio da separação dos poderes, construído através da Constituição, não é destituído de rigidez. Pelo contrário, torna-se mais rígido sob o abrigo dos objetivos fundamentais do Estado, outorgando ao poder judiciário a carga necessária de força para que este mantenha o equilíbrio indispensável à concretização dos direitos, sobretudo dos fundamentais.

## 5 AS FUNÇÕES DO ESTADO E SUA COOPERAÇÃO MÚTUA E HARMÔNICA

Pensar as funções do Estado na atualidade não corresponde a dissecá-las para observar seu funcionamento e criticar a máquina que as mantém em ordem, nem propor uma nova forma ou adaptação da existente. É fazer o raciocínio inverso, porquanto as funções, componentes do governo, estão ligadas por um liame constitucional que visa a atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Cada função exercida por um poder possui uma competência específica que lhe empresta o nome, assim “[...] o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial”<sup>60</sup>.

Todavia, em virtude da evolução do Estado, essas competências foram se alargando e o poder também. Assim, surgiram outras atribuições, também desempenhadas

---

<sup>60</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal: Edições Almedina, 2003. p. 559.

pelos poderes, que foram denominadas funções atípicas<sup>61</sup>, favorecendo a interpenetração entre eles. Um exemplo seria a possibilidade de o poder legislativo julgar, politicamente, as infrações cometidas nas Comissões Parlamentares de Inquérito.

Por meio do exercício conjunto das funções – típicas e atípicas –, o sistema de freios e contrapesos se opera de um lado para outro e de um Poder frente a outro, onde tem lugar, outorgada pelo próprio sistema constitucional, não a interferência recíproca, mas a interpenetração mútua entre os poderes, com harmonia.

Assim, a harmonia e a interpenetração entre as funções do Estado se notam quando a Constituição Federal outorga ao Congresso Nacional competência em dispor sobre todas as matérias que dizem respeito à União, desde que, em um ato de fiscalização e controle, se obtenha previamente a sanção do Presidente da República<sup>62</sup>, representante do Poder Executivo.

O mesmo se diga, inversamente, acerca das competências concedidas ao Congresso Nacional, exercidas em ato de fiscalização direta<sup>63</sup> em face do Poder Executivo, sem necessitar de qualquer aprovação ou consulta do representante desse poder. Tais competências tornam, não somente o Congresso Nacional, mas também o Poder Executivo, verdadeiros contrapesos, cujas contribuições constroem a tensão necessária ao equilíbrio das funções exercidas pelo Estado.

Por essa razão é que J. J. Gomes Canotilho salienta que, em um estado constitucional de direito, o que realmente importa “[...] não será tanto saber se o que legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem *pode ser feito* e é feito de *forma legítima*”<sup>64</sup>.

Entretanto, a prevalência dos Poderes Executivo e Legislativo desde a instituição e divulgação da teoria da separação dos poderes e a fiscalização mútua entre eles, observada na Constituição de 1988, pode dar a entender, ainda hoje, que o Poder Judiciário é excluído da harmonia pregada pelo texto constitucional.

---

<sup>61</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. Pré-constitucionalismo. O Estado. Constituição. Arts. 1º a 4º. São Paulo: Saraiva, 1988. v.1. p. 167.

<sup>62</sup> Artigo 48 da Constituição Federal de 1988. BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

<sup>63</sup> Tais competências podem ser encontradas nos incisos II, III, IV, V, VIII, IX, X, XI do artigo 49 da Constituição Federal de 1988. Ibid., acesso em: 17 jul. 2011.

<sup>64</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal: Edições Almedina, 2003. p. 255.

Como exemplo, o Poder Judiciário, visto por Montesquieu apenas como a ‘boca da lei’, tangencia a capacidade de emendar a Carta Constitucional, posto que seu artigo 60 permite somente ao Executivo e ao Legislativo, juntos ou separadamente, proporem, com ressalvas, reformas à Constituição.

Entretanto, mesmo as reformas à Constituição devem passar sob o crivo do Poder Judiciário, legitimando não somente o controle daquele Poder sobre qualquer outro na inserção de novos mandamentos ao texto constitucional, mas também fiscalizando a omissão na concretização das normas constitucionais não implementadas pelos demais poderes.

Dessa maneira, a interferência mútua e harmônica entre os poderes não se realiza somente de maneira interna, por meio da fiscalização do exercício das funções típicas ou atípicas. Faz-se, outrossim, visando constatar a concretização de determinados objetivos traçados pela Constituição e olvidados por aquele Poder que, omissos, não cumpre o mandamento constitucional. O Poder Judiciário, guarda da Constituição, auxilia nesta fiscalização.

Ocupados por representantes do povo, o Poder Executivo e Legislativo – poderes políticos por excelência<sup>65</sup> – traduzindo a vontade coletiva, deveriam materializar a realidade que foi estabelecida pelo Poder Constituinte. Entretanto, como se observa na prática, a inércia ou a omissão dos poderes, por vezes, impedem a concretização dos mandamentos constitucionais.

Por essas razões, é necessário observar que a interferência mútua e harmônica entre os Poderes e, sobretudo, entre suas funções, é fator relevante tanto para guiar a governança, quanto para moldá-la ao texto constitucional. Dessa maneira “[...] o princípio constitucional da separação dos poderes não é prévio à constituição mas constrói-se a partir dela”<sup>66</sup>.

Assim, Montesquieu admitiu nos Poderes Legislativo e Executivo duas faculdades, a de impedir e a de estatuir<sup>67</sup>. Essa faculdade consiste em “[...] ordenar por si mesmo

---

<sup>65</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros editores. 2008. p. 270.

<sup>66</sup> PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. [S.I.]: Coimbra editora, 1989. p. 16.

<sup>67</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros editores. 2008. p. 270.

ou corrigir o que há sido ordenado por outrem”, enquanto a faculdade de impedir consiste no direito de anular, por exemplo, uma resolução<sup>68</sup>.

Nesse sistema de freios e contrapesos, como o Poder Executivo possui incursão legislativa, Montesquieu atribuiu a esse Poder a faculdade de impedir, justamente para evitar o despotismo brutal do Poder Legislativo, enquanto ao Poder Legislativo, por ser composto de duas câmaras, possui ambas faculdades, a de impedir e a de estatuir.

Assim, o fim destinado à interferência de qualquer Poder na função do outro não é somente o auxílio no processo democrático de concretização da Constituição Federal de 1988, mas, outrossim, a perseguição da harmonia, equilíbrio e independência dos poderes, necessários para alcançar os objetivos da República do Brasil, fixados na Carta Magna.

Diante do exposto, podemos concluir que a construção do princípio da separação dos poderes só é possível em um estado moderado, com as funções e poderes bem definidos entre si, visto que o estado despótico, representado pelo próprio soberano-déspota, não admite a cisão dos poderes, concentrando-os nele mesmo.

Assim, a separação dos poderes não vem isolada e sem esteio, mas necessita, também, de uma Constituição nascida do seio do povo para se consolidar. Tal documento, por sua vez, prescreverá as mais diversas normas, imporá os mais diversos comandos e limitará a atuação não só do próprio poder constituinte que a criou, mas também, dos demais poderes que, a partir dela, terão limites a serem seguidos, comandos a serem obedecidos e objetivos a serem implementados, considerando, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana, norteador dos objetivos fundamentais cravados no artigo 3º da Constituição.

---

<sup>68</sup>BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros editores. 2008. p. 270.

## CAPÍTULO 2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1 ESCORÇO HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO

Para se obter o conceito de mínimo existencial e admiti-lo como pressuposto pelo poder judiciário na intervenção das políticas públicas, é necessário, antes, uma incursão no que tange aos Direitos Humanos. Para que se possa reconhecer a evolução de tais direitos e chegar aos direitos fundamentais é imperiosa a análise de sua gênese, que está localizada entre o jusnaturalismo e o positivismo.

A discussão acerca dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais, por sua vez, também perpassa por seus antecedentes históricos e por aqueles que, de alguma forma, tenham nexos com sua criação e desenvolvimento, ou seja, os direitos humanos.

No que concerne ao pensamento jusnaturalista, os direitos humanos são uma decorrência óbvia do direito natural. Esse tipo de direito defende que, como o homem é provido de inteligência, também possui autodeterminação, a qual lhe empresta dignidade. Já para os positivistas, não existe qualquer relação entre direitos naturais e direitos humanos, havendo uma ruptura conceitual e o início de uma nova fase com evoluções, características e conceitos diferentes<sup>69</sup>.

Explica Antonio-Enrique Pérez Luño que os direitos humanos também podem ser traduzidos a partir do jusnaturalismo racionalista e do contratualismo. Pregava aquela teoria que todos os homens possuíam direitos comuns e que estes deveriam ser reconhecidos pelo poder político do Estado por meio do Direito Positivo. Já o contratualismo evidencia que tanto as normas jurídicas, quanto as instituições políticas, não podem ser concebidas sem o consenso da vontade popular<sup>70</sup>, dando a entender que os direitos humanos nascem da concordância da sociedade.

Embora essa divergência conceitual persista, o catedrático jurista da Universidade de Sevilha, pondo termo à questão, diz que esses direitos representam

---

<sup>69</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución**. 10. ed. España: Editorial Tecnos, 2010. p. 32.

<sup>70</sup> Idem. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Serie de Teoría Jurídica Y Filosofía del Derecho nº 23. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 24.

[...] *el conjunto de facultades e insticuiones que, em cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales devem ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nível nacional e internacional*<sup>71</sup>.

Independentemente de sua gênese, os direitos humanos conferem características comuns a todos os homens, que também podem ser restringidas. A restrição desses direitos é permitida somente por consenso de toda a coletividade, visando ao bem comum, sem qualquer possibilidade de exclusão ou discriminação.

Embora manifestações pontuais dos direitos humanos fossem encontradas na Grécia Antiga, na Roma Republicana e no direito da Babilônia – em torno do ano 2.000 a.C.<sup>72</sup> – sua difusão aconteceu, principalmente, através das Declarações de Virgínia e da Independência dos Estados Unidos, ambas de 1776, e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. A partir destes documentos, os homens passam a ser titulares, desde o nascimento, dos direitos à liberdade e à igualdade, sem distinção. Estes, em sua essência, ligados diretamente à dignidade da pessoa humana.

Tem-se notícia de que foi o Cristianismo quem impulsionou a concretização dos direitos humanos prometidos nas Declarações. Tal concretização foi iniciada pela Igreja Católica, visto a semelhança e imagem do homem com o próprio Deus<sup>73</sup>, embora a Igreja não discutisse a respeito do ser humano em si, mas sobre a identidade de Jesus Cristo na sua condição humana<sup>74</sup>. Na América Latina, “[...] a encíclica *Sublimis Deus* é considerada a primeira declaração dos direitos humanos, reconhecendo no índio outro homem, com toda a extensão e defesa dos seus direitos”<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Teoría del Derecho**. Una concepción de la experiencia jurídica. Com la colaboración de Carlos Alarcón Cabrera, Rafael Gonzáles-Tablas y Antonio Ruiz de la Cuesta. 9. ed. España: Editorial Tecnos, 2011. p. 222.

<sup>72</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 21.

<sup>73</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 154-155.

<sup>74</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31.

<sup>75</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 28.

Os Estados Unidos, por exemplo, deram a tais direitos o *status* de direitos fundamentais, fazendo com que o Estado os reconhecesse, elevando-os ao patamar constitucional, acima, portanto, da legislação ordinária<sup>76</sup>.

Com a difusão dos direitos humanos ligados diretamente à dignidade da pessoa, estes passaram a ser confundidos com os nominados direitos fundamentais, sendo a expressão comumente usada como sinônimo daqueles. Isso porque, há quem reconheça que os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados internamente, enquanto, na verdade, são a designação usada apenas para abranger direitos e liberdades que deveriam ser objeto de positivação interna, mas não o foram.

Antonio-Enrique Pérez Luño<sup>77</sup> explica o conceito de direitos fundamentais dizendo que

*[...] la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, em la mayor parte de los casos em su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.*

O eminente constitucionalista e Ministro Gilmar Ferreira Mendes<sup>78</sup>, parecendo complementar o conceito do autor espanhol, diz que direitos fundamentais são

*[...] direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra.*

Já os direitos humanos, segundo o mesmo autor, são aqueles destinados exclusivamente à pessoa humana e inseridos em diplomas de direito internacional<sup>79</sup>.

Assim, consolidados na Constituição Federal como fundamentais, os direitos humanos criam para os cidadãos, em face do Estado, direitos subjetivos de alta relevância, cuja violação ou restrição dissolveria, igualmente, o pacto de submissão internacional assumido pelo ente estatal. Dessa violação e desrespeito nasceria para o Estado, no âmbito internacional, uma responsabilidade em virtude da ofensa

---

<sup>76</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 124.

<sup>77</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 10. ed. España: Editorial Tecnos, 2011. p. 42.

<sup>78</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 166.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 166.

cometida<sup>80</sup> e, internamente, deveres e obrigações advindos da positivação daqueles direitos.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS GERAÇÕES

Nessa evolução de conceitos e adaptações que as diferentes épocas exigem, os direitos fundamentais foram se ajustando. Inicialmente, visou a teoria da separação dos poderes condicionar a liberdade dos cidadãos à divisão das funções do Estado, tendo como finalidade proteger os direitos fundamentais contra as ingerências e arbitrariedades do ente estatal<sup>81</sup>.

Diante disso, temos a transição do Estado Absoluto para o Estado de Direito e a positivação concreta dos direitos ditos de liberdade. Observado o cenário revolucionário da época, eles receberam a alcunha de direitos de primeira geração, sendo normatizados, como se percebe, em primeiro lugar<sup>82</sup>.

Vale ressaltar que a expressão 'geração de direitos' não passa de um delimitador temporal para marcar a época em que estes foram alçados a fundamentais e acolhidos pela ordem jurídica<sup>83</sup>; não há distinção entre os direitos das gerações anteriores e posteriores. O que há são apenas direitos; entretanto, instituídos em épocas diferentes.

Dessa maneira, não há qualquer substituição de uma geração por outra, ou supressão desta por aquela, o processo é acumulativo, não sucessório<sup>84</sup>. Para Paulo Bonavides, inclusive, o termo 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 [...]"<sup>85 86 87</sup>.

---

<sup>80</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 51.

<sup>81</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68.

<sup>82</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>84</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 57.

<sup>85</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. Atual. São Paulo: Malheiros editores, 2011. p. 564.

Mesmo, então, que o vocábulo geração empreste uma impressão cronológica aos direitos de todas as gerações, o que ocorre é uma complementação, um preenchimento pela geração posterior, estabelecendo, ou às vezes renovando, determinados conceitos advindos da própria evolução da sociedade como produtora e fonte de direitos. Justifica-se, então, considerando este entendimento, o uso do termo 'geração' neste trabalho.

Interessante enfatizar que a estabilização dos direitos de primeira geração não se deu voluntariamente pelos homens. Foi fruto da ideologia encravada no lema revolucionário da França do século XVIII. O ideal francês, representado pela liberdade, igualdade e fraternidade, apontaria, sem erros, para a evolução dos direitos fundamentais<sup>88</sup>.

Dessa maneira, a liberdade, concretizada primeiramente, manifesta-se nos direitos civis e políticos oponíveis pelo indivíduo ao Estado. Com a positivação, o Estado é nitidamente separado da sociedade que, organizada, passa a lhe impor obrigações e deveres.

Os direitos de primeira geração trasladam uma preocupação maior com o homem que compõe a sociedade civil<sup>89</sup>. Agora, com a distinção do Estado, o homem passa a ter normatizados direitos utilizáveis contra a arbitrariedade e excessos do ente estatal.

Por esta razão é que, na primeira geração de direitos, se homenageiam as liberdades individuais (a de consciência, a de culto, a inviolabilidade de domicílio, a liberdade de reunião, entre outras<sup>90</sup>). Nesses direitos, o homem é individualmente

---

<sup>86</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, além de adotar o termo 'dimensões', salienta as fundadas críticas que vem sendo dirigidas ao vocábulo 'gerações'. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45.

<sup>87</sup> Também Dirley da Cunha Júnior, embasado na doutrina de Willis Santiago Guerra Filho, adota o termo dimensão considerando que "[...] é mais adequado o termo 'dimensões', não só porque as gerações anteriores não se extinguem pelo advento das novas, mas, notadamente, porque os direitos reconhecidos em uma geração assumem uma outra *dimensão* quando em relação com os novos direitos gestados posteriormente [...]" [grifo do autor]. GUERRA FILHO, 2001, apud DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. ampl. atual. conforme a Emenda Constitucional n. 67/2010. Bahia: Editora Juspodivm, 2011. p. 598.

<sup>88</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. Atual. São Paulo: Malheiros editores, 2011. p. 564.

<sup>89</sup> Ibid., p. 564.

<sup>90</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155.

considerado, não havendo espaços para preocupações com desigualdades, sobretudo as sociais.

Embora a liberdade tenha sido reconhecida, a implementação dos lemas revolucionários não foi instantânea. Para tanto, foram necessárias a evolução do Direito, da sociedade como pressuposto para sua concretização e, acima de tudo, do eficaz aparelhamento do Estado. A tais fatores podem ser acrescentados, ainda, a submissão e o reconhecimento pelo ente estatal da titularidade dos direitos recém-nascidos.

Desse modo, a liberdade ressaltada na primeira geração propicia aos cidadãos a utilização de direitos outrora não positivados e agora oponíveis ao Estado, antes absoluto. É esse o panorama no Estado Liberal.

Mas, cronologicamente, chegamos ao final do século XIX, palco da famosa Revolução Industrial. Em face às garantias da primogênita geração de direitos, o Estado era obrigado a assumir uma conduta exclusivamente passiva. Assim, era imposto a ele não interferir, sobre qualquer aspecto, nos assuntos particulares<sup>91</sup>.

O desenvolvimento e as técnicas de produção advindas da Revolução supracitada fizeram com que os franceses nominassem essa era de *Belle Époque*. A expressão rotulava a fartura em que vivia parte da sociedade, que cresceu e aproveitou os beneplácitos dessa época às custas de outra fração da mesma sociedade, formada pelos trabalhadores que, em condições cada vez mais desumanas, se sacrificavam para sustentar os luxos da burguesia<sup>92</sup>.

O esforço era feito, principalmente, na seara laborativa, porquanto, nessa época, não havia nem condições salubres para o exercício do trabalho, nem qualquer limitação de sua jornada, o que levava os operários à exaustão tanto física, quanto mental. O descanso regular não era nem mesmo cogitado e as benesses obrigatórias de agora, tais como salário mínimo e férias, eram vistas como teratologias acaso questionadas.

As liberdades individuais, em tese, eram respeitadas. Porém, o segundo lema revolucionário sequer tangenciava o proletariado da época. É de se concluir, por ilação, que o poderio econômico sempre foi um grande obstáculo à implementação

---

<sup>91</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 51.

<sup>92</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 47.

dos direitos das classes mais baixas, tendo em vista o esforço de quem o possuía para evitar que a concentração de riquezas escapasse ao seu controle.

Nesse instante histórico, as mais ultrajadas eram as crianças que, submetidas a trabalhos braçais semelhantes aos dos adultos, não possuíam qualquer dádiva vinda da idade<sup>93 94</sup>.

Certamente, com a prosperidade resultante da industrialização, os que cresceram financeiramente o fizeram em detrimento de outros, como sói acontecer no regime capitalista. O mundo, então, diante das condições deploráveis de trabalho, alertava sobre uma tomada real do poder pelos trabalhadores ultrajados, sobre a necessidade da melhoria das condições laborais e sobre a valorização e reconhecimento de determinados direitos, sobretudo os daqueles que sustentavam, de forma braçal, a máquina operária.

Karl Marx, em 1848, publica o famoso Manifesto Comunista, cuja ideologia prega a tomada do poder pelos operários e a construção da ditadura do proletariado como forma de reverter a exploração capitalista. A Igreja Católica, que nunca se manifestara acerca de questões políticas ou assuntos que poderiam interferir na ingerência de seus interesses, percebendo que não poderia ficar inerte, visto o choque entre os trabalhadores e empregadores, publicou, em 1891, a encíclica *Rerum novarum*. A encíclica critica as condições de vida dos trabalhadores e propugna abertamente o reconhecimento aberto de inúmeros direitos trabalhistas, mas recrimina ferrenhamente a ideia da ditadura do proletariado elaborada por Karl Marx.

---

<sup>93</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 47.

<sup>94</sup> Interessante notar, sobre o trabalho infantil nessa época dita 'bela', o trecho da reportagem publicada em 1828, na revista inglesa *The Lion*, onde há o relato da vida de Robert Blincoe e das demais crianças submetidas ao regime laboral daquele momento, na fábrica situada na cidade de Lowdhan: "Os meninos e meninas – tinham todos cerca de dez anos – eram chicoteados dia e noite, não apenas pela menor falta, mas também para desestimular seu comportamento preguiçoso. E comparadas com as de uma fábrica em Litton, para onde Blincoe foi transferido a seguir, as condições de Lowdhan eram quase humanas. Em Litton, as crianças disputavam com os porcos a lavagem que era jogada na lama para os bichos comerem; eram chutadas, socadas e abusadas sexualmente; o patrão delas, um tal de Elilice Needhan, tinha o horrível hábito de beliscar as orelhas dos pequenos até que suas unhas se encontrassem através da carne. O capataz da fábrica era ainda pior. Pendurava Blincoe pelos pulsos por cima de uma máquina até que seus joelhos se dobrassem e então colocava pesos sobre seus ombros. A criança e seus pequenos companheiros de trabalho viviam quase nus durante o gélido inverno e (aparentemente apenas por pura e gratuita brincadeira sádica) os dentes deles eram limitados!". HEILBRONER, Robert. **A história do pensamento econômico**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 101-102.

Acontece, então, na Rússia, a primeira revolução socialista, alertando o mundo capitalista a respeito da realidade dos direitos exigidos pelos trabalhadores<sup>95</sup> e evidenciando a constatação de que os operários possuem, quando unidos e com objetivo traçado, força para instigar uma possível mudança de comportamento, até mesmo do Estado.

Há então, nessa época, a organização e aparição dos sindicatos – classes de pessoas com objetivos delineados para a defesa de determinados grupos, atuando como porta-vozes e intermediários das reivindicações das mais diversas classes proletárias<sup>96</sup>. Há, ainda, o reconhecimento, pelo Poder Público, de que o Estado não era capaz de suprir às exigências impostas, sobretudo as de cunho social.

De corolário, evidenciou-se que a liberdade garantida na primeira geração de direitos, dentro dela a liberdade de contratar, não era completa, porquanto, embora livres para ajustes, os trabalhadores eram obrigados a submeterem-se às exigências impostas pela burguesia, que os explorava e lhes impunha as mais miseráveis condições de trabalho.

Diante disso, o Estado foi obrigado a fazer concessões e reconhecer a necessidade de um salário mínimo, do estabelecimento de um período de férias, dentre outros direitos destinados aos trabalhadores, além de realizar incursões objetivando a justiça social material e não meramente formal. Com esse novo cenário, tem-se estabelecida, novamente, uma transição – a do Estado Liberal para o Estado Social<sup>97</sup>, incluindo a alteração de seus objetivos que, mantida a primeira geração de direitos, passa agora também a reconhecer os direitos econômico-sociais<sup>98</sup>.

Nasce, assim, a segunda geração de direitos, a que prima pela igualdade, destacando, pois, o segundo lema revolucionário. Esses direitos, secundariamente

---

<sup>95</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 48.

<sup>96</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 126.

<sup>97</sup> Em contrapartida, Hermes Zaneti Jr., embora reconheça alguma transição entre as fases, aponta um 'paradoxo metodológico' e salienta que "O Brasil nunca chegou a, razoavelmente, implantar o modelo liberal e o modelo social", ressaltando adiante a visão que tem o observador externo, qual seja, a de que "[...] nosso legislador é *idealista*, nosso administrador é *ineficaz*" [grifos do autor]. ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 41.

<sup>98</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 126.

reconhecidos, possuem o objetivo de possibilitar aos seres humanos uma melhor qualidade de vida, agindo também como pressuposto básico para o pleno exercício dos direitos de liberdade, complementando-os.

Com isso, o Estado, que teve formuladas contra si as obrigações de não fazer, oriundas da primeira geração, não mais se obriga à abstenção; agora, com a nova geração, tende a prestações positivas, exatamente para igualar todos num mesmo patamar, através de ações dos Poderes Públicos. Esses direitos de segunda geração, também chamados direitos sociais, dizem respeito à educação, moradia, saúde, assistência social etc.

Desta maneira, segundo Fábio Konder Comparato, o “[...] Estado Social é, pois, aquela espécie de Estado Dirigente, em que os Poderes Públicos não se contentam em produzir leis ou normas gerais, mas dirigem efetivamente a coletividade para o alcance de metas predeterminadas”<sup>99</sup>.

A plena afirmação dos referidos direitos ocorreu somente “[...] no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 [...]”<sup>100</sup>. Porém, ainda assim, estes passaram por uma baixa normatividade, que se deu em virtude da ausência de recursos disponíveis do Estado para a implementação das prestações positivas impostas<sup>101</sup>.

Apesar de a Constituição de 1988 prever, no parágrafo 1º do artigo 5º, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a falta de recursos e a inércia dos Poderes para materializá-los são, na maioria das vezes, colocadas em favor do Poder Público. A inércia se sustenta, também, pelo discurso daqueles que defendem a regulamentação dos direitos de segunda geração constitucionalmente previstos.

Embora a realidade histórica de nosso tempo seja outra, a Constituição apresenta uma força que determina a obrigatoriedade de seus mandamentos<sup>102</sup>. Essa imposição não pode ser desprezada. Quanto mais forte for a Constituição e quanto mais empenhado estiver o Estado para garantir a vontade expressa de suas normas, menores serão os limites impostos para concretização de seus preceitos. Em

---

<sup>99</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 737, p. 11-22, mar.1986.

<sup>100</sup> Idem. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66.

<sup>101</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. Atual. São Paulo: Malheiros editores, 2011. p. 564.

<sup>102</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 24.

consequência, maiores serão as realizações em benefício da efetivação, não só dos direitos sociais ou prestacionais, mas de quaisquer direitos que encontrem guarida no texto constitucional, inclusive os fundamentais de primeira geração.

Na condição de complemento, sendo pressupostos uma da outra, as gerações de direitos vêm se complementando para garantir ao cidadão, através do Estado, uma vida plena, saudável e sem embargo de escusas que tangenciem a concretização das normas constitucionais.

Assim, com a positivação dos direitos de primeira geração, dando à liberdade a proteção que lhe é devida, a igualdade passa a ser alçada à condição de direito fundamental, dando início a uma nova fase, que altera, também, os objetivos do Estado, agora dito social.

Com essa ascensão e reconhecimento dos direitos fundamentais, passa-se ao Estado Democrático de Direito, no entanto, o último lema revolucionário ainda é carente de implementação e elevação à posição alcançada pelos demais. É que tanto os direitos de primeira, quanto os de segunda geração, são ligados diretamente à dignidade da pessoa humana, razão pela qual se difundiu – especialmente após a Segunda Guerra Mundial – a ideia de que esses direitos pertenceriam a todos; sendo, pois, universais<sup>103</sup>.

O conjunto dessas duas gerações deu origem a inúmeros tratados internacionais, sendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, a que realmente iniciou a consagração internacional dos direitos fundamentais.

É nesse contexto e através da classificação de Karel Vasak<sup>104</sup> que nascem os denominados direitos de terceira geração. Direitos estes embasados, pois, no terceiro pilar revolucionário, qual seja, a fraternidade. Ditos também de solidariedade, essa terceira geração protege, sobretudo, os direitos difusos e coletivos. Voltam-se esses direitos, não ao indivíduo em si considerado, mas à coletividade, aos grupos. São direitos dotados de grande carga de solidariedade, onde se vislumbra, principalmente, a proteção do gênero humano.

---

<sup>103</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 52.

<sup>104</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros editores, 2011. p. 569.

Assim, Vasak os enumera, sem limitá-los, em: direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à comunicação etc<sup>105</sup>.

É certo que a evolução, tanto da sociedade, quanto do Direito, como se disse, tende a criar novos direitos fundamentais que, tornando-se norma constitucional, detém poder e força, carecendo, pois, de instrumentos para a sua proteção.

Dependendo de sistematização, os direitos fundamentais são inovadores e acompanham o pensamento global voltado à dignidade da pessoa humana. Paulo Bonavides, por exemplo, elenca os direitos de quarta geração<sup>106</sup>, correspondentes, segundo ele, à última fase do Estado Social, destacando-se: o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, introduzidos pela globalização política na esfera da normatividade jurídica<sup>107</sup>.

Alçados a direitos fundamentais, aqueles elencados na terceira e quarta gerações necessitam, por óbvio, de implementação imediata, sobretudo porque no Brasil observa-se a aplicabilidade direta das normas capitaneadoras dos referidos direitos.

Não bastassem quatro gerações de direitos fundamentais, Paulo Bonavides defende, em crítica à teoria de Karel Vasak, o direito à paz como direito fundamental de quinta geração.

Essa trajetória de ajuntamento se deve às diversas fases e alterações pelas quais passa o Estado e seus objetivos. Diante dessas mudanças, o Ministro Carlos Ayres Britto disse que, após o Estado de Direito Democrático, eminentemente social, estamos vivendo o Estado de Justiça ou Estado Holístico. A instituição do referido Estado se deve, mormente, à densificação de princípios constitucionais e à constitucionalização de temas antes reservados às legislações comuns, infraconstitucionais<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 52.

<sup>106</sup> Hermes Zaneti Jr. diz que o Estado Democrático Constitucional agrega esta dimensão de direitos porque esta seria “[...] a dimensão da participação na formulação das decisões políticas, em senso amplo”. ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 44.

<sup>107</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros editores, 2011. p. 571.

<sup>108</sup> BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. 1. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 210.

É insuficiente, entretanto, a simples aparição e designação de determinado direito fundamental, seja no início, no meio ou no final do século, pois indispensável é a busca e instauração de remédios que auxiliem esses direitos a terem eficácia real, concreta e que propiciem aos cidadãos a materialidade efetiva de seu comando constitucional.

Desta maneira, a criação e elevação de determinadas categorias de direitos ao rol de fundamentais, como sugerido por Paulo Bonavides, pode prejudicar, em muito, a distinção do que é, do que venha a ser e do que será direito fundamental; principalmente se observarmos que as gerações de direitos e os direitos que delas derivam têm como essência o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>109</sup>.

Nessa toada, teríamos o ser humano isoladamente considerado, como nos direitos de primeira geração, coletivamente abraçado, como nos de segunda, e mundialmente analisado como nos de terceira e quarta gerações; tudo isso em busca de transcender e atingir uma figura jurídica utópica, uma geração ideal, internacionalmente reconhecida e constitucionalmente normatizada.

Assim, frente ao atual cenário constitucional, se tornam imprescindíveis as novas discussões que surgem, tanto sobre a implementação dos direitos fundamentais já consagrados na Carta Magna, quanto sobre os debates que tangenciam o aparecimento de novos direitos fundamentais que o Estado, por vinculação à Lei Maior, deve garantir.

### 3 INTRODUÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Dentre os diversos direitos fundamentais e suas inúmeras gerações, os direitos fundamentais prestacionais – entendidos como subjetivos e como elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva<sup>110</sup> – serão aqui abordados, porquanto

---

<sup>109</sup> É como dizem Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco: “[...] ao invés, seria mais produtora buscar, em cada caso concreto, as várias razões elementares possíveis para a elevação de um direito à categoria *fundamental*, sempre tendo presentes as condições, os meios e as situações nas quais este ou aquele direito haverá de atuar” [grifo do autor]. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 157.

<sup>110</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. rev. ampl. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 02

possuem, em seu núcleo duro, elemento essencial que legitima o Poder Judiciário a controlar os atos dos demais poderes, sobretudo quando haja violação ou omissão na implementação material do direito social no caso concreto.

Embora os direitos sociais, advindos da segunda geração, sejam considerados por certa parte da doutrina “poesia constitucional”<sup>111</sup>, estes são, sem reboços, eminentemente constitucionais, sobretudo porque, constando na Carta Magna, não há como escaparem desse *status*<sup>112</sup>.

Dessa maneira, como direitos constitucionais, os direitos fundamentais impõem fronteiras aos Poderes ao mesmo tempo em que os vinculam. A vinculação é feita de modo que todos os atos dos Poderes (executivo, legislativo e judiciário) sejam realizados em diapásão com o texto constitucional.

Ultrapassando a primeira geração, que atribuiu ao Estado um não fazer, a segunda, ao albergar os direitos de igualdade, o obrigou a prestações que são – em sua grande maioria positivas – constituídas em um *facere e praestare*<sup>113</sup>.

A segunda geração de direitos se constituiu, portanto, naqueles que propiciam aos mais fracos economicamente uma condição de vida melhor e mais saudável, tentando estabelecer o exercício pleno das liberdades e igualando os desiguais materialmente<sup>114</sup>.

Por isso, esses dois comandos, *facere e praestare*, vinculam as atitudes do Estado, através de suas funções, levando-o a concretizar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, gerindo recursos, bem como administrando e criando meios de atender os anseios do legislador da Constituição.

Diante das prestações advindas da segunda geração, institucionaliza-se o artigo 6º da Constituição Federal, albergando, assim, os denominados direitos fundamentais sociais.

---

<sup>111</sup> Esta informação foi extraída da obra de Robert Alexy por Hermes Zaneti Júnior. In: ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 41.

<sup>112</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. atual. (até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010). São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 180.

<sup>113</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 128.

<sup>114</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. atual. (até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010). São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 287.

Dos núcleos normativos dos direitos referidos, compartimentalizados dentro do texto constitucional, “[...] decorrerão ramificações complexas de normas infraconstitucionais, elaboradas estrategicamente para a satisfação dos bens da vida declinados no artigo 6º da Constituição Federal”<sup>115</sup>.

Embora Ana Carolina Lopes Olsen formule um conceito formal e um material para direitos fundamentais sociais<sup>116</sup>, preferimos ficar com a bem elaborada e sintética definição de Osvaldo Canela Junior, que diz que tais direitos são aqueles “[...] institucionalizados, plasmados em uma Constituição. Esses direitos fundamentais sociais formam uma unidade, uma integralidade, porque a sua soma equivale à totalidade da dignidade da pessoa humana”<sup>117 118</sup>.

Sociais e fundamentais, esses direitos prescrevem mandamentos que vinculam as funções do Estado a, sem qualquer escusa, possibilitar à sociedade os bens destinados a melhorar-lhe a vida. Resta saber se essas normas que dizem respeito aos direitos sociais, constitucionais e de imediata aplicabilidade possuem eficácia suficiente para concretizar os direitos enumerados não somente no artigo 6º da Constituição, mas em todo o conjunto constitucional garantindo, desta forma, o núcleo mínimo existente em cada direito.

---

<sup>115</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 54.

<sup>116</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Efetividade Frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 33-45.

<sup>117</sup> CANELA JÚNIOR, op.cit., p. 54, nota 107.

<sup>118</sup> Interessante observar que, apesar de em 1934 as Constituições brasileiras incorporarem os direitos fundamentais sociais, “[...] a Constituição de 1988 é a primeira a afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, tendo aplicabilidade imediata”. PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas [...]*. CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53-69.

## CAPÍTULO 3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O MÍNIMO EXISTENCIAL

### 1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SUA EFICÁCIA

A ordem contida no § 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 não deixa dúvidas, “[...] as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata [...]”. Quando os comandos de aplicação imediata não são obedecidos pelo Legislativo ou pelo Executivo, constata-se que o núcleo mínimo, que protege a dignidade da pessoa humana e que está presente em cada direito social, não está sendo assegurado.

Visto que os Poderes estão entrelaçados constitucionalmente, o Poder Judiciário, guardião da Constituição, é instado, então, a intervir na esfera daquele Poder desobediente para prestar ao cidadão o mínimo de dignidade humana que lhe foi subtraído. Esse mínimo diz respeito, sobretudo, à implementação dos direitos sociais e ao mínimo existencial – que será conceituado posteriormente.

Quanto aos direitos sociais, estes são também fundamentais e, por isso, igualmente não escapam às diversas classificações que os doutrinadores insistem em fazer.

As considerações feitas pelos juristas implicam dar aos direitos sociais, observado o posicionamento de cada autor e considerando a Constituição a que estão amparados, a condição necessária para sua eficácia. A portuguesa Cristina Queiroz<sup>119 120</sup>, por exemplo, salienta que os direitos sociais

[...] usualmente, vêm caracterizados segundo diferentes ‘estratégias’, ‘métodos’ ou ‘técnicas’ de positivação:  
 - como tarefas legislativas (*Gesetzgebungsaufträge*),  
 - como determinações dos fins do Estado (*Staatzielbestimmungen*),  
 - como tarefas constitucionais (*Verfassungsaufträge*),

<sup>119</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 2006. p. 49-50.

<sup>120</sup> A autora portuguesa salienta que a distinção entre “direitos fundamentais de protecção”, direitos fundamentais sociais e direitos fundamentais de organização e procedimentos está no fato de que o primeiro possui “[...] característica identificativa radicada no bem fundamental a proteger, que essa protecção resulte garantida através de medidas defensivas em face a agressões provenientes dos poderes públicos, a agressões provenientes de outros cidadãos ou a agressões provenientes de sujeitos de direito internacional [...]”, já os direitos fundamentais sociais “[...] garantem a liberdade fáctica [...]”. “Deste modo, o objecto típico dos direitos fundamentais sociais vem constituído pelo chamado ‘mínimo de existência material’ (*materielle Existenzminimum*) como medida de menor grau de protecção [...]”. Ibid., p. 49-50.

- como princípios directivos (*Leitprinzipien*), ou
- como 'mandatos de optimização' (*Optimierungsgebote*).

Em relação à classificação dos direitos fundamentais sociais, Ana Carolina Lopes Olsen<sup>121</sup> os categoriza “[...] segundo sua funcionalidade [...]”, em direitos de defesa e direitos a prestações e aborda a norma de tais direitos como um feixe de posições jusfundamentais.

Interessante, para aclarar o raciocínio, esposar a distinção que Cristina Queiroz<sup>122</sup> faz entre direitos de defesa e direitos à prestação ao afirmar que

[...] *primo*, direitos subjetivos entendidos como ‘direitos de defesa’ (*Abwehrrechte*), residindo nesta sua dimensão a prioridade da sua acentuação jurídico-subjetiva;  
 - *secundo*, direitos subjetivos compreendidos como ‘direitos a prestações’ (*Leistungsrechte*), fundamentalmente a cargo do Estado e de outras entidades público-estaduais [...].

Ingo Wolfgang Sarlet, que considera as ideias destacadas pelo publicista Dieter Murswied<sup>123</sup>, por sua vez, salienta que

Quais das diferentes espécies de prestações efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais dependerá de seu reconhecimento e previsão em cada ordem constitucional, bem como de sua concretização pelo legislador, mesmo onde o Constituinte renunciar à positivação dos direitos sociais prestacionais [...]<sup>124</sup>.

Já a lógica da matriz liberal não considera os direitos sociais fundamentais, pois “[...] estão despojados do *status negativus*, e por isso não geram por si só a pretensão às prestações positivas do Estado [...]”<sup>125 126</sup>.

<sup>121</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Efetividade frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

<sup>122</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 2006. p. 45.

<sup>123</sup> Dieter Murswied dividiu as prestações sociais em quatro grupos: “a) prestações sociais em sentido estrito, tais como a assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino, etc.; b) subvenções materiais em geral, não previstas no item anterior; c) prestações de cunho existencial no âmbito da providência social (*Daseinsvorsorge*), como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de gás, luz, água, etc.; d) participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior, como por exemplo, a participação (no sentido de quota-parte), em recursos naturais de domínio público”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 283.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 284.

<sup>125</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na Era dos Direitos. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 243-342.

<sup>126</sup> Os *status*, em número de quatro, quais sejam: *status subjectionis* ou *status passivo*; *status negativus* ou *status libertatis*; *status civitatis* ou *status positivo*; e *status activus*, foram elaborados por Georg Jellinek em sua obra *Teoría General del Estado*. “Pelo *status negativus* ou *status libertatis*, ao indivíduo é reconhecido, por ser dotado de personalidade, uma esfera individual de liberdade imune à intervenção estatal. Assim, o indivíduo goza de um poder juridicamente delimitado no qual o Estado não pode interferir, salvo para garantir o exercício do próprio direito. Cuida-se de liberdades asseguradas em face do Estado, comportando uma situação negativa ou de garantia frente à

Robert Alexy<sup>127</sup>, transcendendo as classificações, diz que:

*El concepto de derecho a acciones positivas del Estado comprende derechos muy diversa índole, que pueden clasificarse asimismo de maneras muy diferentes. Una de ellas es la clasificación em 1) derechos de protección, 2) derechos a organización y procedimiento y 3) derechos fundamentales sociales. A pesar de lãs considerables diferencias em la estructura y em el contenido de estos derechos, hay um rasgo em común que justifica reunirlos em um solo grupo: todos ellos exigen acciones positivas. Para no conculcarlos, no basta com que el Estado se abstenga de intervenir em sus âmbitos de protección, por ejemplo em la vida, la libertad y la propiedad. El Estado debe hacer algo [grifo do autor].*

Enfatiza-se, assim, que a obrigação de fazer do Estado é motivada, sobretudo, pelo conteúdo da dignidade da pessoa humana, que também pode ser identificado como sendo parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais<sup>128</sup> que, como normas constitucionais, para serem aplicadas, prescindem de eficácia, “[...] ou seja, para que possa ser aplicada, a norma deve produzir efeitos jurídicos [...]”<sup>129</sup>. Diante disso, “[...] uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz [...]”<sup>130</sup>.

Interessante ressaltar a distinção que a doutrina faz entre eficácia jurídica e eficácia social. Esta “[...] consiste no fato de que a norma é efetivamente obedecida e aplicada [...]”<sup>131</sup>, realiza o Direito e confere desempenho concreto à sua função social<sup>132</sup>.

Já a eficácia jurídica consiste na “[...] capacidade de atingir os objetivos previstos na norma, isto é, na possibilidade de desencadear, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que se cogita [...]”<sup>133 134</sup>.

---

intromissão do Estado em determinadas matérias [...]”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. p. 559.

<sup>127</sup> ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. Traducción A. Daniel Oliver-Lalama. In: SIECKMAN, Jan-R. (Org.). **La Teoría Principalista de los Derechos Fundamentales**. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Buenos Aires: Marcial Pons, 2011. p. 118-135.

<sup>128</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 136.

<sup>129</sup> DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 82.

<sup>130</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2009. p. 60.

<sup>131</sup> DA CUNHA JÚNIOR, op.cit., p. 82, nota 122.

<sup>132</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 82.

<sup>133</sup> DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 82.

A eficácia jurídica e a social tendem a se complementar, porquanto, há necessidade de que a norma de direito fundamental atinja seus objetivos e que o Direito implemente sua função social. Todavia, segundo alguns autores, nem todas as normas têm condições de produzir todos os seus efeitos e de serem diretamente aplicadas<sup>135</sup>.

Assim, os juristas começaram a se preocupar com a classificação das normas constitucionais que, na doutrina norte-americana, se iniciou por Cooley, seguida no Brasil por Rui Barbosa<sup>136</sup>. “Esta doutrina distinguiu as normas constitucionais em *auto-executáveis* ou *auto-aplicáveis* (*self-executing provisions*) e não *auto-executáveis* ou *não auto-aplicáveis* (*not self-executing provisions*)”<sup>137138</sup> [grifos do autor].

Em que pese ser a classificação acima uma das pioneiras no Brasil e por certo ser alvo de ferrenhas críticas, há outros autores que também apresentam propostas para a classificação das normas constitucionais, tais como Maria Helena Diniz<sup>139</sup> e Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>140</sup>, que são aqui citados apenas como exemplos de outras tantas fontes de classificação.

---

<sup>134</sup> Interessando a eficácia jurídica ao Direito e a eficácia social à Sociologia, salutar é a conclusão de Dirley da Cunha Júnior de que “[...] toda norma jurídica é dotada de eficácia jurídica, mas nem toda norma jurídica é provida de eficácia social [...]”. Ibid., p. 85.

<sup>135</sup> Para Maria Helena Diniz, “A eficácia vem a ser a qualidade do texto normativo vigente de produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso [...]”. Continua a autora: “A eficácia diz respeito, portanto, ao fato de se saber se os destinatários da norma ajustam, ou não, seu comportamento em maior ou menor grau, às prescrições normativas, ou seja, se cumprem, ou não, os comandos jurídicos, se os aplicam ou não [...]”. DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 30.

<sup>136</sup> BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais**. Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988. 1. ed. (ano 2005). 5ª reimpressão (ano 2011). Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 157.

<sup>137</sup> Ibid., p. 157.

<sup>138</sup> Segundo Alessandra Gotti Bontempo, “[...] as normas constitucionais auto-executáveis identificavam-se com os preceitos dotados de aplicabilidade imediata, porque revestidas de plena eficácia jurídica. Já as normas constitucionais não auto-executáveis correspondia às normas indicadoras de princípios, não dotadas de eficácia imediata, que exigiam providências legislativas ulteriores para sua efetivação [...]”. Ibid., p. 157.

<sup>139</sup> DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>140</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

A evolução dos conceitos chegou até à classificação proposta por José Afonso da Silva, em sua monografia intitulada “Aplicabilidade das Normas Constitucionais” – marco na separação daquelas regras e opção para este trabalho<sup>141</sup>.

Em seus escritos, o autor arruma as normas constitucionais em uma tricotomia que consiste em normas de eficácia plena, contida ou limitada e reduzida<sup>142</sup> que, também, não passou despercebida às críticas<sup>143</sup>.

Escreve o autor que as normas de eficácia plena incluem todas as que produzem os efeitos essenciais queridos pelo constituinte, sem necessitar de qualquer normatização. As de eficácia limitada, por sua vez, apesar de produzirem todos os efeitos, contém em sua essência meios ou conceitos que mantêm, em certos limites e circunstâncias, sua eficácia contida. As normas de eficácia reduzida, no entanto, não produzem, com sua entrada em vigor, os efeitos programados pelo legislador constituinte, visto que este, não dissecando a matéria, deixou a cargo do legislador ordinário ou de outro órgão do Estado, sua normatividade<sup>144</sup>.

O mesmo autor divide as normas de eficácia limitada em dois tipos: as definidoras de princípio institutivo ou organizativo e as definidoras de princípio programático ou, simplesmente, programáticas. Estas são normas que traçam princípios a serem cumpridos, visando à satisfação dos fins sociais do Estado.

---

<sup>141</sup> Ingo Wolfgang Sarlet escreve que: “Após a vigência da Constituição de 1988, foi a Prof<sup>a</sup> Maria Helena Diniz quem formulou a mais atual proposta de sistematização das normas constitucionais no que tange aos seus efeitos [...]”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 248.

<sup>142</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2009. p. 82.

<sup>143</sup> Virgílio Afonso da Silva, filho de José Afonso da Silva, aponta alguns três questionamentos acerca da classificação proposta pelo pai, sobretudo no que diz respeito as normas de eficácia contida. O primeiro deles, o terminológico, diz respeito ao participio ‘contida’ da classificação proposta por José Afonso da Silva. Na visão de Virgílio, como as normas prevêm uma possibilidade de restrição, o vocábulo mais correto seria *contíveis*, *restringíveis* ou *reduzíveis*, ao invés de contida. O segundo questionamento feito por Virgílio Afonso da Silva à classificação das normas constitucionais elaborada pelo pai é no que tange ao caráter classificatório. Para o autor, que se baseia em Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a classificação seria apenas dúplice, e não tríplice. Assim, haveriam apenas as normas de eficácia plena e as de eficácia limitada, haja vista que, entre elas, não haveria diferença no plano da eficácia ou da aplicabilidade. O terceiro questionamento e o considerado mais importante para o autor, seria o caráter existencial das normas de eficácia contida, sobretudo porque, além de não fazer sentido distinguir normas que podem e não podem ser restringidas pela legislação ordinária, todas seriam, de certo modo, restringíveis pela legislação infraconstitucional. AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 223.

<sup>144</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2009. p. 82-83.

As normas definidas como programáticas<sup>145</sup> são, especificamente, onde se localizam os chamados direitos sociais<sup>146</sup>. Verifica-se, diante dessa afirmação, que os direitos sociais – por serem derivados das normas programáticas e por apenas traçarem princípios que vinculam os órgãos legislativo, executivo, jurisdicional e administrativo<sup>147</sup> – necessitariam de norma integradora para adquirirem verdadeira eficácia, porquanto não regulam interesses imediatos, por conta disso sua aplicabilidade não seria plena, muito menos, imediata.

O próprio José Afonso da Silva sustenta que as normas de direitos fundamentais são aplicáveis “[...] até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento [...]”<sup>148</sup>. Todavia, limitar direitos fundamentais a certas condições é dar ao cidadão apenas parte do seu direito, vinculado, por exemplo, à saúde financeira de determinadas instituições governamentais. Isso quando houver disciplina legal que os submetam à exigência diante do Poder Judiciário, por exemplo, já que, na visão do autor, as normas programáticas não possuem eficácia.

Observando o sistema jurídico como um conjunto de normas tendente à proteção e à efetivação dos direitos, a assertiva acima não deve se manter incólume, mormente observada a imperatividade advinda das normas constitucionais.

Acerca de sua aplicabilidade, intrigante é o pensamento de Norberto Bobbio<sup>149</sup>, sobretudo no que tange o campo dos direitos do homem. O autor considera que este é o lócus onde há a maior defasagem entre a posição da norma e sua aplicação efetiva e que essa defasagem é ainda mais profunda no que concerne ao campo dos direitos sociais. Tanto é assim, que afirma que na Constituição italiana essas normas que se referem aos direitos sociais foram chamadas ‘pudicamente’ de programáticas. Com isso, questiona:

Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proibem ou permitem, *hit et nunc*, mas ordenam, proibem

<sup>145</sup> Para Osvaldo Canela Junior: “Aquilo que se convencionou chamar de normas programáticas refere-se, a nosso ver, às normas vinculadas aos objetivos a serem alcançados pelo Estado, por meio de programas articulados e executados por intermédio das políticas públicas [...]”. CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

<sup>146</sup> AFONSO DA SILVA, op.cit., p. 118-138, nota 135.

<sup>147</sup> Osvaldo Canela Junior diz, admitindo a plena eficácia aos direitos fundamentais sociais, que “A norma integradora, portanto, não se destina a garantir a eficácia do direito fundamental social, mas a capacitar o Estado à sua satisfação espontânea [...]”. CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

<sup>148</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2009. p. 165.

<sup>149</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2004. p. 78.

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 confinados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o 'programa' é apenas uma obrigação moral ou no máximo, política, pode ser ainda chamado corretamente de direito?

A partir deste pensamento Norberto Bobbio lança o questionamento se os direitos sociais, embora constitucionais, seriam realmente direitos.

No entanto, mesmo Fernando Átria, que critica ferrenhamente a existência de tais direitos, buscando sua supressão do ordenamento jurídico para serem igualados aos direitos civis e políticos, admite, ainda assim, serem os direitos sociais, efetivamente, direitos<sup>150</sup>.

Vimos que “[...] os direitos fundamentais nada mais são do que direitos erigidos ao nível internacional [e nacional] para a proteção da dignidade humana, positivados em uma Constituição [...]”<sup>151</sup>. Confirmados na Carta Magna, portanto, não cabe o questionamento acerca da qualidade de direitos dos direitos sociais. Uma vez que, se pertencentes à Constituição, são constitucionais; logo, sua exigibilidade deve ser reconhecida. Constatada essa característica, sua eficácia, por consequência, é a concretização; eficácia, portanto.

O problema está em atribuir eficácia às normas programáticas fundamentais que inculpem os direitos sociais na Constituição, sobretudo na Constituição de 1988. Destinadas aos Poderes Públicos para implementação de seus comandos, as normas programáticas são dotadas de imperatividade suficiente para, inclusive, serem exigidas coativamente. O que elas deixam livre é a escolha dos meios para sua efetivação<sup>152</sup> e não o momento para o reconhecimento de seu comando imperativo.

---

<sup>150</sup> “Como os direitos sociais são reconhecidos como direitos (isto é, aparecem como tais nos catálogos de praticamente todas as constituições ocidentais), a conclusão forçosa é que eles são tão acionáveis como os direitos civis e políticos. Estritamente, todos eles são *igualmente* acionáveis, porque sua acionabilidade vem dada pelo fato de que sejam reconhecidos (ou configurados) no sistema jurídico como *direitos*. Por assim dizer, o que os faz acionáveis é que sejam *direitos*, independentemente de serem ou não sociais [...]”. ÁTRIA, Fernando. *Existem direitos sociais*. In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). **Os Desafios dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2005. p. 33.

<sup>151</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62.

<sup>152</sup> Eis a opinião de Regina Macedo Nery Ferrari: “[...] a programaticidade das normas constitucionais não quer dizer falta de imperatividade, mas apenas que elas, ao estabelecerem um princípio, um fim, uma tarefa, deixam livre a escolha dos meios para sua efetivação, o que em nenhum momento quer dizer que não imponham um comportamento, que pode, se não observado, ser exigido coativamente

José Afonso da Silva afirma terem as normas programáticas eficácia jurídica imediata, direta e vinculante em apenas alguns casos<sup>153</sup>. Luís Roberto Barroso, seguindo a mesma linha, admite que as normas programáticas conferem, objetivamente, alguns efeitos imediatos e, sobre o ângulo subjetivo do administrado, outros.

É possível observar que os dois autores outorgam às normas programáticas de direitos sociais situações subjetivas negativas, tanto para o legislador, quanto para a Administração. Esta, frente à situação subjetiva negativa imposta, não pode escapar aos seus princípios, programas e limites. Assim, esta situação não confere ao administrado uma prestação positiva, visto que a ele apenas é proporcionada “[...] uma possibilidade de invalidação dos atos, decorrentes daquelas atividades, quando contrários aos ditames das normas programáticas [...]”<sup>154</sup>.

Assim, disse José Afonso da Silva<sup>155</sup> que,

Se não se tem o direito subjetivo no seu aspecto positivo, como poder de exigir uma prestação fundada numa norma constitucional programática, surge ele, porém, em seu aspecto negativo, como possibilidade de exigir que o Poder Público não pratique atos que a contravenham [...].

Todavia, essa possibilidade de confrontação do administrado em face dos atos contrários aos ditames das normas programáticas, praticados pelo Poder Público, também não dá plena eficácia às normas de direitos sociais, porquanto os cidadãos estariam limitados a apenas fiscalizar e combater os atos que, de uma forma ou de outra, fossem contrários àquelas normas. Estas, então, não teriam o poder de conceder a seus beneficiários a exigência de qualquer interesse nelas sedimentados.

---

[...]”. FERRARI, Regina Maria Nery. **Normas Constitucionais Programáticas** – Normatividade, Operatividade e Efetividade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>153</sup> São eles: “I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem [...]”. AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2009. p. 164.

<sup>154</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2009. p. 165.

<sup>155</sup> Ibid., p. 177.

Interessante observar que o próprio Superior Tribunal de Justiça segue esse entendimento, limitando, pois, a tutela jurisdicional perseguida por meio das normas programáticas<sup>156</sup>.

Mas, com a evolução do Estado ao Estado Democrático de Direito, é inadmissível que as normas constitucionais não detenham eficácia plena, limitando a atuação daqueles que são seus destinatários por evidência – o povo.

Daniel Sarmento diz que hoje, “[...] em todo o país, tornaram-se freqüentes as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados [...]”<sup>157</sup>. Essa inversão vem pautada, como dito à sociedade, na ascensão do Estado Democrático de Direito e nos objetivos fundamentais presentes no artigo 3º da Carta Magna de 1988.

Junto a esses objetivos fundamentais e do esforço do Estado em concretizá-los, aglutina-se a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, consoante dispõe o inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, regida, também, no plano internacional, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, localizado no inciso II do artigo 4º da Carta Magna.

---

<sup>156</sup> Da ementa do ROMS 6564/RS, da relatoria do eminente Ministro Demócrito Reinaldo, extrai-se o seguinte: “normas constitucionais meramente programáticas – *ad exemplum*, o direito à saúde – protegem um interesse geral, todavia, não conferem aos beneficiários desse interesse o poder de exigir sua satisfação – pela via do *mandamus* – eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o *munus* de completá-las através da legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da cf) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolverem-se integralmente, ‘ou não dispõem de eficácia plena’, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe ‘todos tem direito e o estado o dever’ – dever de saúde – como afiançam os constitucionalistas, ‘na realidade todos não tem direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o estado devedor não se fundamenta em *vinculum juris* gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes’. No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas. Recurso a que se nega provimento. Decisão indiscrepante”. STJ - ROMS 6.564 / RS – Primeira Turma – Data de julgamento: 23/05/1996 – Publicado no DJ de 17/06/1996, página 21448. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2011.

<sup>157</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de constitucional**. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 4. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2010. p. 389-427.

Assim, contrariando a posição dos autores que elegem as normas programáticas como princípios, encontra-se a tese defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>158</sup> que ressalta que

As disposições constitucionais relativas à Justiça Social não são meras exortações ou conselhos, de simples valor moral. Todas elas são – inclusive as programáticas – comandos jurídicos e, por isso, obrigatórias, gerando para o Estado deveres de fazer ou não-fazer [...].

Afirma, ainda, que “[...] toda a ordenação jurídica do país assim sendo todos os atos concretos do Poder Público interferentes com a ordem econômica e social, para serem legítimos, deverão estar comprometidos com a realização da Justiça Social [...]”<sup>159</sup>. Diante disso, prossegue o autor<sup>160</sup>:

Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da expressão [...].

Os direitos subjetivos conceituados pelo autor, na ‘acepção mais comum da expressão’, dizem respeito, diretamente, à “[...] possibilidade de o titular do direito reclamar perante um juiz ou tribunal o cumprimento das obrigações que derivam deste direito [...]”<sup>161</sup>, ou seja, prioriza-se a justiciabilidade dos direitos sociais no que tange, especialmente, a prestações positivas<sup>162</sup> impostas diretamente ao Estado.

Para sustentar a tese, basta a simples constatação de que as normas constitucionais são jurídicas. As programáticas, então, “[...] compartilham elas ao menos do elemento mais essencial da normatividade: também elas pretendem produzir efeitos que deverão ser levados a cabo coativamente, se necessário [...]”<sup>163</sup>.

<sup>158</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2010. p. 55.

<sup>159</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2010. p. 55

<sup>160</sup> Ibid., p. 56.

<sup>161</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 2006. p. 148.

<sup>162</sup> Estas prestações positivas dos direitos sociais se desenvolvem, segundo Jorge Reis Novais, “[...] no quadro dos deveres estatais de promoção, ou seja, aquela dimensão que coloca o Estado perante a obrigação jurídica de desenvolver uma actuação positiva de promoção do acesso individual ao bem jusfundamental, de prestação de algo aos titulares do direito em ordem a criar, manter ou incrementar o respectivo acesso aos bens económicos, sociais ou culturais protegidos pelos direitos sociais. Por sua vez, e à medida da vinculatividade jurídica que se reconhece a esses deveres e obrigações do Estado, deles resultam para os particulares as correspondentes pretensões ou direitos subjectivos positivos às referidas prestações estatais [...]”. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 189.

<sup>163</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 46.

Esses comandos fundamentais amarram os Poderes Públicos, visto que, em um primeiro momento, são a eles destinados. Ao legislador, porque podem necessitar de concretização legislativa; ao administrador, para implementar as políticas públicas estatuídas naquelas normas; e aos juízes, para que apreciem as demandas advindas da consolidação ou não das ordens oriundas dos dispositivos constitucionais<sup>164</sup>.

Oswaldo Canela Júnior<sup>165</sup> acrescenta que

A manutenção da integralidade dos direitos fundamentais é condição indispensável para a garantia da dignidade da pessoa humana. Logo, a admissão de que determinados direitos fundamentais, sobretudo os sociais, não possuem plena eficácia representa a declaração de que o cidadão brasileiro não possui o direito a integralidade da dignidade humana. É o reconhecimento, absolutamente equivocado, de que as formas de expressão do poder estatal dispõem da faculdade de, arbitrariamente, eleger os direitos fundamentais que farão parte do patrimônio jurídico do cidadão [...].

Assim, o entendimento adotado neste estudo é que, mesmo que sejam inexistentes normas positivadas que noticiem a especificação dos direitos sociais constitucionalmente garantidos – observada a vinculação dos Poderes Públicos e o princípio da aplicabilidade imediata – nota-se que a eficácia, não somente dos direitos sociais, mas de todos os direitos fundamentais, não é limitada a normas infraconstitucionais<sup>166</sup> – no caso das normas programáticas –, e sim, plena.

Também pode ser atribuída ao Poder Judiciário a efetivação das normas programáticas que estatuem os direitos sociais, pois no caso concreto de uma desobediência dos preceitos constitucionais, aquele Poder está investido no “[...] poder-dever de aplicar imediatamente as normas jurídicas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando a plena eficácia das normas programáticas e,

---

<sup>164</sup> BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais**. Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988. 1. ed. (ano 2005) 5ª reimpressão (ano 2011). Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 192.

<sup>165</sup> CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59.

<sup>166</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, também concordando com a afirmativa, escreve que: “Em outros termos, a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF não teria o condão de impedir que as normas de direitos fundamentais carentes de concretização venham a alcançar sua plena eficácia tão-somente após uma *interpositio legislatoris*, não gerando, antes que tal ocorra, direito subjetivo para o titular [...]”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 264.

de consequência, dos direitos sociais [...]”<sup>167</sup> <sup>168</sup>. Até porque, “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]”<sup>169</sup>.

## 2 DIREITOS SOCIAIS IMEDIATAMENTE JUDICIALIZÁVEIS: EFICÁCIA PLENA

A aplicação imediata dos direitos fundamentais vem estampada, como dito, no § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, conferindo eficácia plena aos seus destinatários. O Capítulo II do Título II da Carta Magna é inaugurado pelo artigo 6º<sup>170</sup>, que diz que “[...] são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados [...]”.

A partir do momento em que a Constituição vincula o Estado a uma prestação de fazer<sup>171</sup>, como é observado no caso dos direitos sociais, nasce para o cidadão um direito subjetivo a essa pretensão<sup>172</sup>. Assim, o cidadão se vê diante da possibilidade

<sup>167</sup> Idem. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 248.

<sup>168</sup> Escreveu Dirley da Cunha Júnior: “O reconhecimento de um *direito fundamental à efetivação da constituição* conduz ao entendimento de que o *princípio da aplicabilidade direta e imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais* se estende a todas as normas da Constituição, acarretando um *superlativo reforço jurídico* da eficácia dessas normas [...]” [grifos do autor]. Continua o autor dizendo: “[...] as normas definidoras de direitos fundamentais, sem exceção, têm aplicabilidade imediata, independentemente de concretização legislativa, o que permite que o titular do direito desfrute imediatamente da posição jurídica por ele consagrada. Na hipótese de eventual omissão estatal, impeditiva do gozo desses direitos, pode e deve o Judiciário, como Poder apto a proporcionar a realização concreta dos comandos normativos, quando provocado por qualquer meio processual adequado, suprir aquela omissão, completando o preceito consignador de direitos diante do caso concreto [...]”. DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. ampl. atual. conforme a Emenda Constitucional n. 67/2010. Bahia: Editora Juspodivm, 2011. p. 664.

<sup>169</sup> Inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

<sup>170</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 set. 2011.

<sup>171</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 215.

<sup>172</sup> Escreveu Maria do Socorro Azevedo de Queiroz: “Nesse sentido, concluímos que, diante das normas definidoras de direitos fundamentais sociais prestacionais inseridas na Constituição do Brasil e tendo certo que expressam disposições de princípios, os jurisdicionados estão investidos na posição jurídica subjetiva positiva; têm direitos subjetivos em sentido forte à prestação nelas contida, ‘à primeira vista’, em sentido amplo, se, diante de outros direitos e/ou bens, não houver razões mais fortes para sua delimitação e que, ante as omissões de concretização legislativa e executiva, ao Judiciário é dado definir os limites do conteúdo em si dos direitos fundamentais sociais prestacionais, podendo estes ser justiciados diretamente [...]”. AZEVEDO DE QUEIROZ, Maria do Socorro.

de transformação não só da sociedade através do Direito, mas da melhoria de sua própria qualidade de vida por meio do ordenamento jurídico.

Essa mudança, coletiva ou individual, nasce porque está presente, para o sujeito de direitos, a justicialidade. Como a doutrina não é pacífica quanto à acepção de tal termo, cumpre definir, limitando-se às fronteiras deste trabalho, o melhor conceito aplicável ao panorama jurídico brasileiro.

Cristina Queiroz, cujo livro trata especificamente dos direitos fundamentais sociais, afirma que “[...] por ‘justiciabilidade’ entende-se a possibilidade de o titular do direito reclamar perante um juiz ou tribunal o cumprimento das obrigações que derivam desse direito [...]”<sup>173</sup>. Todavia, não basta a simples possibilidade da reclamação do direito perante um juiz ou tribunal, é necessário, ainda, que o reclamante seja detentor do direito material que pleiteia; caso contrário, fará jus somente à ferramenta processual adequada para obter o acesso à justiça.

Por isso, Kazuo Watanabe<sup>174</sup>, ao que parece, contrariando o conceito trazido pela jurista portuguesa, afirma que o que se quer explicitar com o conceito de justiciabilidade,

[...] não é o requisito para acesso à justiça ou para o exame do mérito da ação, e sim o requisito para o *acolhimento, pelo mérito, da pretensão de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais*, ou seja, a efetiva existência do direito fundamental social tutelável jurisdicionalmente. É um qualificativo do direito material. O direito de ação é incondicionado, como é cediço. E não havendo a ausência de alguma condição da ação inexistiria obstáculo à apreciação do mérito da ação em que se reclame a tutela jurisdicional de algum direito fundamental social [...] [grifo do autor].

Esse qualificativo do direito material, afirmado pelo autor, diz respeito, especificamente, à tutela principal perseguida pelo reclamante frente ao Poder Judiciário quando há omissão dos demais poderes na concretização dos direitos sociais constitucionalmente previstos.

O impasse se coloca em saber se há direitos fundamentais sociais que, não sendo dotados de determinado grau de essencialidade, podem ser imediatamente judicializáveis sem qualquer tipo de questionamento em juízo, em especial a

---

**Judicialização dos direitos sociais prestacionais.** A Efetividade pela Interdependência dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 106.

<sup>173</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais.** Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 2006. p. 49-50.

<sup>174</sup> WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; \_\_\_\_\_. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 213-224.

indagação sobre a reserva do possível, que está diretamente ligada à concretização do direito reclamado por meio dos recursos disponíveis do Estado.

Kazuo Watanabe<sup>175</sup> responde positivamente à questão dizendo, inclusive, que

Alguns desses direitos [...] estão definidos em normas constitucionais com **densidade suficiente** para poderem ser havidas como explicitadoras de política pública de implementação obrigatória pelos órgãos do Estado, independentemente de prévia ponderação complementar, seja do Legislativo, seja do Executivo [...] [grifo do autor].

O jurista da Universidade de São Paulo, admitindo determinado grau de essencialidade de alguns direitos constitucionais, apresenta, como exemplo de postulações jurisdicionais inquestionáveis pela reserva do possível, o § 2º do artigo 230 da Constituição Federal de 1988 e alguns direitos dos trabalhadores rurais enumerados no artigo 7º da Carta Magna<sup>176</sup>, que também independeriam de qualquer indagação do Executivo e do Legislativo.

Assim, esses direitos constitucionais seriam, de plano, exequíveis pelo cidadão que os requeresse judicialmente, caso, obviamente, o Estado não os colocasse à disposição do reclamante.

Cristina Queiroz, salientando a vinculação do Estado à Constituição, diz que “[...] a medida e a intensidade da respectiva vinculação jurídica depende do carácter mais concreto ou mais abstracto, mais determinado ou menos determinado, com que a norma resulte formulada [...]”<sup>177</sup>, sem olvidar, contudo, dos respectivos destinatários.

Sustenta ainda a autora, que não há como determinar o núcleo do direito às prestações, haja vista, que os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional não possuem um “[...] objecto determinado [...]”<sup>178</sup>. Dessa maneira, “[...] os direitos a prestações, regra geral, não se encontram vinculados a um ‘objecto’ externo, pelo que o seu conteúdo – a ‘prestação’ – deve ser fixado por lei [...]”<sup>179</sup>.

Mesmo que se possa, em tese, fixar o conteúdo do direito prestacional por meio da lei, essa determinação do objeto do núcleo daquele direito, é alcançada, no caso concreto, pelo conceito e constatação do mínimo existencial presente em cada

<sup>175</sup> WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; \_\_\_\_\_. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 213-224.

<sup>176</sup> Ibid., p. 213-224.

<sup>177</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 2006. p. 64

<sup>178</sup> Ibid., p. 66.

<sup>179</sup> Ibid., p. 66.

direito fundamental, independentemente da teoria de classificação do mínimo que se utilize.

Com isso, temos aqueles direitos que “[...] correspondem ao núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana e configuram o chamado ‘**mínimo existencial**’ [...] [grifo do autor]”<sup>180</sup>, e aqueles descritos em normas constitucionais de densidade suficiente e não incluídos no mínimo existencial. Estes direitos são imediatamente judicializáveis e independem de prévia política pública traçada pelo Executivo ou pelo Legislativo<sup>181</sup>.

Nesse mesmo critério de justiciabilidade, entram as normas programáticas que preveem os demais direitos constitucionais sociais, excluídos daqueles acima relatados. Porém, aquelas normas, embora contenham plena eficácia, estatuem direitos que, na concepção de Kazuo Watanabe, dependem de prévia ponderação “[...] por meio de política pública específica, dos demais Poderes do Estado [...]”<sup>182</sup>.

Entretanto, ainda remanesce a necessidade de se estudar, pormenorizadamente, o conceito de mínimo existencial e os direitos que o integram, haja vista que há autores, como Virgílio Afonso da Silva, que não consideram o mínimo existencial como correspondente aos direitos que, embora integrem, compõem o núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana.

O autor chega a dizer que o princípio é usado como “[...] ‘guarda-chuva’, embaixo do qual diversas situações, que poderiam ser resolvidas por meio do recurso a outras garantias constitucionais e até mesmo infraconstitucionais, acabam sendo amontoadas em busca de proteção”<sup>183</sup>. Assim, salienta a popularização desse princípio, haja vista que “[...] quanto mais se recorre a um argumento sem que ele seja necessário, maior é a chance de uma banalização de seu valor”<sup>184</sup>.

Desta maneira, é necessário um estudo mais aprofundado do conceito do mínimo existencial e dos direitos que o compõem, sobretudo para delimitá-lo como

---

<sup>180</sup> WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; \_\_\_\_\_. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 213-224.

<sup>181</sup> WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; \_\_\_\_\_. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 213-224.

<sup>182</sup> Ibid., p. 213-224.

<sup>183</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 193.

<sup>184</sup> Ibid., p. 195.

pressuposto à intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas – o que se tentará demonstrar no próximo tópico.

### 3 MÍNIMO EXISTENCIAL – CONCEITO.

Já se destacou neste trabalho que “[...] os direitos fundamentais nada mais são do que direitos erigidos ao nível internacional [e nacional] para a proteção da dignidade humana, positivados em uma Constituição [...]”<sup>185</sup>.

O mínimo existencial, que doravante se quer conceituar, leva a uma ideia imaginária de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sobretudo daqueles que, não garantidos integralmente, avalizem, pelo menos, a quantia mínima de dignidade ao cidadão.

Assim, a própria Constituição Federal forneceria alguns critérios para início de identificação dos direitos que integrariam o mínimo existencial. Por exemplo, o conteúdo essencial do direito à educação – embora a Constituição Federal assegure a progressiva universalização do ensino médio gratuito e o acesso ao ensino superior<sup>186</sup> – seria a educação básica e creche, haja vista sua obrigatoriedade. Deste modo, segundo Ricardo Lobo Torres<sup>187</sup>, encontraríamos a fundamentalidade do direito à educação.

Não é intuitivo que o mínimo existencial corresponda ao núcleo essencial de cada direito social, devendo este mínimo, portanto, ser intangível e “[...] indisponível pelo legislador e imune aos constrangimentos da reserva do financeiramente possível

---

<sup>185</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62.

<sup>186</sup> Incisos I e IV da Constituição Federal de 1988.

<sup>187</sup> Interessante dizer que Ricardo Lobo Torres faz uma distinção entre direitos sociais e direitos fundamentais sociais e que somente o núcleo dos por ele denominados direitos sociais possuiria o caráter da fundamentalidade, sendo, portanto, exigível em face do Estado. “Os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos *interesses fundamentais* ou pela *jusfundamentalidade*. A ideia de mínimo existencial, por conseguinte, coincide com a de direitos fundamentais sociais em seu núcleo essencial” [grifos do autor]. TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 42.

[...]”<sup>188</sup>. O que nos resta saber é quais os direitos e o que compõe esse núcleo inatingível, essencial e duro de cada direito social.

Uma vez salientada a comum relação entre o mínimo existencial e o conteúdo essencial do direito fundamental analisado no caso concreto, é importante destacar que o mínimo existencial pode albergar diversos sentidos e, dependendo da adoção de um deles, pode assumir diversas variáveis. Por exemplo, para Virgílio Afonso da Silva o conceito de mínimo existencial assume três vertentes, sendo a primeira, “[...] aquilo que é garantido pelos direitos sociais – ou seja, os direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial [...]”<sup>189</sup> – desta forma, um direito social seria garantido, todavia, garantido de forma integral.

A segunda, “[...] aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, é justiciável [...]”<sup>190</sup> – significando que, embora os direitos sociais possam garantir mais, o Poder Judiciário controlará somente a realização do mínimo existencial. O remanescente será mera questão de política legislativa.

E a terceira: “[...] o mesmo que conteúdo essencial – isto é, um conceito que não tem relação necessária com a justiciabilidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito social”<sup>191</sup>.

Além das três vertentes citadas, o mínimo existencial pode ser, ainda, observado sob outro prisma e considerado como um conjunto de direitos a prestações mínimas fornecidas pelo Estado, ligado diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 200.

<sup>189</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 204.

<sup>190</sup> Ibid., p. 204.

<sup>191</sup> Ibid., p. 204.

<sup>192</sup> Interessante ressaltar que Otto Bachof foi o primeiro jurista a sustentar a possibilidade do reconhecimento do direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna, considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana “[...] não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada”. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: \_\_\_\_\_; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-50.

Nesta linha de pensamento Ana Paula Barcellos<sup>193</sup> garante que “[...] o chamado mínimo existencial [é] formado pelas condições materiais básicas para a existência [e] corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica positiva ou simétrica [...]”<sup>194 195 196</sup>.

Para Kazuo Watanabe – que defende que o mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos sociais, embora diga que a fundamentalidade dos direitos sociais não está reduzida ao mínimo existencial –, a fração nuclear da dignidade da pessoa humana é assegurada “[...] por um extenso elenco de direitos fundamentais sociais, tais como direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistencial social, ao acesso à justiça<sup>197</sup>, à moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção à maternidade e à infância”<sup>198</sup>.

---

<sup>193</sup> “O efeito pretendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna. Como é corriqueiro acontecer com os princípios, embora esse efeito seja indeterminado a partir de um ponto (variando em função de opiniões políticas, filosóficas, religiosas etc.), há também um conteúdo básico, sem o qual se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade”. BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 304-305.

<sup>194</sup> *Ibid.*, p. 292.

<sup>195</sup> Luis Roberto Barroso ensina: “*Eficácia jurídica positiva ou simétrica* é o nome pelo qual se convencionou designar a eficácia associada à maioria das regras. Embora sua enunciação seja bastante familiar, a aplicação da eficácia positiva aos princípios ainda é uma construção recente. Seu objetivo, no entanto, seja quando aplicável a regras, seja quando aplicável a princípios, é o mesmo: reconhecer àquele que seria beneficiado pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal [...]” [grifo do autor]. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. [S.l.: s.n.], 2009, p. 379.

<sup>196</sup> Flávia Piovesan destaca: “O valor da dignidade humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração e interpretação do sistema constitucional [...]”. CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 54.

<sup>197</sup> Ana Paula Barcellos também considera o acesso à justiça como parte do núcleo da dignidade da pessoa humana expondo que: “Em um Estado de Direito, [...] não basta a consagração normativa: é preciso existir uma autoridade que seja capaz de impor coativamente a obediência aos comandos jurídicos. Dizer que o acesso à Justiça é um dos componentes do núcleo da dignidade da pessoa humana significa dizer que todas as pessoas devem ter acesso a tal autoridade: o Judiciário. BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 340.

<sup>198</sup> WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; \_\_\_\_\_. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 219.

No mesmo diapasão, Ricardo Lobo Torres<sup>199</sup> diz que o mínimo existencial, por não ter dicção constitucional, deve ser procurado

[...] na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.

Continua o autor dizendo que “[...] só os direitos da pessoa humana, referidos a sua existência em condições dignas, compõem o mínimo existencial [...]”<sup>200</sup>. Entretanto, esses componentes do mínimo existencial são extremamente difíceis de serem delimitados e sua extensão torna-se quase impossível precisar.

Embora Ana Paula Barcellos se esforce para atribuir ao mínimo existencial elementos objetivos, ainda assim é complicado tentar manter estagnado o conteúdo essencial de cada direito fundamental<sup>201</sup>, haja vista, sobretudo, as influências que aquele sofre externamente.

Essa dificuldade na determinação dos componentes do mínimo existencial ocorre haja vista a adoção, nos conceitos acima expostos, da teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e da teoria interna de restrições dos direitos fundamentais ao invés da teoria relativa e da teoria externa. Diante disso, nos próximos tópicos essas e outras teorias serão abordadas com o intuito de auxiliar na formulação do conceito de mínimo existencial.

---

<sup>199</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 36.

<sup>200</sup> Interessante observar as comparações que Ricardo Lobo Torres faz das expressões que dizem respeito ao mínimo existencial, se referindo, por exemplo, à Lei nº 8.742/93 – mínimos sociais; ao “*social minimum*”, de John Rawls; e ao “*Existenzminimum*”, no direito alemão, agrupando-os e dizendo que todos estes integram o conceito de direitos fundamentais. “Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas. O direito é mínimo do ponto de vista objetivo (universal) ou subjetivo (parcial). É objetivamente mínimo por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens, independentemente de suas condições de riqueza; isso acontece, por exemplo, com os direitos de eficácia negativa e com direitos positivos como o ensino fundamental, os serviços de pronto-socorro, as campanhas de vacinação pública, etc. Subjetivamente, em seu *status positivus libertatis*, é mínimo por tocar parcialmente a quem esteja abaixo da linha de pobreza”. *Ibid.*, p. 35-36.

<sup>201</sup> Escreve Ana Paula Barcellos que: “É perfeitamente possível e desejável, por precedentes judiciais, que a doutrina se ocupe de construir os sentidos próprios de cada direito, propondo parâmetros ou *standards* específicos capazes de identificar o que deve ser considerado como prerrogativa essencial de cada direito, o que pode sofrer restrição, em que circunstâncias isso pode acontecer, dentre outros elementos necessários para a compreensão mais precisa dos direitos. Esse esforço hermenêutico contínuo não produzirá um núcleo duro nem permanente ou não-histórico, mas fornecerá um núcleo suficientemente consistente para funcionar como limite à atuação do intérprete e proteger em alguma medida os direitos fundamentais de ações arbitrárias e abusivas [...]”. BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 145.

Do mesmo modo, a partir dos conceitos analisados, foi percebida a tendência à convergência, em maior ou menor grau, para a ideia de que o mínimo existencial relaciona-se com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais<sup>202</sup>, lente para a discussão e exposição das teorias que se pretende abordar a seguir.

### a) As teorias interna e externa – Restrições a direitos fundamentais.

O problema da delimitação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais passa, em primeiro momento, pela adoção de uma das teorias que dizem respeito a “[...] reconstrução da relação entre os direitos e seus limites ou restrições”<sup>203</sup>.

Doravante expostas, as teorias interna e externa não são criação da dogmática dos direitos fundamentais. No entanto, mesmo pertencentes ao direito civil, elas têm suscitado, naquela esfera, intensos debates, “[...] sobretudo na França, entre Planiol, e Ripert, de um lado, e Josserand, de outro”<sup>204</sup>.

Virgílio Afonso da Silva, que aponta em seu trabalho as diferenças entre as teorias acima citadas, diz que na teoria interna, além de se admitir somente um objeto – o direito e seus limites – o processo de definição dos direitos também é algo interno. O autor diz, ainda, que “[...] é sobretudo nessa perspectiva que se pode falar em *limites iminentes*” [grifo do autor]<sup>205 206</sup>. Desta maneira, por ser um processo interno, a

---

<sup>202</sup> Segundo Jorge Reis Novais há ainda uma identificação entre mínimo social e mínimo existencial “[...] a que deveriam poder aceder todos os que, por si sós, por incapacidades próprias ou razões circunstanciais, não disponham do necessário a uma sobrevivência condigna e que, de resto, reduz a esse mínimo de prestações materiais e de estruturação de estabelecimentos e serviços públicos essenciais todo o alcance jusfundamental, positivo e negativo, dos direitos sociais [...]”.NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 194.

<sup>203</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 127.

<sup>204</sup> Ibid., p. 127.

<sup>205</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 128.

<sup>206</sup> Sobre os limites iminentes, Ana Paula Barcellos diz que “[...] a doutrina não apresenta um método específico para determinar esses limites; sua percepção é considerada quase intuitiva e está relacionada com a evidência desses limites para o senso comum. Note-se, ainda, que toda a discussão sobre os limites iminentes repercute apenas sobre os conflitos ou colisões envolvendo enunciados que afetem direitos fundamentais, e não sobre todo e qualquer conflito normativo”. Continua a autora dizendo que os limites iminentes “[...] já estão contidos no próprio direito, portanto, não se cuida de uma restrição imposta a partir do exterior”. BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 59-62.

fixação dos limites dos direitos, sejam eles fundamentais ou não, não sofre influência de aspectos externos, tampouco admite provocação pela colisão com outros direitos.

Assim, a definição dos direitos fundamentais, quando submetidos a esta teoria, tem sempre a estrutura de regra<sup>207</sup>, ou seja, tais direitos serão conhecidos sempre de antemão, imutáveis diante do caso concreto<sup>208</sup>.

Desta forma, se determinada pessoa exerce o direito fundamental que lhe é constitucionalmente outorgado e esse direito e sua extensão são definidos pela teoria interna, a garantia desse direito deverá ser observada na íntegra, não se admitindo a participação do direito em um eventual, e talvez necessário, processo de sopesamento<sup>209</sup>.

Assim, a teoria interna, que se baseia em um suporte fático restrito<sup>210</sup> para os direitos fundamentais, não admite, como dito, influência externa. O que há, na prática, é a

---

<sup>207</sup> Ensina Cristina Queiroz: “Mesmo que não se reconheça o direito fundamental social como direito subjetivo, a preservação do ‘mínimo de existência condigna’ é sempre qualificada de ‘direito subjetivo’, acabando assim por vir garantir nos mesmos termos dos direitos fundamentais de defesa. Essa ‘posição mínima definitiva’, não sendo juridicamente delimitável em abstracto, acaba por resultar essencialmente protegida através de uma ‘regra’ como ‘mandato definitivo’. O que significa, à luz da ‘teoria dos princípios’, que a forma da sua aplicação não é a ‘ponderação’, mas a ‘subsunção’. O ‘conteúdo mínimo’ do direito é ‘fixado’ independentemente de um processo de ponderação. Esse conteúdo retira-se do enunciado lingüístico ou da vontade do legislador constituinte [...]”. QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 2006. p. 150-151.

<sup>208</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 129.

<sup>209</sup> Ibid., p. 130.

<sup>210</sup> Interessante destacar algumas conceituações de suporte fático trazidas por Virgílio Afonso da Silva e suas diferenciações, relevantes ao presente estudo. O suporte fático abstrato que “[...] é o formado, em linhas gerais, por aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica. *Suporte fático concreto*, intimamente ligado ao abstrato, é a ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, julgou” [grifos do autor]. O autor aponta, como forma de conceituar o suporte fático restrito, que a doutrina recorre a estratégias ou conceitos para, de antemão, excluir “[...] determinadas condutas do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais. Em geral, todos eles [os autores que tratam deste conceito] costumam ter pelo menos dois pontos em comum: (a) a busca pela essência de determinado direito ou determinada manifestação humana e (b) a rejeição da idéia de colisão entre direitos fundamentais”. No que tange ao suporte fático amplo, o autor salienta que esse modelo de restrição está isento de todas as tarefas do suporte fático restrito, “[...] já que o decisivo, a partir desse modelo, não é o trabalho com o âmbito de proteção ou com o conceito de intervenção estatal, mas com a argumentação possível no âmbito da fundamentação constitucional das intervenções. De uma certa forma, o que ocorre é um deslocamento do foco da argumentação: ao invés de um foco no momento da definição daquilo que é protegido e daquilo que caracteriza uma intervenção estatal, há uma concentração da argumentação no *momento da fundamentação da intervenção*” [grifo do autor]. AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 94.

possibilidade de se fundamentar a restrição de direitos nessa teoria, “a partir de dentro”<sup>211</sup>.

Para fins de delimitação do conceito de mínimo existencial, a teoria interna, com sua ideia de núcleo absoluto de direitos fundamentais imediatamente exigíveis – independente de lei ou decisão judicial – e isenta de ponderação, parece se encaixar sem arestas no presente estudo.

Entretanto, tal teoria, com seus limites imanentes e a adoção do pressuposto fático restrito das normas de direitos fundamentais, dificulta a definição e a própria percepção do que realmente é protegido.

A mera citação de “vida digna” ou do “princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>212</sup> nos conceitos de mínimo existencial não é suficiente para delimitar o âmbito de proteção do direito analisado. A questão passa, novamente, pelo exemplo do direito à educação fundamental – mínimo existencial do direito à educação – garantido por norma na Constituição Federal com estrutura de regra.

O problema em adotar a teoria interna reside no fato de se outorgar imediata justiciabilidade ao mínimo existencial. Reside, ainda, na impossibilidade de se delimitar a extensão de proteção ao demais direitos sociais em que não há regras expressas quanto ao seu mínimo existencial, como o direito à educação fundamental mencionado.

Mesmo sendo possível a restrição ao direito fundamental “a partir de dentro”, ainda assim a teoria interna não seria suficiente. A inexistência de regra que trace o mínimo existencial torna impossível a própria delimitação do que seja o conteúdo essencial do direito fundamental analisado.

Contrariando essa teoria, a externa divide o objeto da teoria interna em dois, quais sejam, “[...] o *direito em si*, e, destacadas dele, as suas *restrições*”<sup>213</sup> [grifos do autor]. Com essa divisão teórica, pode se guiar o direito analisado à regra do sopesamento e, mais do que isso, à regra da proporcionalidade. Assim, nesta teoria, “[...] as restrições, qualquer que seja sua natureza, não têm qualquer influência no *conteúdo*

---

<sup>211</sup> Ibid., p. 129.

<sup>212</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 193.

<sup>213</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 138.

do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir seu *exercício* [...]”<sup>214</sup> [grifos do autor].

Diante disso, se o direito fundamental e sua extensão forem definidos pela teoria externa, pode se sustentar que, em uma eventual colisão de princípios, um irá ceder em favor de outro, todavia, nenhum deles terá sua validade ou extensão *prima facie*<sup>215</sup> afetadas<sup>216</sup>.

Assim, na teoria externa – adotando-se o critério de que princípios são “[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas [e jurídicas] existentes [...]”<sup>217</sup> e, por poderem ser satisfeitos em graus variados, são denominados, por conseguinte, como mandamentos de otimização<sup>218</sup> –, constata-se, diante da impossibilidade de direitos absolutos, que o princípio, que contém o direito *prima facie*, após ser submetido ao sopesamento diante de uma situação concreta, dará origem ao direito definitivo<sup>219</sup>.

Com isso, nota-se que a adoção do conceito de suporte fático amplo de direitos fundamentais<sup>220</sup> – que amplia tanto a extensão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, quanto as possibilidades de intervenção nesses direitos – possibilita não somente o aumento da colisão dos direitos fundamentais, mas amplia, também,

---

<sup>214</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>215</sup> Neste caso, Virgílio Afonso da Silva considera os direitos como princípios *prima facie*. Em diferenciação entre regras e princípios, o autor diz: “O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*” [grifos do autor]. Explica o autor: “Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. É claro que [...] regras podem ter – e quase sempre têm – exceções. Isso não altera o raciocínio, já que as exceções a uma regra devem ser tomadas como se fossem parte da própria regra excepcionada”. Ainda no pensamento do autor: “No caso dos *princípios* não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente” [grifos do autor]. AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 45 [sic].

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>217</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros editores. 2008. p. 90.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>219</sup> “Esse *mínimo* seria determinado, alternativamente, a partir do critério de satisfação das necessidades e interesses básicos de sobrevivência ou das exigências axiológicas mínimas da dignidade da pessoa humana e assim vem proposto como alternativa às estratégias que fazem assentar a efectividade dos direitos sociais numa lógica de razoabilidade e ponderação [...]” [grifo do autor]. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 202.

<sup>220</sup> AFONSO DA SILVA, op.cit., p. 94, nota 202.

o conceito de intervenção estatal, fazendo da teoria externa a mais adequada para ser adotada neste trabalho.

Traçado este marco no que tange a restrição dos direitos fundamentais, é necessário passar à etapa seguinte, qual seja, o debate acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais por meio das teorias doravante expostas no próximo tópico.

## **b) O conteúdo essencial dos direitos fundamentais – Teorias.**

Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva descrevem em suas obras<sup>221</sup> teorias sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, as quais são denominadas de objetiva e subjetiva. Embora o primeiro elenque a coexistência entre as duas, Virgílio Afonso da Silva salienta que a discussão sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é marcada por duas grandes dicotomias. “A primeira é aquela entre o *enfoque objetivo* e o *enfoque subjetivo* para o problema. A segunda é aquela entre uma *teoria absoluta* e uma *teoria relativa* do conteúdo essencial”<sup>222</sup> [grifos do autor].

Desta maneira, tentando esclarecer as dicotomias acima apontadas, no próximo tópico serão esboçadas as diferenças entre os enfoques objetivo e subjetivo e as teorias absoluta e relativa do conteúdo essencial.

### **b.1) O enfoque objetivo e o enfoque subjetivo do conteúdo essencial**

Como dito, para delimitação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é necessária a exposição da primeira grande dicotomia, iniciada pelos enfoques objetivo e subjetivo do conteúdo.

---

<sup>221</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros editores. 2008.

<sup>222</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 26.

No que tange ao enfoque objetivo, a análise do conteúdo essencial do direito fundamental é feita “[...] com base no significado desse direito para a vida social como um todo”<sup>223</sup>. Isso significa dizer que, do ponto de vista objetivo, “[...] proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles”<sup>224</sup>.

Entretanto, o enfoque objetivo do conteúdo essencial não oferece proteção além daqueles decorrentes, de forma automática, da ideia de cláusulas pétreas<sup>225</sup>. Assim, para determinados casos individuais ou para aqueles casos gerais em que não há risco para o direito fundamental no que se refere ao “para o todo social”, mas oferece há perigo para situações de total eliminação nos casos concretos, este enfoque não oferece qualquer proteção, razão pela qual deve ser preenchido, neste ponto, pelo enfoque subjetivo<sup>226</sup>.

Tal enfoque, por sua vez, garante aos cidadãos, individualmente – não possuindo relação com o valor e a extensão do direito fundamental para o todo social – a perquirição do direito subjetivo à proteção ao conteúdo essencial de seus direitos fundamentais. Assim, de acordo com essa dimensão subjetiva, “[...] em cada situação individual deveria haver [...] um controle para se saber se o conteúdo essencial foi, ou não, afetado”<sup>227</sup>.

## b.2) A teoria absoluta e a teoria relativa do conteúdo essencial

Além das teorias e suas diferenças, apontadas no tópico anterior, também existem outras duas formas de se determinar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, quais sejam, as teorias absoluta e relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

---

<sup>223</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 185.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 185.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 27.

A primeira delas consiste em dizer que “[...] cada direito fundamental tem um *conteúdo essencial absoluto* [...]”<sup>228</sup>, um núcleo duro, “[...] cujos limites externos formariam uma *barreira intransponível*, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possa haver em sua restrição”<sup>229</sup> [grifos do autor].

Da mesma forma sobre o que se expôs acerca do suporte fático restrito e da teoria interna, o desafio desta teoria é a delimitação do que pertence e o que deve ser excluído do conteúdo essencial dos direitos fundamentais<sup>230</sup>.

A aceitação de um conteúdo essencial absoluto não significa dizer que esse conteúdo seja imutável. Por isso, a teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais pode ser subdividida em teoria do conteúdo essencial absoluto-dinâmico e teoria do conteúdo essencial absoluto-estático<sup>231</sup>.

É importante enfatizar que a denominação de “absoluto-dinâmico” não se refere à teoria e sim ao conteúdo essencial do direito fundamental, haja vista que, “[...] embora constitua uma área intransponível em qualquer situação, seu conteúdo pode ser modificado com a passagem do tempo”<sup>232</sup>. Nesse contexto, absoluto significa apenas que o que é protegido pelo conteúdo essencial “[...] não sofre relativizações de acordo com urgências e contingências”<sup>233</sup>.

Já a teoria do núcleo absoluto-estático não considera o conteúdo essencial dos direitos fundamentais como absolutos em sentido espacial, mas como absolutos em sentido material-temporal<sup>234</sup>. Nesta teoria, o núcleo essencial do direito fundamental não é considerado somente intangível, como no absoluto-dinâmico, mas, outrossim, imutável.

Embora grande parte da doutrina adote o conceito absoluto-dinâmico do conteúdo essencial<sup>235</sup>, deve se considerar que a imutabilidade não faz parte da realidade, que acontece de forma inegavelmente rápida. Assim, não somente a Constituição, mas

---

<sup>228</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 27.

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 189.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>234</sup> *Ibid.*, p. 189.

<sup>235</sup> Esse é o entendimento, por exemplo, de SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

também os direitos fundamentais devem reagir para se adaptar a essas situações em mutação, haja vista que são, realmente, 'dinâmicos'<sup>236</sup>.

Desta maneira, frente à adaptabilidade no tempo tanto da Constituição quanto dos direitos fundamentais, o conteúdo absoluto-dinâmico, embora seja absoluto no sentido de não ser relativizado com urgências e restrições, poderá tomar outro significado com a passagem do tempo. Por isso, aqui, admite-se um núcleo absoluto que seja cambiante e adaptável à realidade<sup>237</sup>.

A segunda teoria, ou seja, a teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, rejeita o conteúdo essencial fixo e definidos *a priori* para cada direito fundamental<sup>238</sup>. Assim, a definição do que é essencial para o conteúdo do núcleo e, portanto, daquilo que será realmente protegido, dependerá das condições fáticas e “[...] das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto”<sup>239</sup>.

“Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso”<sup>240</sup>. Significa, ainda, que se um dispositivo legal restringir um direito fundamental no intuito de proteger bens mais importantes, ele não afetará o conteúdo essencial do direito restringido, mesmo que em alguns casos individuais nada reste desse direito<sup>241</sup>.

Percebe-se, com isso, que o conteúdo essencial relativo guarda íntima relação com a regra da proporcionalidade<sup>242</sup>. Sendo assim, restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo dos direitos restringidos<sup>243</sup>. Com isso, para os adeptos da teoria relativa, o conteúdo essencial relativo do direito fundamental analisado no caso concreto é identificado como sendo “[...] o produto da aplicação da regra da proporcionalidade”<sup>244</sup>.

---

<sup>236</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 189.

<sup>237</sup> Ibid., p. 189.

<sup>238</sup> Ibid., p. 196.

<sup>239</sup> Ibid., p. 196.

<sup>240</sup> Ibid., p. 196.

<sup>241</sup> Ibid., p. 197.

<sup>242</sup> Ibid., p. 197.

<sup>243</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 197.

<sup>244</sup> Ibid., p. 198.

Pode-se notar, também, que para a teoria relativa a definição do núcleo essencial do direito fundamental não é baseada simplesmente na intensidade da restrição, ou seja, a restrição não invade o conteúdo essencial simplesmente por ser leve ou intensa. O que determinará a invasão ou não ao conteúdo essencial do direito é a fundamentação constitucional<sup>245</sup>.

Isso porque, segundo a teoria relativa, uma restrição, mesmo que leve, pode invadir o conteúdo essencial do direito se não for constitucionalmente fundamentada. Carente de fundamentação, a restrição será considerada, além de inconstitucional, danosa ao conteúdo essencial do direito fundamental analisado no caso concreto<sup>246</sup>.

Em contrapartida, uma restrição intensa ao conteúdo essencial do direito fundamental, daquelas que, no caso concreto, faz com que não reste nada do direito fundamental, não violará o conteúdo essencial se for fundamentada constitucionalmente<sup>247</sup>.

Assim, “[...] se a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional, e se essa fundamentação constitucional é controlada a partir da regra da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional”<sup>248</sup>.

Desta maneira, “[...] o conteúdo essencial de um direito social [...] está intimamente ligado, a partir da teoria relativa, a um complexo de fundamentações necessárias para a justificação de eventuais não-realizações desse direito”<sup>249</sup>.

Como o objetivo deste trabalho é eleger o mínimo existencial como pressuposto à intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, acredita-se que a teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, por possibilitar, no caso concreto e mediante a aprovação no teste da proporcionalidade, restrições ao conteúdo essencial do direito fundamental – contanto que constitucionalmente fundamentadas – é a que melhor se adequa ao presente estudo.

Expostas as teorias sobre as restrições dos direitos fundamentais e sobre o conteúdo essencial de tais direitos, resta ainda estabelecer, de acordo com as

---

<sup>245</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 198.

<sup>246</sup> *Ibid.*, p. 198.

<sup>247</sup> *Ibid.*, p. 198.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 206.

<sup>249</sup> *Ibid.*, p. 205.

posições adotadas, o conceito de conteúdo essencial dos direitos fundamentais ou mínimo existencial, que servirá de norte à delimitação deste como pressuposto à intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas.

#### 4 MÍNIMO EXISTENCIAL. CONCEITO ADOTADO

Observadas as teorias expostas, algumas foram adotadas e outras, por não se encaixarem no objetivo deste trabalho, foram abordadas apenas como fonte de debate afim de que se constate a existência de opiniões e lentes diferentes para análise de qualquer problema.

Desta maneira, quanto às restrições aos direitos fundamentais, por considerar o direito em si e as suas restrições separadamente e permitir que tais restrições sejam feitas pela regra da proporcionalidade – que apenas restringirá o exercício do direito analisado, jamais influenciando em seu conteúdo –, adotou-se a teoria externa.

Estabelecida a teoria acerca da restrição, escolheu-se como mais adequada a este estudo a teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Essa escolha foi feita, sobretudo, porque a teoria relativa, além de rejeitar o conteúdo essencial e definido antecipadamente para cada direito fundamental, admite a existência de um conteúdo essencial aferível no caso concreto, dependendo das condições fáticas e jurídicas existentes.

Assim, de acordo com o que foi escrito, “[...] o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível”<sup>250</sup>.

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover salienta que o mínimo existencial é composto pelos direitos que constituem o objetivo fundamental do Estado que,

---

<sup>250</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. In: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros editores. 2008. p. 205.

aferíveis somente no caso concreto mediante a aplicação dos limites da reserva do possível e da razoabilidade, apresentariam um núcleo duro<sup>251</sup>.

Esse núcleo duro, que é extraído através da aplicação da razoabilidade – esta, segundo a autora, medida pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade<sup>252</sup> – autorizaria a imediata judicialização dos direitos “[...] independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa [...]”<sup>253</sup>, justificando, por conseguinte, a intervenção do Poder Judiciário para corrigir as políticas públicas ou implementá-las nos moldes do texto constitucional.

Kazuo Watanabe<sup>254</sup>, escrevendo sobre o conceito de mínimo existencial, salienta ainda que:

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

Assim, o mínimo existencial é o núcleo duro do direito fundamental, obtido no caso concreto por meio do teste da proporcionalidade, imediatamente judicializável, sem necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo e sem submissão à cláusula da reserva do possível.

## 5 O CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL NO ANTEPROJETO DE LEI

Adotado o conceito de mínimo existencial, é interessante verificar o conceito adotado no Anteprojeto de Lei de Políticas Públicas, cuja versão final foi apresentada no II Seminário sobre Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no auditório XI de agosto, na cidade e Estado de São Paulo<sup>255</sup>.

<sup>251</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 133.

<sup>252</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 133.

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>254</sup> WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “Mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. \_\_\_\_\_. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 184.

<sup>255</sup> Extraído de <<http://direitoprocessual.org.br/content/view/143>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

Interessante ressaltar, antes de se analisar o conceito de mínimo existencial no Anteprojeto de Lei, os princípios que são tratados, logo no artigo 1º, como norteadores do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, sem prejuízo, por óbvio, de todos os outros que assegurem o gozo dos direitos fundamentais sociais.

Os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, garantia do mínimo existencial, justiça social, atendimento ao bem comum, universalidade das políticas públicas e equilíbrio orçamentário seriam aqueles, segundo o documento, que apontariam o caminho ao Poder Judiciário para realizar o controle de políticas públicas.

Desta maneira, aquele que não tiver seu mínimo existencial garantido pelo Estado, através do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, poderá obtê-lo através do Poder Judiciário, contanto que se encaixe no conteúdo essencial do direito fundamental que o Anteprojeto de Lei traz.

Interessante observar que o documento que institui processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas mescla as teorias interna e externa de restrições ao direito fundamental para tentar delimitar o mínimo existencial no caso concreto.

Seguindo a ordem exposta no próprio Anteprojeto, primeiro se analisará o conceito de mínimo existencial contido no parágrafo 1º do artigo 5º do referido documento adequando-o, em seguida, com o conceito adotado neste trabalho.

O parágrafo 1º encontra-se no Anteprojeto em uma fase administrativa anterior ao estabelecimento do “processo judicial”, de que tratam os artigos de 11 a 18 do mesmo documento. Nessa fase administrativa, com o auxílio “dos meios alternativos de solução de controvérsias” – artigos 8º a 10º –, as partes poderão resolver consensualmente a questão através de acordo ou termo de ajustamento de conduta – que, segundo o Anteprojeto, terá natureza de transação.

As partes poderão, ainda, para dissolver o problema levantado, submeter o conflito ao juízo arbitral ou à mediação ou conciliação judiciais ou extrajudiciais.

Entretanto, antes de todo o procedimento, se o pedido encaminhado a uma das justiças – ordinária, estadual ou federal – “envolver o mínimo existencial, entendido como núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, em relação ao específico direito fundamental invocado, ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá

[ainda] antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil [...]” – texto do parágrafo 1º do Anteprojeto que está contido na “fase administrativa”.

Ao que tudo indica, a fase administrativa abraça somente a tutela coletiva, haja vista que, como se verá posteriormente, o Anteprojeto de Lei, quando trata “das demandas individuais”, toma outro rumo quanto ao mínimo existencial.

Assim, no que tange ao mínimo existencial disposto no parágrafo primeiro, o Anteprojeto mescla as teorias interna e externa de restrições aos direitos fundamentais, como dito acima.

Apenas para lembrar, a teoria interna de restrições aos direitos fundamentais admite somente um objeto, qual seja, o direito e seus limites – imanentes –, expurgando tanto as influências externas quanto a colisão com outros direitos. Para esta teoria, os direitos têm sempre a estrutura de regra, ou seja, são previamente conhecidos e, portanto, imutáveis diante do caso concreto.

Já a teoria externa, adotada neste trabalho, além de dividir o objeto da interna em dois – o direito e, destacadas dele, suas restrições – admite, no caso concreto, a restrição ao direito fundamental por meio da regra da proporcionalidade, sem influenciar no conteúdo do direito, exercendo, apenas, uma restrição ao seu exercício. Desta maneira, nesta teoria, após ser submetido ao sopesamento diante de uma situação concreta, o direito fundamental definitivo será obtido.

Assim, está dito no artigo 1º do Anteprojeto, que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade regerão o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Aí é que se diz que o Anteprojeto mescla as teorias, haja vista que a teoria externa parece estar contida na primeira parte do parágrafo 1º do documento, onde consta: “*se o pedido envolver o mínimo existencial, entendido como núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais garantidos na Constituição, em relação ao específico direito fundamental invocado [...]*”.

Essa presença da teoria externa na primeira parte do parágrafo 1º, ainda é sentida, sobretudo porque, o núcleo duro essencial do direito fundamental social analisado no caso concreto, somente poderá ser obtido por meio da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e, como outrora exposto, a teoria interna não admite nenhuma ponderação, uma vez que, nessa teoria, o direito já é conhecido previamente.

Por isso se disse que o Anteprojeto de Lei mistura as teorias das restrições aos direitos fundamentais. Como a teoria externa está presente na primeira parte do parágrafo 1º, a interna encontra-se na segunda parte do texto legal analisado.

Ocorre que, para conceder a tutela antecipada, o juiz observará duas situações. A primeira é a que envolve a teoria externa explicitada acima. A segunda refere-se ao fato de que, para conceder a tutela antecipada, o pedido da parte deverá envolver “bem da vida assegurado em norma constitucional completa e acabada”, ou seja, sem qualquer necessidade de complementação posterior.

Assim, a “norma constitucional de maneira completa e acabada” definirá, antecipadamente, o núcleo do direito fundamental social agredido. Com essa definição, o magistrado, objetivamente, antecipará ou não a tutela perseguida, não havendo, pois, espaços para sopesamentos ou ponderações.

Desta maneira, o parágrafo 1º, primeira parte, adota o conceito de mínimo existencial esboçado pela teoria externa de restrições aos direitos fundamentais, enquanto a segunda parte abraça a teoria interna.

Isto é posto em relação ao pedido coletivo de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, haja vista que, nas demandas individuais, o Anteprojeto de Lei aplica, mesmo com toda a dificuldade exposta no trabalho, a teoria interna.

O artigo 24, que trata das demandas individuais, diz que

Na hipótese de demandas para a tutela de direitos subjetivos individuais, que possam interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz só poderá conceder a tutela se se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 5º e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração. [grifo nosso]

Pode-se notar aí, também, a presença da teoria interna de restrições aos direitos fundamentais, tendo em vista que, para conceder a tutela antecipada em demandas que envolvam direitos subjetivos individuais, o juiz só estará apto a interferir nas políticas públicas, se souber, previamente, o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional completa e acabada.

O Anteprojeto de Lei, adotando a teoria interna, não permite saber sob quais direitos o Poder Judiciário poderia, mediante provocação, interferir para corrigir ou implementar a política pública inexistente ou defeituosa. Igualmente, o texto do Anteprojeto não traz solução para uma demanda individual, cujo direito não esteja

assegurado em norma constitucional completa e acabada e precise, necessariamente, no caso concreto, do uso da proporcionalidade para delimitar o conteúdo essencial sob o qual demandará a intervenção do Poder Judiciário.

Em vez de adotar a teoria interna para delimitar o mínimo existencial em demandas individuais, talvez fosse o caso de o Anteprojeto de Lei repetir apenas a primeira parte do texto do parágrafo 1º do artigo 5º – que aponta a teoria externa como possibilidade de aferição do núcleo duro do direito analisado no caso concreto, através do critério da ponderação.

Embora o Anteprojeto de Lei tente estabelecer critérios objetivos para a delimitação do mínimo existencial, entende-se, pelo menos para este trabalho, que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais seja pressuposto para a imediata justiciabilidade dos direitos que ele garante. Esse assunto é tema do próximo tópico.

## 6 MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PRESSUPOSTO DA IMEDIATA JUDICIABILIDADE

Nos tópicos anteriores foi exposto que o mínimo existencial corresponde ao núcleo duro do direito fundamental obtido no caso concreto por meio do teste da proporcionalidade, sendo imediatamente judicializável, sem necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo e sem submissão à cláusula da reserva do possível.

Foi observado, também, que, segundo Kazuo Watanabe<sup>256</sup>, o conceito de justiciabilidade corresponde à efetiva presença do direito fundamental social tutelável jurisdicionalmente, ou seja, do qualificativo do direito material.

Desta maneira, observando a teoria externa de restrições aos direitos fundamentais e adotando o critério relativo do conteúdo essencial de tais direitos, temos que o mínimo existencial somente será aferível no caso concreto e mediante o critério da ponderação.

---

<sup>256</sup> WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; \_\_\_\_\_. **○ Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 213-224.

Entretanto, observado no caso concreto que o Poder Público não implementou ou confeccionou a política pública necessária à garantia do conteúdo essencial do direito fundamental analisado, o Poder Judiciário poderá interferir para corrigir a política defeituosa ou não implementada.

Assim, para ter o mínimo existencial garantido, “[...] pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário, estando o Judiciário, do ponto de vista constitucional, autorizado a decidir a respeito”<sup>257</sup>.

A interferência de tal poder para garantia do mínimo existencial aponta para um inadimplemento da obrigação mínima por parte do Poder Público. Essa obrigação adviria, como dito, dos direitos constitucionais consagrados como fundamentais pelo Estado na Constituição Federal, cuja violação ou restrição dissolveria não somente o núcleo duro do direito social analisado no caso concreto, mas também parte do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, a interferência do Poder Judiciário visando à realização do mínimo existencial evitaria que o ser humano perdesse sua condição de humanidade<sup>258</sup>.

Embora o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana seja indeterminável na prática, o conteúdo essencial de um direito fundamental específico, como visto, é aferível por meio da análise do caso concreto. Assim, a judiciabilidade do núcleo duro daquele direito social analisado – após a ponderação – quando violado o núcleo duro, passaria a ter caráter de regra e não de princípio<sup>259</sup>.

Desta maneira, o mínimo existencial, quando infringido, colocaria o cidadão em verdadeira posição de indignidade, tornando a obrigação do Estado imediatamente exigível. Assim, o núcleo duro do direito fundamental social encontrado no caso concreto “[...] acaba por resultar juridicamente accionável, posto que se apresenta sob a forma de um ‘direito subjectivo’”<sup>260</sup>.

Entretanto, somente as prestações que integram o nominado mínimo existencial poderiam ser exigidas judicialmente de forma direta. O restante dos direitos

---

<sup>257</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 27.

<sup>258</sup> Ibid., p. 27.

<sup>259</sup> WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; \_\_\_\_\_. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 213-224.

<sup>260</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de judiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 2006. p. 150.

pretendidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana seriam reconhecidos apenas às modalidades de eficácia negativa, interpretativa e vedativa do retrocesso<sup>261</sup>.

Assim, apresentando-se como direito subjetivo constitucionalmente garantido, o mínimo existencial – obtido no caso concreto por meio da ponderação – torna-se pressuposto imediato para a justiciabilidade, a fim de que o Poder Judiciário possa, contornando a situação de indignidade experimentada pelo cidadão, corrigir a política pública defeituosa ou implementar a inexistente.

Atuando o mínimo existencial como pressuposto da imediata justiciabilidade, resta adentrar no controle de políticas públicas e suas particularidades para, dissecando-o, confrontá-lo com a razoabilidade e a reserva do possível, analisando a possibilidade de tomá-lo como, também, como pressuposto para a intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

---

<sup>261</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 311.

## CAPÍTULO 4 O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

### 1 O CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Para dar início à compreensão do conceito de políticas públicas propõem-se um desmembramento dos signos que compõem a expressão, partindo-se do pressuposto de que sua análise isolada, ainda que superficial, pode trazer melhor entendimento do termo como um todo. Uma vez que o signo ‘públicas’ remete, regra geral, à imperatividade das decisões e ações do Poder Público, será dada maior atenção ao termo política, inclusive porque as discussões políticas, até pouco tempo, não eram objeto de análise pelo Poder Judiciário.

Ronald Dworkin<sup>262</sup> designa que política é uma

[...] espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil [...].

“É que a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado [...]”<sup>263</sup>, objetivo este que equivale, hoje, à meta do Estado Democrático de Direito.

Salienta-se que o objetivo do Estado deve ser implementado pelos Poderes Executivo e Legislativo preferencialmente, através das leis e dos comandos por eles editados. Todavia, em caso de omissão ou inexistência do comando normativo, o Poder Judiciário – haja vista sua atribuição constitucional – não poderá ficar inerte, voltando sua ação para o bem comum e para a efetivação dos direitos fundamentais, substituindo, desta maneira, a ação daqueles entes estatais; e judicializando, assim, a política.

A Revolução Industrial também contribuiu para a judicialização<sup>264</sup> da política. Isso se deu devido ao fato de a Revolução ter sido a cumeieira de diversas áreas do Direito,

<sup>262</sup> DWORKIN, 1978, apud COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 737, p. 11-22, mar. 1986.

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 11-22.

<sup>264</sup> “*Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso

sobretudo a constitucional, a qual passou a abraçar tanto os conflitos sociais, quanto os direitos fundamentais porventura menosprezados. É o que nos diz Eduardo Cambi<sup>265</sup>:

O Direito Constitucional *judicializou a política*, uma vez que a política, representada pelos conflitos sociais e pelos direitos fundamentais, historicamente sonogados, passaram a ser temas de direito público. Pode-se dizer que há uma relação de complementaridade entre o direito constitucional e a política [...] [grifo do autor].

A revolta industrial, então, teve significativa influência para a gênese das políticas públicas, mormente porque, com a passagem do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e com a assunção da Constituição Federal de 1988, este Estado passa a agir sobre a realidade social, tentando modificá-la através de programas pré-definidos que garantam a concretização dos direitos estatuídos na Carta Magna.

Assim, “[...] necessidades sociais nunca antes sentidas passaram a reclamar ações do poder público, muitas de natureza prestacional, atingindo áreas da vida pessoal e social que estavam fora do âmbito da política [...]”<sup>266</sup>. Dessa forma, “[...] o que é importante para o estudo das Políticas Públicas são as decisões políticas que têm impacto na vida dos cidadãos, ou o resultado da actividade governamental [...]”<sup>267</sup>.

Como são decisões políticas, as políticas públicas, em sua clássica definição “[...] *is whatever governments choose to do or not to do* [...]”<sup>268</sup>.

Nascido do âmbito da Ciência Política<sup>269</sup>, o conceito de políticas públicas não é fácil de se precisar<sup>270</sup>, todavia, Eduardo Appio<sup>271</sup> ensina que elas

---

Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade [...]” [grifo do autor]. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20090130-01.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf)>. Acesso em: 14 set. 2011.

<sup>265</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 211.

<sup>266</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 64.

<sup>267</sup> ROCHA, J. A. Oliveira. **Gestão do Processo Político e Políticas Públicas**. Lisboa: Escolar Editora, 2010. p. 26.

<sup>268</sup> “[...] é o que os governos escolhem fazer ou não fazer [...]” [tradução nossa]. DYE, Thomas R. *Politics, Economics and Public Policy Outcomes in the Fifty States*. Chicago: Rand – McNally apud *Ibid.*, p. 26.

<sup>269</sup> ROCHA, op.cit., p. 28, nota 202.

<sup>270</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O Controle Judicial de Políticas Públicas. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Temas Fundamentais de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. v. 01.

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

É imperioso esclarecer que as políticas públicas não possuem objetivos próprios, mas pautam seus fins nos objetivos fundamentais do Estado, enquanto Democrático de Direito.

Fábio Konder Comparato<sup>272</sup>, por sua vez, observa que política pública é um programa de ação governamental, que consiste em uma atividade ordenada de normas e atos dos mais variados tipos que apontam para um único objetivo.

São leis, decretos regulamentares ou normativos, decretos ou portarias de execução. São também atos ou contratos administrativos da mais variada espécie. O que organiza e dá sentido a esse complexo de normas e atos jurídicos é a finalidade, a qual pode ser eleita pelos Poderes Públicos ou a eles imposta pela Constituição ou as leis [...].

Em sua colocação, Maria Paula Dallari Bucci<sup>273 274</sup> diz que política pública, além de ser uma locução polissêmica e de conceituação estipulativa, deve visar, também, a realização de objetivos definidos, observando as prioridades selecionadas, levando em consideração a reserva de meios necessários e o tempo para atingir os resultados. A autora diz, ainda, que política pública

[...] é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados [...].

Dos conceitos expostos acima, verificamos, em todos eles, que políticas públicas são ações ou programas – materializados através das leis, decretos ou portarias de execução, além de atos ou contratos administrativos de toda sorte – advindos do governo como atividades modificadoras da realidade social, direcionados a determinado objetivo.

<sup>271</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. 1. ed. (ano 2005). 7ª reimpressão (ano 2011). Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 143-144.

<sup>272</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros editores, 2003. p. 248-249.

<sup>273</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 251.

<sup>274</sup> Idem. O conceito de política pública em direito. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Políticas Públicas**. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

Dessa maneira, é possível notar que, implicitamente, os conceitos expostos reforçam, outrossim, o sentido do signo ‘pública’ que compõem a expressão estudada, porquanto “[...] uma política, entendida como programa de ação, somente será pública se atender ao bem comum, ao interesse público. Este interesse está expressamente estabelecido no art. 3º da Constituição Federal [...]”<sup>275</sup>. Dentre os objetivos fundamentais, onde repousa o interesse público, confere-se especial destaque à efetivação da igualdade substancial por meio da concretização dos direitos fundamentais<sup>276</sup> e a prevalência dos direitos humanos encontrada no inciso II do artigo 4º da Carta Magna.

Assim, pode-se concluir com Osvaldo Canela Júnior<sup>277</sup> que

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

Diante do exposto, a questão para a qual se persegue solução é a possibilidade de o Poder Judiciário – frente à omissão estatal ou a uma política pública defeituosa, bem como controlando os atos administrativos e as leis – exercer influência sobre os demais poderes, objetivando a satisfação integral dos direitos fundamentais.

## 2 OS FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

“A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades [...]”<sup>278</sup>. Enfatiza-se, assim, como dito outrora, a mudança dos objetivos fundamentais do Estado gravados no artigo 3º da CF/88, com o acréscimo do princípio da prevalência dos direitos humanos, encontrado no inciso II do artigo 4º da mesma carta constitucional.

<sup>275</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 58.

<sup>276</sup> Ibid., p. 58.

<sup>277</sup> Ibid., p. 59.

<sup>278</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 126.

Como tencionam atender aos direitos fundamentais e aos objetivos do Estado, as políticas públicas, além de serem normas e atos isolados, também são, como mencionado, “[...] uma atividade, ou seja, uma série ordenada de normas ou atos do mais variado tipo, conjugados para a realização de um objetivo determinado [...]”<sup>279</sup>.

Assim, visando atingirem os objetivos fundamentais do Estado, todos os atos advindos do Poder Executivo e Legislativo estarão vinculados constitucionalmente. Dessa ligação com a Constituição Federal surge a indagação se o Poder Judiciário poderia esmiuçar os motivos que originaram os atos administrativos, sobretudo aqueles advindos do *dare*, *facere* e *praestare*, nascidos com a mudança do paradigma do Estado<sup>280</sup>.

Vitor Burgo<sup>281</sup> esclarece, com base na doutrina de Luis Manuel Fonseca Pires, que essa mudança de padrão do Estado amplia os objetivos da função administrativa e a caracteriza por atos de intervenção que buscam a efetiva realização dos direitos de primeira geração<sup>282</sup>.

Diante da evolução da função administrativa, o poder discricionário<sup>283</sup> da Administração sofre uma sensível atenuação. É que “[...] até os primórdios do século XIX, os atos discricionários ou atos de pura administração conceituavam-se como aqueles insuscetíveis de apreciação pelo juiz [...]”<sup>284</sup>. Entretanto, tem-se notícia de que foi em 1908, a partir do julgamento do “[...] **recours pour excès de pouvoir** – instrumento processual pelo qual o cidadão pode postular a reforma de decisões

---

<sup>279</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros editores, 2003. p. 248-249.

<sup>280</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 126.

<sup>281</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca. Controle judicial da discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 173.

<sup>282</sup> BURGO, Vitor. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 75.

<sup>283</sup> Segundo Odete Medauar “[...] poder discricionário é a faculdade conferida à autoridade administrativa de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis [...]”. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 126.

<sup>284</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 127.

administrativas em caso de excesso de poder – [que o *Conséil D’Etat*] elaborou a doutrina do desvio de finalidade (**detournement de pouvoir**) [grifos da autora]<sup>285 286</sup>.

Dessa forma, “[...] o mais alto tribunal administrativo francês deixou de admitir a existência de atos totalmente livres, exigindo a observância de regras de competência e de forma [...]”<sup>287</sup>, ou seja, em certa medida, controlando a emissão dos atos ao preenchimento de determinados pressupostos. Essa doutrina “[...] autoriza a invalidação do ato administrativo discricionário, praticado por autoridade competente, quando inspirado por finalidade contrária à lei”<sup>288</sup>.

Esse controle, porém, deverá ser exercido a partir da “[...] margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade [...]”<sup>289</sup>. Essa margem livre corresponde, para a Administração, à noção de mérito administrativo<sup>290</sup>.

Essa liberdade poderia nos remeter à ideia de que o ato administrativo, em seu mérito, não seria fiscalizado; haveria, somente, de estar em consonância com a lei para estar perfeito e acabado, obedecidos, por óbvio, os demais requisitos para sua edição. Diante disso, o Poder Executivo teria certa margem para, com oportunidade e conveniência, decidir os rumos que pretende dar à sua governança.

Todavia, a discricionariedade do mérito do ato administrativo não é ilimitada. Sua limitação caminhou para a noção de que ao Poder Judiciário é dado o poder de atuar como fiscal dos atos emitidos pelo Poder Executivo por meio da legalidade, não interferindo, no entanto, em sua liberdade discricionária.

Sobre isso, Miguel Seabra Fagundes afirmou, em certo momento, que “[...] ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da legalidade

---

<sup>285</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 80.

<sup>286</sup> Marcos Maselli Gouvêa afirma que a noção de razoabilidade e proporcionalidade já era largamente utilizada como fundamento para a tomada de decisões pelo *Conséil D’Etat*, muito embora esses termos não fossem expressamente escritos. Essa noção era usada onde se sopesava o custo-benefício dos atos administrativo. GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 128.

<sup>287</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>288</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 129.

<sup>290</sup> Segundo Odete Medauar: “O mérito administrativo expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário [...]”. MEDAUAR, *op.cit.*, p. 129, nota 219.

[...]”<sup>291</sup>. Por isso que, para o autor, “[...] o mérito [dos atos administrativos] é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, ‘faría obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes’ [...]”<sup>292</sup>.

Dalmo de Abreu Dallari, contudo, afirma que “[...] é necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos [...]”<sup>293</sup>. Desse modo, a separação de poderes, em conjunto com a própria evolução do Direito e com a mudança de paradigma do ente estatal, tende a agregar valores, prevenindo o uso abusivo do poder pela Administração e admitindo a fiscalização dos motivos que deram origem ao ato administrativo.

Observando que a liberdade que é destinada ao administrador existe para que ele, no caso concreto, “[...] encontre a solução mais adequada para implementar o interesse público [...]”<sup>294</sup>, é de simples constatação que o controle da Administração e dessa liberdade não deve sujeitar-se somente à legalidade em sentido formal, mas também em sentido material<sup>295</sup>.

Embora “[...] no Brasil, durante muito tempo os tribunais se autolimitassem, entendendo não poder adentrar o mérito do ato administrativo [...]”<sup>296</sup>, o abrandamento da discricionariedade, a exemplo da doutrina francesa do *detournement de pouvoir*, chegou a tal ponto que

[...] a Lei da Ação Popular abriu ao Judiciário brasileiro a apreciação do mérito do ato administrativo, ao menos nos casos dos arts. 4º, II, *b*, e V, *b*, da Lei n. 4.717/65, elevando a lesão à condição de causa de nulidade do ato, sem necessidade do requisito da ilegalidade [...]”<sup>297 298</sup>.

<sup>291</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 126.

<sup>292</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 126.

<sup>293</sup> DALLARI, Dalmo de. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 220.

<sup>294</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 237.

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 237.

<sup>296</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_. WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 126.

<sup>297</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>298</sup> Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º. II - A operação bancária ou de crédito real, quando: b) o valor real do bem dado em hipoteca ou penhor for inferior ao constante de escritura, contrato ou avaliação. V - A compra e venda de bens móveis ou imóveis, nos casos em que não cabível

Embora a Constituição de 1988, à data da edição da Lei da Ação Popular, ainda não tivesse sido promulgada, constata-se que o Poder Judiciário foi convidado a analisar a possível lesividade do ato administrativo, mormente porque aquele Poder poderia prevenir qualquer dano causado pela Administração ao administrado por meio do uso da liberdade advinda da discricionariedade.

Assim, embora como não existiam os parâmetros do constituinte de 1988 até o momento, era possível o controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário baseado somente em texto legal. A guarida constitucional moderna, todavia, haveria de acontecer.

### 3 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Embora a Lei da Ação Popular tenha elevado a condição de lesividade à causa de nulidade do ato administrativo, foi mesmo a Constituição de 1988 que, sem dúvidas, possibilitou ao Poder Judiciário a plena e eficaz análise do mérito do ato. Tal previsão vem estampada no artigo 5º inciso LXXIII da Carta Constitucional, que tem a seguinte redação:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência [...].

Busca-se, então, através da Ação Popular, a anulação de ato que cause dano à moralidade administrativa, também elevada à qualidade de princípio constitucional em virtude do artigo 37 da Carta Magna.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>299</sup>, observando o princípio da moralidade administrativa, a

Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude

---

concorrência pública ou administrativa, quando: b) o preço de compra dos bens for superior ao corrente no mercado, na época da operação. BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Diário Oficial da União Poder Executivo, Brasília, DF, 29 jun. 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm)>. Acesso em: 13 set. 2011.

<sup>299</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Refundida, ampl. atual. até a Emenda Constitucional 35 de 20.12.2001. São Paulo: Malheiros editores, 2002. p. 101.

que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé [...].

A perquirição da moralidade no ato administrativo deve ser feita, sobretudo, porque a lei ou o ato podem ser cumpridos moral ou imoralmente<sup>300 301</sup>. A perseguição da moralidade ainda se impõe, mormente porque hoje em dia, a lei, que é usada como instrumento de governo, perde sua majestade de expressão<sup>302</sup>.

Assim, a análise da moralidade administrativa não pode ser feita sem o exame do mérito do ato administrativo<sup>303</sup>. Por isso, Eduardo Cambi<sup>304</sup> escreveu que

[...] na atual fase pós-positivista, em que houve a ampla posituação, por obra da Constituição, dos princípios gerais do direito, os atos administrativos discricionários não podem ser controlados somente pela legalidade (em sentido formal), mas também por sua justicialidade. Essa noção amplificada dos poderes judiciais é tributária da ideia de Estado Democrático de Direito, no qual não basta a observância dos princípios da legalidade e da publicidade dos atos administrativos, legislativos e judiciais, sendo indispensável o respeito aos direitos fundamentais [...].

Como “[...] o poder estatal é um só, materializado na Constituição, da qual se extrai que a separação das funções deve viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais [...]”<sup>305</sup>, temos, novamente, que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]”<sup>306</sup>.

Se a lesão, advinda da imoralidade administrativa, estiver ameaçando direito fundamental do administrado, cumpre impor a investigação e o controle do mérito do ato administrativo ao Poder Judiciário; porquanto não será possível ao Estado

<sup>300</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. de acordo com a Emenda Constitucional 53 de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros editores, 2007. p. 172.

<sup>301</sup> Continua José Afonso da Silva a dizer sobre a execução da lei e, no nosso caso, do ato administrativo: “Quando sua execução é feita, por exemplo, deliberadamente com intuito de prejudicar ou favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato *formalmente* legal, mas *materialmente* comprometido com a moralidade administrativa. Se um prefeito, em fim de mandato, por ter perdido a eleição para seu adversário político, ‘congela’ ou não atualiza o IPTU, com o intuito – aí, transparente – de prejudicar a futura Administração Municipal, comete imoralidade administrativa, pouco importa se o ato foi ou não ilegal [...]” [grifos do autor]. *Ibid.*, p. 172.

<sup>302</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 737, p. 11-22, mar. 1986.

<sup>303</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_. WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense. 2.011, p. 126.

<sup>304</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 238.

<sup>305</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 37.

<sup>306</sup> Inciso XXXV do artigo 5º da CF/88. BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 set. 2011.

Democrático de Direito, observando o princípio da prevalência dos direitos humanos, concretizar os objetivos fundamentais estabelecidos no artigo 3º da Carta Maior.

Por isso, como aponta Ada Pellegrini Grinover, amparada em Oswaldo Canela Júnior, “[...] cabe ao Poder Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição (art. 3º da CF brasileira) [...]”<sup>307</sup>, sobretudo daqueles que dizem respeito às políticas públicas.

Assim, como o Poder Judiciário é também uma forma de expressão do governo, ele “[...] encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal [...]”<sup>308</sup>. Buscando a definição de política estatal, Ada Pellegrini Grinover<sup>309</sup>, ainda embasando-se em Oswaldo Canela Junior, afirma que estas são o conjunto de atividades do ente estatal observando as metas a serem alcançadas. Continua a autora dizendo que

Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação, e desde que provocado, o que se convencionou chamar de ‘atos de governo’ ou ‘questões políticas’, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF) [...].

Luis Manoel Fonseca Pires, concorda com o exposto dizendo que

[...] o Poder Judiciário está constitucionalmente obrigado a atuar na prevenção ou reparação de toda lesão ou ameaça a direito sempre que for provocado. Assim, pressupõe-se que esse Poder acaba por se imiscuir nos atos administrativos sempre que houver indevida ação ou omissão do Executivo [e do Legislativo] no planejamento de suas políticas [...]”<sup>310</sup>.

Ou seja, é possível afirmar, a partir dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, insculpidos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, e considerando o princípio da prevalência dos direitos humanos – artigo 4º inciso II da Carta Magna –, a plena possibilidade de análise, pelo Poder Judiciário, não somente do mérito do ato administrativo, mas de todos os atos do governo – o que se realiza através do controle de constitucionalidade<sup>311</sup>.

Esse controle atuará não somente de maneira estrita ou legalmente considerada, mas, também, observará o ato investigado, o direito fundamental examinado e

<sup>307</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_. WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense. 2.011, p. 126.

<sup>308</sup> Ibid., p. 129.

<sup>309</sup> Ibid., p. 126.

<sup>310</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 173.

<sup>311</sup> CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 81.

exercerá um juízo de criatividade para determinar a implementação ou a correção da política pública mal planejada. Este juízo de criatividade denomina-se *judicial review* e será objeto de análise no tópico a seguir.

#### 4 JUDICIAL REVIEW

O início da *judicial review* tem como marco o caso *Marbury v. Madison*, de 1803, considerado a mais famosa decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, proferida pelo *Chief Justice* John Marshall – considerado o melhor juiz da Suprema Corte de todos os tempos.

Sua gênese está relacionada ao fato de que, em 1800, Thomas Jefferson, republicano, se torna Presidente dos Estados Unidos ao derrotar o federalista John Adams. Não aceitando a derrota, este último, querendo manter o controle político da situação por meio do Poder Judiciário, enquanto ainda tinha maioria no Congresso, consegue a aprovação de uma lei que cria dezesseis novos cargos de juízes federais, sendo estes empossados antes de sua efetiva saída<sup>312</sup>.

A questão se inicia quando William Marbury, que havia sido legalmente nomeado juiz de paz no Distrito de Columbia, tem sua posse negada por Madison – Secretário de Governo – a pedido de Thomas Jefferson, o novo Presidente dos Estados Unidos.

Certamente o que levou Thomas Jefferson a negar a posse a William Marbury foi a aprovação, por John Adams, da lei que permitia ao Presidente nomear quarenta e dois juízes de paz. Os nomes, dentre eles o de William, foram confirmados pelo Senado americano exatamente na véspera da posse do então Presidente eleito.

Assim, em 17 de dezembro de 1801, Marbury, com base em uma Lei de 1789 (*the Judiciary Act*) – que delegava à Suprema Corte a competência originária para decidir sobre matérias colocadas em discussão contra autoridades federais – impetrou um *writ of mandamus* para que Madison o empossasse<sup>313</sup>.

---

<sup>312</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 03.

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 04.

Madison não respondeu à ação, sendo revel por acreditar “[...] *that the judges had no right to issue such an order to the executive, a coequal branch*”<sup>314</sup>. Christopher Wolfe, sabendo que a questão era eminentemente política, salienta que, para Madison “[...] *there did not appear to be any great need to bother with the court, it seemed to Republicans, since the Court's order could only be enforced by the executive, and this executive would certainly not do so in this case [...]*”<sup>315</sup>; tanto que, em 1802, o Congresso Americano revogou a lei que tinha criado os cargos de juízes de paz que, para um dos quais, Marbury perseguia nomeação.

Correndo a ação à revelia, os republicanos declararam, veementemente, que não cumpririam a decisão da Suprema Corte. O Congresso também declarou que “[...] *any attempt of federalism to exalt the Judiciary over the Executive and Legislature, and to give that favorite department a political character & influence would terminate in the degradation and disgrace of the judiciary [...]*”<sup>316</sup>.

Depois de ouvir a opinião do advogado de Marbury, Marshall, afastando-se das questões políticas que envolviam o caso, escreveu um parecer à Suprema Corte que foi descrito como um golpe político genial<sup>317</sup>. Segundo Christopher Wolfe<sup>318</sup>, o *Chief Justice* começou com esta ordem de perguntas:

*Does Marbury have a right to the appointment?  
Is this right legally enforceable (is there a remedy for its denial)?  
Is the remedy for a denial of this right a writ of mandamus?  
Can the writ issue from this court?*

Diante desses questionamentos, Marschall entendeu que, apesar de Marbury ter direito a ser empossado no cargo de juiz de paz, a Suprema Corte Americana não possuía competência para decidir o caso, porquanto, *the Judiciary Act* de 1789 –

<sup>314</sup> “[...] que os juízes não tinham o direito de emitir essa ordem contra o executivo, um ramo coequal [...]” [tradução nossa]. WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law. Revised edition. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994. p. 80.

<sup>315</sup> “[...] na visão dos republicanos, não parecia haver qualquer grande necessidade de se preocupar com o tribunal, uma vez que sua ordem só poderia ser aplicada pelo executivo e este, certamente, não iria fazê-lo neste caso [...]” [tradução nossa]. Ibid., p. 80.

<sup>316</sup> “[...] qualquer tentativa do federalismo para exaltar o Poder Judiciário sobre o Executivo e o Legislativo e para dar àquele departamento favorito um caráter político e influente terminaria na degradação e desgraça do Judiciário [...]” [tradução nossa]. NELSON, William E. **Marbury v. Madison**. The Origins and Legacy of Judicial Review. Kansas: University Press of Kansas, 2000. p. 58.

<sup>317</sup> “Marbury não tem direito à nomeação? Este direito é legalmente executável (existe um remédio para a sua negação)? Um mandado de segurança é o remédio para a negação deste direito? A questão deste *writ* pertence a este tribunal?” [tradução nossa]. WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law. Revised edition. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994. p. 80.

<sup>318</sup> Ibid., p. 80.

que outorgava a Corte Suprema competência para decidir causas deste jaez – era inconstitucional.

Com isso Marshall afirmou a superioridade da Constituição Americana em face de leis que são a ela contrárias, sendo do Poder Judiciário o dever de interpretar as normas e a Constituição. Isso não quer dizer, por exemplo, que o Poder Judiciário, declarando a nulidade de um ato legislativo, é maior do que o próprio Poder Legislativo; pelo contrário, o que se preza, na verdade, é a vontade do povo representada na Constituição e não a vontade de seus representantes, expressa na legislação ordinária<sup>319</sup>.

Vale ressaltar que Mauro Cappelletti enfatiza que antes dos Estados Unidos colocarem em prática seu *judicial review of constitutionability of legislation*, nada semelhante tinha sido criado no mundo. Assim, reconhece que, com a Constituição norte-americana, a supremacia da Constituição em relação às leis ordinárias dava início, realmente, ao que denominamos hoje de ‘constitucionalismo’<sup>320</sup>.

Com esse marco inicial e o passar dos tempos, a Corte Americana, em 1953, sob a presidência de Earl Warren, evoluiu da *judicial review* para abraçar a proteção dos direitos fundamentais, representando o período mais criativo do ativismo judicial e causando uma verdadeira revolução constitucional nos Estados Unidos. Sobre a ‘Corte Warren’ – como ficou reconhecida –, Christopher Wolfe<sup>321</sup> escreveu:

*The Warren Court used the same approach to constitutional interpretation and judicial review, for the most part, but expanded the category of ‘fundamental rights’ dramatically and undertook to establish broad social policy in a number of controversial areas. It became the most activist Court in American history and left a profound imprint on American life and law.*

---

<sup>319</sup> Willian E. Nelson, disse que Hamilton escreveu: “*Some perplexity respecting the right of the courts to pronounce legislative acts void, because contrary to the constitution, has arisen from an imagination that the doctrine would imply a superiority of the judiciary to the legislative Power*”. “Há alguma perplexidade em respeitar o direito dos tribunais em declarar os atos legislativos nulos, porque isso contraria à Constituição a partir de um entendimento de que a doutrina implicaria uma superioridade do Judiciário ao Poder Legislativo [...]” [tradução nossa]. NELSON, op.cit., p. 64, nota 252.

<sup>320</sup> CAPPELLETI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 46.

<sup>321</sup> “O Tribunal Warren usou a mesma abordagem para interpretação constitucional e revisão judicial, em sua maior parte, mas ampliou a categoria de ‘direitos fundamentais’ dramaticamente e se comprometeu a estabelecer uma política social ampla em um número de áreas controversas. Tornou-se o Tribunal mais ativista da história americana e deixou uma marca profunda na vida dos americanos e do direito” [tradução nossa]. WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law. Revised edition. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994. p. 258.

Um exemplo da expansão dos direitos fundamentais, do ativismo judicial e da intervenção do Poder Judiciário nas funções do Legislativo e do Executivo ocorreu quando a Corte Americana, ainda sob a presidência do *Chief Warren*, decidiu sobre a segregação racial dos grupos minoritários nas escolas e ratificou a intenção da reforma social que seria promovida pela Suprema Corte Americana<sup>322</sup>.

Essa reforma social veio amparada pela supremacia dos direitos fundamentais que, interpretados diante da *judicial review*, poderiam ser efetivados em concreto através da participação efetiva do Poder Judiciário por meio da provocação do cidadão e de soluções legais mais criativas.

Embora para Christopher Wolfe o juiz, no exercício da *judicial review*, tenha que dizer apenas se uma lei é constitucional ou não<sup>323</sup>, o que prevalece são as soluções mais criativas e o ativismo judicial que advêm dessa forma de interpretação da Constituição.

Luís Roberto Barroso<sup>324</sup> ensina que ativismo judicial é

[...] é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Continua o autor dizendo que a ideia de ativismo judicial está ligada a uma participação mais extensa e mais intensa do Poder Judiciário na concretização dos princípios, valores e fins constitucionais, dilatando, outrossim, o espaço de interferência daquele Poder na esfera de atuação dos outros dois<sup>325</sup>.

Assim, escreve Luís Roberto Barroso<sup>326</sup>, que a postura ativista do Poder Judiciário vai se manifestar por diversas condutas, incluindo

[...] (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de

<sup>322</sup>WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law. Revised edition. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994. p. 262.

<sup>323</sup>Ibid., p. 101.

<sup>324</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20090130-01.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf)>. Acesso em: 14 set. 2011.

<sup>325</sup>Ibid.

<sup>326</sup>Ibid.

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

Dessa maneira, interferindo em tais políticas, o Poder Judiciário, através do controle de constitucionalidade, do ativismo judicial e da *judicial review*, apenas garantiria a concretização dos valores fixados previamente pela sociedade e convertidos em normas constitucionais. Cláudio Ari Mello<sup>327</sup>, sobre o assunto, ensina que

[...] os direitos fundamentais são pré-comprometimentos escolhidos pela própria soberania popular, no exercício do poder constituinte originário, e convertidos em direitos constitucionais atribuídos aos indivíduos, inclusive – e sobretudo – em face dos próprios órgãos governamentais criados pelo poder constituinte originário [...].

Diante disso, embora John Hart Ely<sup>328</sup> diga que “[...] *a body that is not elected or otherwise politically responsible in any significant way is telling the people’s elected representatives that they cannot govern as they’d like* [...]”, a questão não se resume no Poder Judiciário impedir os representantes do povo de governarem como querem, e sim garantir que a soberania popular, destacada no texto constitucional, prevaleça.

Com isso, o Poder Judiciário, guardando o direito constitucional, impede que as maiorias políticas de cada época fiquem livres para menosprezar os direitos da dignidade da pessoa humana e agir de forma apaixonada e irracional.

Questões de larga repercussão social ou política tendem a ser decididas pelo Poder Judiciário, sobretudo quando não encontram guarida nas instâncias políticas tradicionais, como a do Legislativo e a do Executivo<sup>329</sup>. A decisão do Poder Judiciário em tais questões legitima-se constitucionalmente, sobremaneira, quando seu objeto de fundo seja o atendimento de algum direito fundamental não concretizado ao cidadão pelos outros Poderes; seja em virtude do pré-comprometimento popular anterior à Constituição; seja em virtude do sistema constitucional brasileiro, um dos mais abrangentes do mundo<sup>330</sup>.

<sup>327</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 144.

<sup>328</sup> “[...] um corpo que não é eleito ou não é politicamente responsável de forma significativa está dizendo que os representantes eleitos do povo não podem governar como eles gostariam [...]” [tradução nossa]. ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University, 1980. p. 04-05.

<sup>329</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20090130-01.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf)>. Acesso em: 14 set. 2011.

<sup>330</sup> Ibid.

Dessa maneira, o sistema constitucional brasileiro, denominado híbrido ou eclético, que deita suas raízes sobre o sistema constitucional americano e europeu, permite que qualquer causa política ou moralmente relevante seja levada, em tese, ao controle do Supremo Tribunal Federal para apreciação.

Com isso, o Poder Judiciário, adotando a judicialização da política e o ativismo judicial<sup>331</sup>, deixou de lado a auto-contenção judicial<sup>332</sup>, não para restringir o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas, mas para privilegiar a consolidação material dos direitos fundamentais carentes de normatização pelo Poder Legislativo e de concretização pelo Poder Executivo.

Diante do exposto, nota-se que ao Poder Judiciário é permitido intervir nos demais Poderes para efetivar, por meio do controle das políticas públicas, a concretização dos direitos fundamentais. Entretanto, essa intervenção não pode ser feita sem critérios e pautada em um subjetivismo singular do caso concreto. É necessário que seja realizada de maneira razoável a fim de respeitar determinados parâmetros e obedecer, sobretudo, a harmonia pregada no texto constitucional.

Talvez a decisão mais significativa da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas venha do Supremo Tribunal Federal, na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45<sup>333</sup> – ADPF 45-9 –, por meio da decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello.

Nela, o Ministro do Supremo Tribunal Federal aponta requisitos para que a intervenção no controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário possa ser feita de maneira saudável e até “[...] como imperativo ético-jurídico [...]”<sup>334</sup>. Os referidos requisitos seriam: o mínimo existencial que, constitucionalmente, deve ser garantido ao cidadão; a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do

---

<sup>331</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20090130-01.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf)>. Acesso em: 14 set. 2011.

<sup>332</sup> Segundo Luís Roberto Barroso, a diferença metodológica entre o ativismo judicial e a auto-contenção judicial é a de que aquela procura extrair o máximo do texto constitucional, sem invadir o campo da livre criação do Direito, enquanto esta, a auto-contenção judicial, “[...] restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas”. BARROSO, op.cit., nota 265.

<sup>333</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF 45. Requerente: Partido da social democracia brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator: o e. Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça, Brasília, de 04 maio 2004. p. 12.

<sup>334</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2.011. p. 132.

Poder estatal; e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas, ou seja, a reserva do possível<sup>335</sup>.

Desta maneira, não basta a legitimidade constitucional do Poder Judiciário para intervir nos demais Poderes. É necessária a análise da razoabilidade da pretensão deduzida em face do Estado e a verificação se esta intervenção, pelo Poder Judiciário, é realmente proporcional a ponto de permitir a entrada deste Poder na esfera de competência dos demais.

Feita esta análise e consideradas razoáveis e proporcionais tanto a pretensão, quanto a intervenção, é imprescindível que o Poder Judiciário se atenha à reserva do possível, ou seja, ao poder econômico e capacidade financeira do ente estatal, para determinar a efetiva construção do direito fundamental atingido, sob pena de, não o fazendo, tornar inócuo qualquer comando jurisdicional ou vazia qualquer espécie de intervenção.

Esses assuntos – a razoabilidade e a reserva do possível como requisitos gerais na intervenção pelo Poder Judiciário nas políticas públicas –, ambos de suma importância para a elaboração do presente estudo, serão tratados no próximo capítulo.

---

<sup>335</sup> BRASIL, op.cit., p. 12, nota 269.

## CAPÍTULO 5 INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS

### 1 A RAZOABILIDADE E A RESERVA DO POSSÍVEL COMO REQUISITOS GERAIS PARA A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Já foi demonstrado que ao Poder Judiciário, guardião da Carta Magna, é permitido intervir no controle das políticas públicas para proteger a efetivação concreta dos direitos fundamentais, sobretudo do núcleo duro presente em cada direito social, analisado no caso concreto.

A função de proteger a Constituição, acrescida dos objetivos do Estado e agregada ao princípio da prevalência dos direitos humanos, confere legitimidade ao Poder Judiciário para averiguar, *in concreto*, o núcleo duro presente em cada direito constitucional prestacional não implementado ou carente de concretização pelos demais Poderes.

“É esse núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implemetá-las, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa [sic]”<sup>336</sup>.

Contudo, na tentativa de concretização dos direitos fundamentais e de averiguação do mínimo existencial, o Poder Judiciário não poderá intervir nas políticas públicas sem observar determinados requisitos balisadores.

Os limites que o Poder Judiciário deve observar permitem que ele, sem excessos, amparado na Carta Magna, supere os obstáculos que obstruem a concretização material dos objetivos do Estado.

Diante disso, serão tratados neste capítulo a razoabilidade e a reserva do possível como portas de entrada do Poder Judiciário na competência dos demais Poderes e

---

<sup>336</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 133.

como verdadeiros requisitos de permissão para sua intervenção no controle das polícias públicas.

Só depois de preenchidos esses requisitos e observados determinados preceitos constitucionais é que o Poder Judiciário intervirá, efetivamente, nas políticas públicas, corrigindo-as ou implementando-as, independentemente da existência de Lei.

Analisaremos primeiro a razoabilidade, examinando a proporcionalidade e seus subprincípios, bem como a origem e o conteúdo jurídico de cada expressão, além da posição adotada pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

Ultimada a análise da razoabilidade, passa-se para o exame de outro limite para a intervenção nas políticas públicas, qual seja, a reserva do possível, equivocadamente entendida na doutrina brasileira como as finanças do ente estatal.

## 2 A RAZOABILIDADE

Escreveu Ada Pellegrini Grinover que “[...] a razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade [...]”<sup>337</sup>. Em sentido amplo, a razoabilidade e a proporcionalidade ocupam lugar de vanguarda no Direito Constitucional, sendo entendidas como princípios jurídicos, citados, inclusive, em diversos textos da antiguidade.

Dessa maneira, para melhor compreender a razoabilidade de que trata a autora, é necessário, primeiramente, um acompanhamento da evolução histórica do princípio da proporcionalidade, visto que a doutrina guarda confusão entre a identidade daquele e deste<sup>338</sup> – criados no direito norte-americano e alemão, respectivamente.

---

<sup>337</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 133.

<sup>338</sup> J. J. Gomes Canotilho já salienta a influência do princípio da proporcionalidade na qualidade de regra de razoabilidade. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal: Edições Almedina, 2003. p. 267.

## a) O princípio da proporcionalidade

Entendido como ‘justa medida’ ou ‘justa proporção’ no Direito Continental Europeu, Daniel Sarmiento diz que o princípio da proporcionalidade tem sua gênese na filosofia clássica da Antiguidade<sup>339</sup>.

Segundo o autor<sup>340</sup>,

Inicialmente, a idéia de proporcionalidade adstringia-se ao Direito Penal. A partir de Beccaria, cristalizou-se o entendimento de que as sanções criminais deviam ser proporcionais à gravidade dos delitos praticados. Daí, já no século XIX, o princípio da proporcionalidade alcança o Direito Administrativo, onde passa a ser concebido como **medida para as limitações administrativas da liberdade individual** [grifo do autor].

Explica Daniel Sarmiento que a trajetória do princípio se inicia na França, com a jurisprudência do *Conséil D’Etat* – citada no capítulo anterior – que, por meio do julgamento do *recours pour excès de pouvoir*<sup>341 342</sup>, elaborou a doutrina do desvio de finalidade do ato administrativo, a partir da qual foi permitido, com o tempo, o controle e a proporcionalidade dos atos da Administração.

“No entanto, a inexistência de um controle de constitucionalidade *a posteriori* na França travou o desenvolvimento do princípio em questão em sede constitucional [...]”<sup>343</sup>.

Assim, segundo os ensinamentos de Daniel Sarmiento, a constitucionalização efetiva do princípio da proporcionalidade no direito europeu continental só ocorreu, de fato, após a Segunda Guerra Mundial, “[...] como reação às barbaridades cometidas pelo legislador nazista”<sup>344</sup>.

Dessa maneira, diante dos possíveis abusos do legislador, a Corte Constitucional alemã, preocupando-se com a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, transferiu para seu direito constitucional “[...] o princípio da proporcionalidade – às

<sup>339</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003. p. 78.

<sup>340</sup> Ibid., p. 79.

<sup>341</sup> Ibid., p. 80.

<sup>342</sup> Marcos Maselli Gouvêa afirma que a noção de razoabilidade e a de proporcionalidade já eram largamente utilizadas como fundamento para a tomada de decisões pelo *Conséil D’Etat*, muito embora esses termos não fossem expressamente escritos. Essa noção era usada onde se sopesava o custo-benefício dos atos administrativos. GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 128.

<sup>343</sup> SARMENTO, op.cit., p. 80, nota 275.

<sup>344</sup> SARMENTO, op.cit., p. 80, nota 275.

vezes também denominado como princípio da proibição do excesso – que passou a ser utilizado com frequência como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis<sup>345</sup>.

Paulo Bonavides, concordando em raciocínio com o autor e citando autorizada doutrina, salienta que, no que tange à dogmática dos direitos fundamentais, após a 2ª Guerra Mundial a descoberta mais importante foi o princípio da proporcionalidade e o desenvolvimento do conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais<sup>346 347</sup>.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “[...] na sua função como critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais o princípio da proporcionalidade costuma ser desdobrado em três elementos [...]”<sup>348</sup>. Estes são esboçados por J. J. Gomes Canotilho como subprincípios do princípio da proporcionalidade, quais sejam, da conformidade ou adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Em relação ao subprincípio da adequação, o autor<sup>349</sup> escreve que este

[...] impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é *apto* para e *conforme* os fins justificativos da sua adopção (*Zielkonformität, Zwecktauglichkeit*). Trata-se, pois, de controlar a *relação de adequação medida-fim* [grifos do autor].

Quanto ao princípio da exigibilidade, também conhecido como princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, este “[...] coloca a tónica na ideia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*”<sup>350</sup> [grifo do autor]. Com isso, seria exigida a prova de que, para obter determinados fins, é impossível adotar outro meio menos danoso ao cidadão<sup>351</sup>.

---

<sup>345</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003. p. 80.

<sup>346</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. Atual. São Paulo: Malheiros editores, 2011. p. 602.

<sup>347</sup> Este conteúdo jurídico-objetivo, segundo Paulo Bonavides, provoca a chamada ‘hipertrofia dos direitos fundamentais’ e uma mudança do cidadão para o Estado que, a partir daí, através da sociedade, passa a exercer uma hegemonia, principalmente com o aparecimento das novas gerações de direitos fundamentais. *Ibid.*, p. 603.

<sup>348</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 397.

<sup>349</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal: Edições Almedina, 2003. p. 270.

<sup>350</sup> *Ibid.*, p. 270.

<sup>351</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal: Edições Almedina, 2003. p. 270.

No que concerne ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, deste é extraída a ‘justa medida’. Sobre ele, escreve J.J. Gomes Canotilho que

Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de <<medida>> ou <<desmedida>> para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim<sup>352</sup>.

Paulo Bonavides<sup>353</sup>, apoiado em doutrina alemã, também admite subdivisões no princípio da proporcionalidade. O autor escreve, ainda, que em sentido amplo<sup>354</sup> o princípio “[...] é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder”<sup>355 356</sup>.

Em dimensão menos larga, continua Paulo Bonavides: “[...] o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”<sup>357</sup>.

Interessante observar que, embora Humberto Ávila considere a proporcionalidade um postulado normativo aplicativo<sup>358</sup>, esse autor admite que sua efetivação se dá

<sup>352</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal: Edições Almedina, 2003. p. 270.

<sup>353</sup> Em sentido amplo, Paulo Bonavides, citando inúmeros autores alemães, admite ter o princípio da proporcionalidade elementos parciais ou subprincípios, constituídos na pertinência ou aptidão, que devem nos mostrar se determinada medida representa “[...] o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público [...]”, a necessidade, cuja medida “[...] não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja ou uma medida para ser admissível deve ser necessária [...]” e na proporcionalidade em *stricto sensu*, cuja escolha da medida “[...] recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem em conta o conjunto de interesses em jogo [...]”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. Atual. São Paulo: Malheiros editores, 2011. p. 398-399.

<sup>354</sup> Confira também: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 255-258 e GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 133. Esses autores também anotam a existência de elementos ou subprincípios do princípio da proporcionalidade. A professora da USP se ampara em J. J. Gomes Canotilho, já o Ministro do Supremo Tribunal Federal, no jurista português e em vasta doutrina alemã.

<sup>355</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros editores, 2011. p. 393.

<sup>356</sup> Gilmar Ferreira Mendes salienta que o princípio da proporcionalidade também “[...] é invocado, igualmente, quando Poderes, órgãos, instituições ou qualquer outro partícipe da vida constitucional ou dos processos constitucionais colocam-se em situações de conflito. Daí a aplicação do referido princípio em situações de conflito de competência entre União e Estado ou entre a maioria e minoria parlamentar ou, ainda, entre o parlamento e um dado parlamentar”. MENDES; BRANCO, op.cit., p. 248, nota 290.

<sup>357</sup> BONAVIDES, op.cit., p. 393, nota 289.

<sup>358</sup> Segundo o autor: “Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto de aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**.

apenas em situações em que há causalidade entre dois elementos, um meio e um fim, consentindo, também, ao exame dos subprincípios propostos por Canotilho<sup>359</sup>.

Cristina Queiroz, em sua obra específica sobre “Direitos Fundamentais Sociais”, também discorre sobre o tema concordando, outrossim, com a mesma divisão do autor português por vezes citado<sup>360</sup>.

Considerando seus três subprincípios, J. J. Gomes Canotilho escreve que “[...] o campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da *restrição* dos direitos, liberdades e garantias por actos dos poderes públicos”<sup>361</sup> [grifo do autor], ou seja, “[...] as medidas restritivas dos direitos fundamentais devem ser proporcionais ao fim visado e jamais atingirem a substância do direito”<sup>362</sup>.

Dessa maneira, o princípio da proporcionalidade limita, por consequência, o cerceamento aos direitos fundamentais e transforma, de corolário, o legislador em um funcionário da Constituição<sup>363</sup>, proibindo os excessos e as restrições por vezes praticadas pelo Poder Público.

Diante disso, protegendo os direitos fundamentais de eventual dano, o princípio da proporcionalidade se vincula àqueles direitos, amarrando, igualmente, quem está encarregado de concretizar os objetivos – também fundamentais – do Estado. Por esse motivo J. J. Gomes Canotilho escreveu que “[...] o princípio da proibição do excesso aplica-se a todas as espécies de actos dos poderes públicos. Vincula o *legislador, a administração e a jurisdição*”<sup>364 365 366</sup> [grifos do autor].

---

Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros editores, 2010. p. 124.

<sup>359</sup> Ibid., p. 163.

<sup>360</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 2006. p. 166-167.

<sup>361</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Portugal: Edições Almedina. 2003, p. 272.

<sup>362</sup> Ibid., p. 269.

<sup>363</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. Atual. São Paulo: Malheiros editores, 2011. p. 425.

<sup>364</sup> CANOTILHO, op.cit., p. 272, nota 297.

<sup>365</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 135.

<sup>366</sup> Nesta ocasião, Ada Pellegrini Grinover, para vincular o Poder Judiciário ao princípio da proporcionalidade, cita João Batista Lopes que disse que: “Pelo princípio da proporcionalidade o juiz, ante o conflito levado aos autos pelas partes, deve proceder à avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àqueles que, segundo a ordem jurídica, ostentar maior releve e expressão [...]. Não se cuida, advirta-se, de sacrificar um dos direitos em benefício do outro, mas de aferir a razoabilidade dos interesses em jogo à luz dos valores consagrados no sistema jurídico”. LOPES, João Batista. Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 72-73. In:

Já como cânone jurídico, Daniel Sarmento afirma que o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade está ligado umbilicalmente ao aparecimento do Estado de Direito na modernidade<sup>367</sup>. Tanto que a primeira referência à proporcionalidade foi feita pelo Supremo Tribunal Federal, em 1953, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário nº 18.331, onde o então Ministro, Orozimbo Nonato, afirmou que o poder de tributar pode se assemelhar ao confisco quando exercido de maneira irrazoável e desproporcional<sup>368</sup>. Vejamos:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*.

Ada Pellegrini Grinover também explana sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade pela Suprema Corte Constitucional sob a égide da Constituição de 1967, com Emenda de 1969, com a denominação de ‘critério de razoabilidade’.

Analisando a lei que formulava as exigências do exercício da profissão de corretor de imóveis, o Supremo Tribunal Federal determinou que o legislador “[...] somente poderia estabelecer condições de capacidade respeitando o critério de razoabilidade, devendo o Poder Judiciário aferir se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público”<sup>369</sup>.

Por essas razões é que Ingo Wolfgang Sarlet afirma que o princípio da proporcionalidade é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, obrigando o ente estatal a agir, tanto preventiva, quanto repressivamente, na proteção e concretização dos direitos fundamentais<sup>370</sup>.

Assim, guardião da Constituição, o Poder Judiciário deverá utilizar-se da proporcionalidade para questionar e aferir se as omissões ou restrições aos direitos

---

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 133.

<sup>367</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003. p. 78.

<sup>368</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 249.

<sup>369</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 136.

<sup>370</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 397.

fundamentais praticadas pelo Poder Público, observados os objetivos fundamentais insculpidos na Constituição de 1988, são realmente pertinentes.

Conquanto complementem-se e o princípio da proporcionalidade funcione como medida para a aplicação do princípio da razoabilidade, há diferenças entre este e aquele, como dito acima.

Dessa maneira, para que se possam entender tais diferenças apontar semelhanças e compreender como o Poder Judiciário deverá obter a chave da porta que dá acesso à reserva do possível, antes é necessário o exame da razoabilidade propriamente considerada.

## b) A razoabilidade

Embora a divisão divulgada por J. J. Gomes Canotilho, adotada pela maior parte da doutrina, possa dar ares de tranquilidade à conceituação da proporcionalidade, insta enfatizar que a discussão é acesa – na esfera doutrinária e jurisprudencial<sup>371</sup> – no que concerne ao conteúdo e significado jurídicos relativos tanto à razoabilidade, quanto à própria proporcionalidade.

Como se percebeu, o autor português seguiu a doutrina germânica para delimitar o conceito e as aplicações do princípio da proporcionalidade, admitindo que a razoabilidade não passa de um *standard* jurisprudencial daquele princípio, que visa “[...] recolocar a administração (e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão”<sup>372</sup>.

Entretanto, há fortes e autorizadas vozes que diferem a razoabilidade da proporcionalidade em seu conteúdo jurídico, significado e, principalmente, origem.

Luís Roberto Barroso, por exemplo, salienta que “[...] o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal,

---

<sup>371</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 396.

<sup>372</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal: Edições Almedina, 2003. p. 268.

instituto ancestral do direito anglo-saxão<sup>373</sup> e possui raízes e desenvolvimento fincados no direito norte-americano.

Concordando com o autor, Carlos Roberto Siqueira e Castro escreveu que esse princípio, que radica a moderna concepção de legalidade, “[...] pode ser considerado um dos mais antigos e veneráveis institutos da ciência jurídica, cuja trajetória perpassou os séculos desde o medievo e garantiu sua presença no direito contemporâneo com renovado vigor<sup>374</sup>.

O princípio do devido processo legal, na verdade, remonta sua matriz à cláusula do *law of the land*<sup>375</sup>, presente no artigo 39<sup>376</sup> da *Magna Charta* de 1215 – um dos grandes documentos que antecedem o constitucionalismo. Essa cláusula garantia aos proprietários das terras, aos homens livres e aos barões vitoriosos “[...] a inviolabilidade de seus direitos relativos à vida, à liberdade e, sobretudo, à propriedade, que só poderiam ser suprimidos através da ‘lei da terra’ (*per legem terrae* ou *law of the land*)<sup>377</sup>.

Embora a *Magna Charta* não tenha utilizado, claramente, o termo *due process of law*, é certo que esta sucedeu o termo *law of the land* quando, no século seguinte – mais especificamente em 1354 – o Parlamento inglês editou uma lei em que constava, expressamente, *due process of law* ao invés de *per legem terrae*<sup>378</sup>.

Assim, a cláusula *due process of law* ingressou, primeiramente, nas colônias inglesas da América do Norte (a ‘Nova Inglaterra’), sendo, mais tarde, incorporada na “[...] Constituição da nascente federação dos Estados Unidos<sup>379</sup>, sobretudo no *Bill*

---

<sup>373</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. [S.l.: s.n.], 2009. p. 225.

<sup>374</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 05.

<sup>375</sup> BARROSO, op.cit., p. 224, nota 309.

<sup>376</sup> “*No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land*”. “Nenhum homem livre será preso ou apreendido, ou despojados de seus direitos ou bens, ou desterrado ou exilado, ou privado de sua posição de qualquer outra forma, nem vamos continuar com força contra ele, ou enviar outros a fazê-lo, exceto por legítimo julgamento de seus iguais ou pela lei da terra” [tradução nossa]. Disponível em: <<http://www.fordham.edu/halsall/source/magnacarta.asp>>. Acesso em: 07 out. 2011.

<sup>377</sup> CASTRO, op.cit., p. 07, nota 310.

<sup>378</sup> Ibid., p. 08

<sup>379</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 08.

*of Rights*<sup>380</sup>. Dessa maneira, através da ‘recepção’, o direito norte-americano teve o “[...] o mérito de embalá-la, criá-la e fazê-la florescer com inexcedível criatividade [...]”<sup>381</sup>.

Desenvolvendo-se em proporções inacreditáveis nos Estados Unidos, o princípio do devido processo legal é marcado por duas grandes fases – a de cunho eminentemente processual (*procedural due process*) e a de caráter substantivo (*substantive due process*).

Embora a primeira fase tenha se voltado para a regularidade dos processos penal, civil e administrativo, foi a fase substantiva que se tornou “[...] importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental”<sup>382</sup>. É por intermédio dessa fase “[...] que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral”<sup>383</sup>.

Como forma de controlar o arbítrio e a discricionariedade dos atos do Poder Público e, sobretudo, para mensurar e conter os excessos, o devido processo legal, por meio da sua esfera substantiva, marca a entrada do Poder Judiciário em cena como “[...] árbitro autorizado e final das relações do governo com a sociedade civil, revelando o seu papel de protagonista e igualmente ‘substantivo’ no seio das instituições governamentais”<sup>384</sup>.

Assim, a atuação do Poder Judiciário nas relações dos Poderes com a sociedade civil, se faz, sobretudo, porque a ele cabe interpretar e proteger a Constituição, para garantir a implementação dos direitos individuais dos cidadãos.

Como visto, a doutrina do caráter substantivo do devido processo legal começou a ganhar contornos no final do século XIX, “[...] como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica”<sup>385</sup>. Todavia, foi no início do século XX que foi decidido pela Suprema Corte americana, o *leading case* na área do controle judicial da legislação.

---

<sup>380</sup> Maneira pela qual são chamadas as dez primeiras emendas à Constituição norte-americana, aprovadas em 15/12/1971. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. [S.l.: s.n.], 2009. p. 224.

<sup>381</sup> CASTRO, op.cit., p. 08, nota 315.

<sup>382</sup> BARROSO, op.cit., p. 224, nota 316.

<sup>383</sup> BARROSO, op.cit., p. 225, nota 316.

<sup>384</sup> CASTRO, op.cit., p. 45, nota 315.

<sup>385</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. [S.l.: s.n.], 2009. p. 227.

Trata-se do famoso caso *Lochner*<sup>386</sup> v. *New York*, no qual, em 1905, a Suprema Corte americana julgou o *Bakeshop act*<sup>387</sup>, ou “lei das padarias”. Esta lei do Estado de Nova York proibia o trabalho dos padeiros por mais de 10 (dez) horas por dia e 60 (sessenta) horas por semana<sup>388</sup>. Assim, analisando o caso, a Suprema Corte americana considerou inconstitucional aquela lei, visto que, a garantia do devido processo legal “[...] assegurava aos empregados e empregadores a faculdade de livremente contratarem a duração do trabalho diário, portanto, sem qualquer ingerência do Poder Público”<sup>389</sup>.

Como a Suprema Corte invalidou outras inúmeras leis sob o mesmo fundamento, esse período de intenso ativismo judicial ficou conhecido como “Era Lochner”. A partir do julgamento do *Bakeshop act* a “[...] Suprema Corte passou a prestigiar não só a liberdade contratual, mas também a liberdade do cidadão de não ser alvo de legislação desarrazoada, desproporcional, arbitrária ou desnecessária”<sup>390</sup>.

Tanto é assim que, pelo advento do *New Deal*, após a crise de 1929, Franklin Roosevelt – que foi eleito Presidente dos Estados Unidos em 1932 – iniciou a confecção de inúmeras leis de amplo alcance social e intervenção no domínio econômico. Em 1935, essas leis, contestadas, começaram a chegar à Suprema Corte que, fiel à “[...] doutrina *Lochner* e hostil ao intervencionismo estatal, passou a invalidar diversas leis importantes para o plano de recuperação econômica”<sup>391</sup>.

Dessa maneira, fundada no princípio do devido processo legal, a razoabilidade encontra guarida, também, no princípio da isonomia, pelo qual as restrições dos direitos das partes devem ser razoáveis, considerando a situação que elas vivenciam naquele momento.

Assim, explanando sobre a razoabilidade, Perelman salientou que “[...] toda vez que um direito ou um poder qualquer, mesmo discricionário, é concedido a uma

---

<sup>386</sup> Joseph Lochner – proprietário da panificadora “*Lochner’s Home Bakery*”.

<sup>387</sup> USA, Supreme Court of the United States. Appeal 198 U.S. 45 (1905). **Lochner e New York**. Relator Peckham. 23 fev. 1905. Disponível em: <[http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1904/1904\\_292/](http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1904/1904_292/)>. Acesso em: 08 out. 2011.

<sup>388</sup> Joseph Lochner contestou a constitucionalidade da lei, porquanto fora condenado à pena restritiva de liberdade por infringência da jornada de trabalho dos padeiros programada naquela lei.

<sup>389</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 52.

<sup>390</sup> ABAD, Raphael Madeira. **A eficácia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na perspectiva dos direitos fundamentais**. 2007. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2007.

<sup>391</sup> BARROSO, op.cit., p. 228, nota 321.

autoridade ou a uma pessoa de direito privado, esse direito ou esse poder será censurado se for exercido de uma forma desarrazoada [...]”<sup>392</sup>.

Ainda sobre a razoabilidade, continua o autor dizendo que “[...] o que é essencial é que, num Estado de direito, quando um poder legítimo ou um direito qualquer é submetido ao controle judiciário, ele poderá ser censurado se for exercido de forma desarrazoada, portanto inaceitável”<sup>393</sup>.

A evolução do princípio da razoabilidade, então, atravessa o sentido que a Constituição americana passou hoje a significar – novas relações do Poder Público com os indivíduos e a sociedade civil, refletindo, assim, no início do século XXI, na ótica do homem sobre a liberdade e a solidariedade<sup>394</sup>.

Pela simples leitura e confrontação de datas, nota-se que o princípio da razoabilidade firmou-se antes do que o princípio da proporcionalidade. Diante disso, dados os objetivos que aproximam os princípios, sobretudo a proteção dos direitos individuais, o exercício e restrições de direitos e demais bens tutelados na Constituição, “[...] foi de certo modo natural que expressiva parcela da doutrina e da jurisprudência pátria visualizasse conexões, se não identidade, entre um e outro”<sup>395</sup>, passando-se a relacionar o “[...] princípio da proporcionalidade com a garantia do devido processo legal”<sup>396</sup>.

Como demonstração doutrinária da conexão feita entre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, destaca-se o trabalho de Suzana de Toledo Barros sobre o tema, quando, afirmando a construção dogmática alemã do princípio da proporcionalidade, escreve que este “[...] corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos”<sup>397</sup>.

Na esfera jurisprudencial, a título de ilustração da aproximação conceitual dos princípios, tem-se o fragmento do acórdão extraído da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade – ADIN 1407 / DF –, onde o Tribunal Pleno do

---

<sup>392</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 429.

<sup>393</sup> Ibid., p. 429.

<sup>394</sup> Ibid., p. 27.

<sup>395</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 202.

<sup>396</sup> Ibid., p. 202.

<sup>397</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 57.

Supremo Tribunal Federal, na sessão do dia 07.03.1996, através da pena de seu relator, o Ministro Celso de Mello, enunciou que

O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV)<sup>398</sup>.

A constatação é clara, no aresto do Supremo Tribunal Federal, de que a confusão entre o princípio da razoabilidade e a cláusula do *due process of law* são tão próximas que são consideradas uma coisa só.

Entretanto, como demonstrado, o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade possuem origens, estruturas e modos de aplicação diferentes. Assim, sua aproximação não poderia ser tamanha a ponto de considerá-los uma única coisa. Por essa razão, é que a distinção entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade alça voos mais altos e ganha contornos mais fortes quando, por exemplo, Virgílio Afonso da Silva<sup>399 400</sup>, de forma contundente, afirma:

Proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos. Enquanto aquela tem uma estrutura racionalmente definida, que se traduz na análise de suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), esta ou é um dos vários *topoi* dos quais o STF se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins.

A distinção dos institutos é clara. A proporcionalidade possui três níveis de aplicação que precisam ser percorridos. Caso o aplicador não percorra a estrutura do princípio, não será a proporcionalidade que estará, efetivamente, em causa<sup>401</sup>.

<sup>398</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. ADIN 1.407 / DF. Requerente: Partido Comunista do Brasil PC do B. Requerido: Presidente da República e o Congresso Nacional. Relator: o e. Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça, Brasília, de 24 nov. 2000. p. 86.

<sup>399</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

<sup>400</sup> Disse ainda o autor: “A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma *estrutura* racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* –, que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, *claramente*, da mera exigência da razoabilidade” [grifos do autor]. *Ibid.*, p. 30.

<sup>401</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. ver. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 401.

A razoabilidade, como dito por Virgílio Afonso da Silva, é “[...] uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins”<sup>402</sup>, desestruturada, em comparação com a proporcionalidade.

Todavia, o ponto de aproximação entre os dois princípios, para que a razoabilidade seja considerada a medida da proporcionalidade, situa-se no terceiro subprincípio da proporcionalidade, qual seja, o da proporcionalidade em sentido estrito, que exige a comparação “[...] entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, examinando, em síntese, se as vantagens produzidas pela adoção do meio superam as desvantagens advindas da sua utilização”<sup>403</sup>.

Em que pesem as discussões sobre princípios, regras e a técnica da ponderação – que não são objetivos de estudo neste trabalho – o que não se nega, é que a razoabilidade e a proporcionalidade se vinculam ao Direito Constitucional através dos direitos fundamentais, ganhando, assim, dimensão tão larga quanto outros princípios constitucionais afins, como, por exemplo, o princípio da igualdade<sup>404</sup>.

Tanto é assim, que José Sérgio da Silva Cristóvam<sup>405</sup> afirma que a razoabilidade e a proporcionalidade “[...] configuram-se como parâmetros, critérios e padrões de interpretação, que possibilitam o sopesamento entre princípios constitucionais contrapostos, bem como a verificação da legitimidade e juridicidade dos atos legislativos, administrativos e judiciais”.

Considerando as particularidades de cada linha de raciocínio, enfatiza-se o que escreveu José Sérgio da Silva Cristóvam<sup>406</sup>, que não é o nome que determina o instituto e sua natureza jurídica e que, tentar “[...] remodelar a terminologia aplicada à razoabilidade e à proporcionalidade seria fazer olhos cegos à já consolidada cultura jurídica nacional”.

O que se observa é que, à medida que se fala tanto em proporcionalidade, quanto em razoabilidade, esses princípios dão o norte de que, imperativamente, todos os

---

<sup>402</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

<sup>403</sup> SARLET, op.cit., p. 400-401, nota 337.

<sup>404</sup> SARLET, op.cit., p. 63, nota 337.

<sup>405</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007. p. 193.

<sup>406</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007. p. 194.

atos, no campo público ou privado, devem se coadunar “[...] com a noção de um *direito justo* ou da *justa medida* no regramento das relações intersubjetivas ou no arbitramento das situações em conflito”<sup>407</sup> [grifos do autor].

Daniel Sarmiento<sup>408</sup> diz que, em última análise, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade têm sido utilizados “[...] como poderosa ferramenta para aferição da conformidade das leis e dos atos administrativos com os ditames da razão e da justiça [...]”<sup>409</sup>. É também a ideia de Walter Jellinek de que “[...] **não se deve usar canhões para matar pardais** [...]”<sup>410</sup> [grifo do autor].

Do exposto, nota-se que, embora as divisões que se possam fazer acerca da razoabilidade e proporcionalidade, ou da conceituação destas como regras, princípios ou postulados, a resposta a que se chega – obtida principalmente do cotejo entre a doutrina e a jurisprudência nacional – é que aquela se assemelha a esta em uma noção de direito justo, justa medida, ou seja, a análise das vantagens produzidas pela adoção de um meio em razão das desvantagens advindas da sua utilização.

Diante dessa semelhança, para intervir nas políticas públicas “[...] o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o legislador ou o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecido pela Constituição”<sup>411</sup>.

Com a análise, o Juiz poderá não somente considerar se a escolha do agente público foi desarrazoada<sup>412</sup>, mas verificar a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público<sup>413</sup>.

Chegando à conclusão da irrazoabilidade do ato discricionário, o Poder Judiciário imporá ao Poder Público, ou a formulação de correta política pública, ou a

---

<sup>407</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 204-205.

<sup>408</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed. 3ª. tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003. p. 77.

<sup>409</sup> Ibid., p. 77.

<sup>410</sup> Ibid., p. 77.

<sup>411</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 137.

<sup>412</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 137.

<sup>413</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF 45. Requerente: Partido da social democracia brasileira PSDB. Requerido: Presidente da República. Relator: o e. Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça, Brasília, de 04 mai. 2004. p. 12.

implementação daquela que ainda carece de concretização. Entretanto, esse comando jurisdicional não pode, simplesmente, através da própria discricionariedade do Poder Judiciário, ser direcionado sem pautar-se em mais um requisito para a intervenção nas políticas públicas.

Dessa maneira, para que seu comando não seja inócuo, vazio ou inexecutável o Poder Judiciário, ciente da irrazoabilidade do ato do Poder Público, analisará a reserva do possível – tida como a disponibilidade financeira do Estado – para a implementação ou a correção das políticas públicas, que visam à concretização dos objetivos fundamentais encravados no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

A reserva do possível, assim, será objeto do estudo seguinte.

### 3 A RESERVA DO POSSÍVEL

Admitida a intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas e considerado irrazoável o ato do Poder Público, resta agora, analisar o aspecto financeiro que esta interferência provocará no ente estatal.

Para a implementação dos direitos fundamentais carentes de concretização, o Poder Judiciário deverá ordenar que o Estado realize, ou não, determinada atitude ou corrija e implemente a política pública defeituosa. Tais determinações do Poder Judiciário gerarão despesa para o ente estatal e o direito deverá ser colocado em paralelo com a disponibilidade financeira do Poder Público, visando, por meio das políticas públicas, à efetiva concretização do direito fundamental analisado.

Dessa maneira, resta examinar se a escassez de recursos, sempre alegada pelo Estado, impediria a concretização real e efetiva do direito fundamental carente de realização. Trata-se, portanto, da dimensão econômica dos direitos.

Trabalhando com os valores advindos da concretização dos direitos, os americanos Stephen Holmes e Cass R. Sustein iluminaram o que antes, para a ciência jurídica, não era objeto de preocupação: todo direito tem um custo, desde os mais simples, até o mais complexos. Nem mesmo as divisões entre direitos negativos e positivos

isentam os direitos de um custo, de uma visão financeira. Explicando, os autores<sup>414</sup> escreveram que

*“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. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights. Rights are costly because remedies are costly [...] almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse<sup>415</sup>.*

Assim, como todos os direitos são exigíveis perante o Judiciário, os custos da implementação desses direitos serão suportados pelo Estado e, por consequência, pela sociedade<sup>416</sup>.

Por simples raciocínio, percebe-se que os direitos de liberdade podem ser garantidos a todos os cidadãos sem sobrecarregar os cofres públicos, enquanto “[...] os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado”<sup>417</sup>.

Dessa maneira, segundo os autores, a defesa dos direitos só seria possível se houvesse uma estrutura estatal capaz de impor, coercitivamente, o cumprimento das normas, de modo a obrigar os destinatários a efetivarem os comandos nelas previstos<sup>418</sup>.

Diante da escassez dos recursos necessários para a implementação dos direitos, sobretudo os fundamentais, estes perdem seu significado, seu caráter absoluto e não passam de simples promessas escritas em pedaços de papel<sup>419</sup>. Assim, os

---

<sup>414</sup> HOLMES, Stephen; RUSSEN, Cass R. **The Cost of Rights**. Why Liberty Depends on Taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999. p. 43.

<sup>415</sup> ““Onde há um direito, há um remédio” é uma máxima clássica legal. Indivíduos gozam de direitos em um quadro jurídico em oposição a um sentido moral somente se as injustiças que sofrerem forem justas e corrigidas pelo seu governo. Esse ponto simples revela a inadequação da distinção dos direitos em negativos e positivos. O que mostra é que todos os direitos legalmente protegidos são necessariamente direitos positivos.

Direitos são caros porque os remédios são caros [...] quase todo o direito implica um dever correlativo, e deveres são levados a sério apenas quando sua negligência é punida pelo poder público servindo-se dos cofres públicos” [tradução nossa]. Ibid., p. 43.

<sup>416</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Efetividade Frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 186.

<sup>417</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal: Edições Almedina, 2003. p. 481.

<sup>418</sup> HOLMES, Stephen; RUSSEN, Cass R. **The Cost of Rights**. Why Liberty Depends on Taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999. p. 94.

<sup>419</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Efetividade Frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 187.

direitos fundamentais viveriam sempre à sombra e à dependência dos recursos do Estado para se concretizar.

Então, o problema não está em admitir o custo de todos os direitos. “Os problemas começam a surgir, por outro lado, quando se admite a escassez de recursos estatais para a promoção dos direitos fundamentais”<sup>420</sup>.

Flávio Galdino, também fazendo uma leitura da obra dos autores americanos, chega à conclusão de que, como é indispensável ao Estado reconhecer a efetivação dos direitos, este só funciona em razão da captação de recursos dos indivíduos singularmente observados, ou seja, “[...] os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita”<sup>421</sup>.

Dessa forma, os custos dos direitos podem figurar como uma limitação à plena realização dos direitos fundamentais, sobretudo dos sociais; daí a necessária análise da reserva do possível, que, doravante, passa ser objeto de conceituação.

O termo reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) foi criado na Alemanha por seu Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), no caso em que se discutia “[...] sobre a possibilidade de o Judiciário criar vagas na Faculdade de Medicina para estudantes habilitados no vestibular, mas não classificados”<sup>422</sup>. Assim, nessa decisão, o Tribunal Constitucional Alemão considerou que algumas prestações estatais ficam sujeitas ao que o indivíduo, de forma razoável, pode exigir da sociedade. Ou seja, determinadas prestações estatais sujeitam-se à reserva do possível.

A preocupação original da teoria da reserva do possível era compreendida diante da proporcionalidade e da razoabilidade da pretensão de direito, deduzida em face do Estado, e equivalia à “[...] ‘reserva democrática’, no sentido de que as prestações

---

<sup>420</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 66.

<sup>421</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 204.

<sup>422</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010. p. 313-339.

sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador”<sup>423</sup>.

Ana Carolina Lopes Olsen, analisando a jurisprudência alemã acerca do tema, disse que nos julgados do Tribunal Constitucional Alemão “[...] a exigência de prestações onerosas do Estado é vista [como dito] sob o prisma da razoabilidade, da proporcionalidade da pretensão em relação à necessidade de satisfação do direito”<sup>424</sup>.

Dessa maneira, para o direito alemão, violaria a cláusula da reserva do possível “[...] a pretensão que, se satisfeita, pode gerar um desequilíbrio no sistema jurídico, afetando inclusive o princípio da igualdade material e do Estado Social”<sup>425</sup>.

Assim, para a doutrina alemã, “[...] a reserva do possível não é um princípio jurídico, nem um limite dos limites, mas um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais, que na Alemanha não se consideram direitos fundamentais”<sup>426</sup>.

Entretanto, não foi o que a doutrina brasileira – que tomou o termo literalmente considerado (*Vorbehalt des Möglichen*) sem observar as peculiaridades em que foi criado – admitiu. A doutrina e a jurisprudência brasileiras levaram em consideração como sendo reserva do possível exatamente a reserva orçamentária do ente estatal para efetivação de determinados direitos fundamentais.

Segundo Ana Carolina Lopes Olsen, tal equívoco se deu, justamente, porque a leitura da reserva do possível pela doutrina e jurisprudência brasileiras foi feita observando a interpretação dada pelo constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho<sup>427</sup>.

Tanto que Ricardo Lobo Torres chega a nominar de ‘desinterpretação’ a reserva do possível quando aplicada, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência brasileira. O autor diz, inclusive, que na decisão da ADPF nº 45, o Supremo Tribunal Federal, através da decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, abusou da imprecisão

---

<sup>423</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010. p. 324.

<sup>424</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Efetividade Frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 222.

<sup>425</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Efetividade Frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 222.

<sup>426</sup> Ibid., p. 324.

<sup>427</sup> Ibid. p. 222.

terminológica do termo, “[...] utilizando a expressão ‘disponibilidade financeira’ para suprir assim a falta de verba orçamentária como a de dinheiro”<sup>428</sup>, “[...] servindo para alargar desmesuradamente a judicialização da política orçamentária até o campo dos direitos sociais [...]”<sup>429</sup>.

Concorda-se com o autor no que tange somente ao perigo do econômico prevalecer sobre o jurídico para impedir a concretização dos direitos fundamentais. Dessa maneira, é salutar a fala de Ana Carolina Lopes Olsen<sup>430</sup> quando escreve que

A reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas, como os direitos sociais, pois nada poderia ser feito, ainda que houvesse ‘vontade política’, face à escassez de recursos. Interessante observar que estes recursos nunca não escassos para outros fins, de modo que a própria noção de escassez merece ser investigada, e não tomada como um dado de verdade irrefutável.

Conquanto se considere, neste trabalho, o posicionamento de Ricardo Lobo Torres acerca da reserva do possível, não se destoará do abraçado pela doutrina e jurisprudência brasileiras no que concerne à perquirição dos recursos do Estado, necessários para a concretização dos direitos fundamentais sindicados perante o Poder Judiciário<sup>431</sup>.

A indagação do Poder Judiciário ao ente estatal sobre a inexistência de recursos e suas desculpas para tangenciar o cumprimento das obrigações impostas, sobretudo no que tange aos direitos fundamentais sociais, bifurca a investigação da reserva do possível em duas facetas, quais sejam, a fática e a jurídica.

Hoje já é possível vencer tais argumentos; entretanto, a ausência de um estudo aprofundado acerca da reserva do possível funcionou diversas vezes como

---

<sup>428</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010. p. 325.

<sup>429</sup> Ibid., p. 326.

<sup>430</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Efetividade Frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 209.

<sup>431</sup> Essa concretização dos direitos fundamentais através da perquirição de fundos monetários do Estado obedece, também, ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil em 24/01/1992. Esse Pacto, que assegura livremente o desenvolvimento econômico, social e cultural da pessoa humana, salienta que esses direitos devem ser exercidos “[...] até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados [...]”, até o máximo de seus recursos disponíveis. Isso significa que, pelo texto do Pacto, nem a reserva do possível pode servir de argumento à implementação dos direitos lá tratados, quais sejam, os econômicos, sociais e culturais. Disponível em: <[http:// www.oas.org](http://www.oas.org)>. Acesso em: 26 dez. 2011.

[...] mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao Judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas<sup>432</sup>.

Dessa maneira, para superar o obstáculo econômico, a reserva do possível é encarada, de maneira fática, como a [...] inexistência de recursos para efetivar os direitos sociais<sup>433</sup>, “[...] algo próximo da exaustão orçamentária”<sup>434</sup>.

Assim, tendo o Poder Judiciário compromisso constitucional com a realização dos direitos fundamentais e observada a amplitude de sua competência, além de o Poder Público ser enxergado como devedor, no caso de lesão ao direito fundamental sindicável, a simples escusa da ausência de recursos não será suficiente para impedir a intervenção do guardião da Constituição na esfera de competência do ente estatal para concretizar a política pública.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>435</sup> discorrendo sobre o tema, disse que

[...] levar a sério a ‘reserva do possível’ (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, que ao poder público cabe o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.

Com isso, nesse campo, para o Poder Público vigoram, tanto a regra da inversão do ônus da prova – insculpida no inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor – quanto a regra da distribuição dinâmica de seu ônus, “[...] que flexibiliza o art. 333, CPC, para atribuir a carga da prova à parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade de prová-los”<sup>436</sup>. Dessa maneira, alegando o Poder Público a exaustão orçamentária, caberá a ele prová-la efetivamente.

Comprovada a inexistência dos recursos, o Poder Público certamente irá utilizar o argumento da indisponibilidade de rubricas já alocadas para o cumprimento de outras obrigações. Temos, então, a reserva do possível analisada sob sua dimensão jurídica, que estaria diretamente amarrada à lei orçamentária, que não é vinculante.

<sup>432</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 278.

<sup>433</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 78.

<sup>434</sup> BARCELLOS, op.cit., p. 278, nota 367.

<sup>435</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 356.

<sup>436</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 138.

Assim, “[...] a teoria da ‘reserva do possível’ revela-se inconsistente com a realidade do Estado social, ideologia em relação à qual o Brasil encontra-se alinhado por força da Constituição Federal de 1988”<sup>437</sup>.

Dessa maneira, caso o Poder Público dirija ao Poder Judiciário o argumento da reserva do possível – tanto fática, quanto jurídica – como escusa para a implementação da política pública e reparação do direito fundamental lesado, nascerá para o ente estatal a condenação a duas obrigações de fazer “[...] a inclusão no orçamento da verba necessária para ao adimplemento da obrigação; e à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação”<sup>438</sup>.

Diante disso, o orçamento servirá, embora mediante a imposição do Poder Judiciário, como “[...] vetor de conduta das formas de expressão do poder estatal para a prospecção futura de recursos”<sup>439</sup>.

Essa prospecção de recurso no orçamento imposta ao Estado pelo Poder Judiciário, como demonstrado, não é ordenada sem o preenchimento de determinados pressupostos.

Assim, antes da inclusão da verba orçamentária para a implementação da política pública, o Poder Judiciário, como dito, verificará, por meio das regras da proporcionalidade e da razoabilidade, tanto se a conduta do legislador ou do administrador público visou atingir os fins colimados pelo artigo 3º da Constituição Federal, quanto a viabilidade da pretensão deduzida em face do ente estatal. Somente após essas verificações o Poder Judiciário adentrará na reserva do possível do Estado e imporá as obrigações necessárias à concretização efetiva da política pública e a criação de condições de igualdade substancial entre os cidadãos, se for o caso.

Analisados os requisitos para a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, notou-se que a interferência na competência dos Poderes Legislativo e Executivo é feita, sobretudo, para atingir os objetivos fundamentais do Estado,

---

<sup>437</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 232.

<sup>438</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 138.

<sup>439</sup> CANELA JUNIOR, opt.cit., p. 232, nota 272.

guardados no artigo 3º da Constituição Federal, cumulado com a prevalência dos direitos humanos, presente no artigo 4º da Carta Magna.

Todavia, resta demonstrar se é cabível ao Poder Judiciário intervir diretamente na competência daqueles poderes considerando a inexistência de lei, a inércia da administração pública, a ausência da reserva do possível, bem como o foco central deste trabalho, ou seja, o mínimo existencial como pressuposto para a intervenção no controle de políticas públicas.

## **CAPÍTULO 6 A INTERVENÇÃO DIRETA DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

### **1 A INTERVENÇÃO DIRETA DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA INEXISTÊNCIA DA LEI OU DA INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO**

É sabido que os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988 – sobretudo os prestacionais – colocaram o Estado em uma posição passiva no que tange à prestação daqueles direitos e criaram para o cidadão o direito subjetivo de exigir, perante o órgão competente, o cumprimento da obrigação de que passou a ser titular.

Para suportar a obrigação constitucionalmente imposta, o Estado, através do Poder Legislativo e do Poder Executivo, formulará políticas públicas valendo-se da função específica de cada órgão. Então, em uma harmoniosa junção, o Poder Legislativo se encarregará de, através das leis, decretos e outros instrumentos normativos, elaborar a política pública, enquanto o Poder Executivo, regra geral, de executá-las.

Com a elaboração das políticas públicas, os Poderes do Estado deverão se esforçar para colocá-las em prática, materializando os direitos fundamentais, prestigiando a igualdade material, cumprindo os objetivos constitucionalmente previstos e garantindo o mínimo existencial ao cidadão subjetivamente carente.

Nos capítulos anteriores discorreu-se sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, sobretudo quando essas não estejam implementadas ou contenham defeitos que prejudiquem o direito fundamental analisado. Essa intromissão do Poder Judiciário se dá, sobremaneira, para cotejo da compatibilização das políticas públicas existentes com os objetivos fundamentais do Estado, gravados na Carta Magna de 1988.

A ingerência do Poder Judiciário e suas diversas ações no controle de políticas públicas promovem, portanto, a concreta defesa dos direitos fundamentais. Essa defesa visa a garantir ao cidadão o núcleo duro de cada direito fundamental social

em apreço, por exemplo, afiançando-lhe, de consequência, a ínfima parcela da dignidade da pessoa humana da qual faz jus.

Observe-se, entretanto, que a intervenção do Poder Judiciário que se admite acima depende da existência das leis ou dos atos normativos enquanto manifestação da política pública defeituosa ou mal formulada.

Interessante, pois, a indagação se ao Poder Judiciário seria possível a intervenção direta na política pública frente à inexistência de comando legislativo ou inércia da Administração na sua materialização.

A questão começa a ser respondida, primeiramente, considerando a condição do Estado como devedor da obrigação advinda da positivação dos direitos fundamentais sociais e do direito nascido para o cidadão, titular do direito fundamental constitucionalmente previsto e positivado.

A inexistência do comando legislativo que preveja a concretização do direito fundamental social não é problema que impeça sua exigibilidade, haja vista que, embora dotadas de teores eficaciais distintos<sup>440</sup>, as normas que prevêem tais direitos colocam o cidadão frente à justicialidade<sup>441</sup> do direito não implementado, ou seja, diante da efetiva presença do direito, da tutela principal a ser perseguida por ele, cidadão.

É cediço, pelo princípio democrático expresso na ideia de soberania popular, contido no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal<sup>442</sup>, que o poder político é exercido primariamente pelos representantes do povo, quais sejam, os membros do Poder Legislativo e o membro do Poder Executivo. Destes são as atribuições de elaborar as leis, destinar os recursos, executar as políticas públicas etc.

Embora também o Poder Judiciário seja Poder do Estado, seus membros não são eleitos, e sim recrutados através de provas e concursos, cabendo ao Poder Legislativo e ao Executivo a ideia central da governança. Porém, apesar disso,

---

<sup>440</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2010. p. 55.

<sup>441</sup> WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; \_\_\_\_\_. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 213-224.

<sup>442</sup> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

também o Poder Judiciário é responsável, juntamente com os outros dois, pela concretização ótima dos direitos.

Ficando o Poder Legislativo e o Executivo imóveis na materialização daqueles direitos – seja pela inexistência de lei ou pela inércia na execução da política pública – a dignidade humana do cidadão será lesada e, por consequência, os Poderes poderão estar infringindo, também, o núcleo duro do direito fundamental representado pelo mínimo existencial.

Entretanto, nem sempre os Poderes atacam diretamente o núcleo duro presente em cada direito fundamental social. É que “[...] além do *mínimo existencial*, há outros direitos fundamentais sociais que, apesar de sua relevância, não são dotados do mesmo grau de essencialidade para a efetividade do princípio da dignidade humana [...]”<sup>443</sup> [grifo do autor]. E mesmo que tais direitos não possuam, na essência, a qualidade de satisfazer o princípio da dignidade da pessoa humana

Alguns desses direitos, porém, estão definidos em normas constitucionais com **densidade suficiente** para poderem ser havidas como explicitadoras de política pública de implementação obrigatória pelos órgãos do Estado, independentemente de prévia ponderação complementar, seja do Legislativo, seja do Executivo<sup>444</sup> [grifo do autor].

Por esta razão Eros Roberto Grau leciona que o Poder Judiciário é o último a aplicar o direito. “Isso significa que, se a Administração Pública ou um particular – ou mesmo o Legislativo – de quem se reclama a correta aplicação do direito, nega-se a fazê-lo, o Poder Judiciário poderá ser acionado para o fim de aplicá-lo”<sup>445</sup>.

Neste cenário de penumbra jurídica e lesão ao mínimo existencial, o cidadão, protegido pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição – previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna – de posse do qualificativo do direito material<sup>446</sup> de que faz jus, poderá bater às portas do Poder Judiciário, que lhe dará abrigo.

Dentre os instrumentos jurídicos capazes de propiciar a concretização do direito fundamental violado, temos as ações constitucionais (ação direta de

---

<sup>443</sup> WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; \_\_\_\_\_. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 213-224.

<sup>444</sup> Ibid., p. 220.

<sup>445</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 335.

<sup>446</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2010. p. 216.

inconstitucionalidade por omissão, a argüição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção) e a jurisdição ordinária.

Apesar de não ser objeto deste trabalho o estudo aprofundado desses mecanismos processuais constitucionais, é necessária sua análise superficial para, ao menos, apontar um remédio para provocar a ação do Poder Judiciário diante da inexistência da lei ou da inércia da Administração. É o que se passa a fazer.

## a) Da jurisdição constitucional

### a.1) A ação direta de inconstitucionalidade por omissão

De competência originária do Supremo Tribunal Federal – alínea ‘a’ do inciso I do artigo 102 da CF/88 – a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como o próprio nome sugere, visa corrigir uma omissão inconstitucional, uma inconstitucionalidade negativa, sobretudo quando o Poder Público deixa de praticar determinado ato que a Constituição traz como obrigatório.

Escreve Regina Maria Macedo Nery Ferrari que isso acontece

[...] com a função legislativa, quando da existência de normas constitucionais não exequíveis por si e o legislador não elabora as leis necessárias para sua efetiva aplicação; na função administrativa, quando o Poder Executivo recebe competência para expedir regulamentos visando à execução das leis e não os expede, o que pode ser considerado como omissão inconstitucional indireta, pois a não expedição do regulamento impede a execução dessas leis e, conseqüentemente, a aplicação e realização do texto constitucional [...]<sup>447 448</sup>.

<sup>447</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas – Normatividade, Operatividade e Efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 243-244.

<sup>448</sup> Flávia Piovesan ensinou que “[...] a omissão legislativa, jurídico-constitucional relevante, existe quando o legislador não cumpre o dever constitucional de emanar normas, destinadas a atuar as imposições constitucionais permanentes e concretas. Isto significa que o legislador violou, por ato omissivo, o dever de atuar concretamente, imposto pelas normas constitucionais. Logo, o conceito de omissão aponta a não fazer aquilo a que de forma concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado, ou seja, a omissão constitucional está relacionada à exigência concreta de ação contida nas normas constitucionais. PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 91-93.

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, segundo Michel Temer, “[...] é de realizar, na sua plenitude, a vontade do constituinte”<sup>449</sup>.

Continua o autor dizendo que

Os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles simplesmente programáticos não deixarão de ser invocáveis e exequíveis em razão da inércia do legislador. O que se quer é que a *inação* (omissão) do legislador não venha a impedir o auferimento de direitos por aqueles a quem a norma constitucional se destina<sup>450</sup> [grifo do autor].

Assim, a ação preenche todas as “[...] lacunas inconstitucionais, para que, algum dia, todas as normas constitucionais alcancem eficácia plena e possam irradiar, com máxima eficácia efeitos normativos”<sup>451 452</sup>.

Dessa maneira, proposta a ação e obtendo a declaração da omissão inconstitucional, “[...] será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”<sup>453</sup>.

Da própria norma do § 2º do artigo 103 da Carta Magna, extrai-se que o prazo para a efetivação das medidas quando se trata de órgão administrativo é de trinta dias, enquanto, quando o órgão é o Poder Legislativo, este apenas tomará ciência da decisão que declarou a omissão inconstitucional, sem atribuição de qualquer prazo para que a providência se cumpra.

Flávia Piovesan ensinou que inexistem meios de “[...] assegurar o efetivo cumprimento do preceito constitucional, ou seja, nada está a garantir que o Poder

---

<sup>449</sup> TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros editores, 2010. p. 52.

<sup>450</sup> Ibid., p. 52.

<sup>451</sup> PIOVESAN, op.cit., p. 113, nota 385.

<sup>452</sup> Interessante que J. J. Gomes Canotilho escreve que: “O relevo modesto da inconstitucionalidade por omissão prova as dificuldades do conjunto de políticas públicas. Estas reconduzem-se fundamentalmente a um conjunto de decisões e acções adoptadas pelo Governo para influir sobre um determinado problema. Os juizes não se podem transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar jurisdicionalmente os órgãos políticos a cumprir um determinado programa de acção. Pode censurar-se, através do controlo de constitucionalidade, actos normativos densificadores de uma política de sinal contrário à fixada nas normas-tarefa da Constituição. Mas a *política deliberativa* sobre as *políticas* da República pertence à política e não à justiça” [grifos do autor]. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal: Edições Almedina, 2003. p. 946.

<sup>453</sup> Art. 103, § 2º da CF/88: Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 out. 2011.

Legislativo irá legislar e, ao mesmo tempo, caso não legisle, não há como imputar sanção ao comportamento inconstitucional deste Poder<sup>454</sup>.

A autora sugere, ainda, que seria mais conveniente que o Supremo Tribunal Federal declarasse a omissão inconstitucional “[...] e fixasse prazo para que o legislador omissor suprisse a omissão constitucional, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional<sup>455</sup>”.

Porém, mesmo que houvesse meios coercitivos que impusessem ao Poder Legislativo ordem para confeccionar a lei inexistente, ainda assim, por hipótese, nada garantiria a execução daquele comando pelo Poder Executivo, que poderia se manter inerte, demandando, novamente, a ação do Poder Judiciário, agora, para concretizar a política estabelecida na lei.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como tentou se demonstrar nestas poucas linhas, não é instrumento suficientemente eficaz na intervenção direta do Poder Judiciário – ante a inexistência de lei ou a inércia da Administração – para permitir o controle das políticas públicas porque, além de não indicar prazo para o Poder Legislativo confeccionar o comando normativo que prescreverá a política pública advinda daquela lei inexistente – fruto da omissão inconstitucional – não possui força suficiente para determinar que o Poder Executivo concretize a política outrora elaborada.

## a.2) Arguição de descumprimento de preceito fundamental

O § 1º do artigo 102 da Constituição Federal de 1988 traz a seguinte redação: “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

A controvérsia na aplicação da ação de descumprimento de preceito fundamental – ADPF -, no controle de políticas públicas inicia-se com a definição do que sejam os tais ‘preceitos fundamentais’ a ponto de exigir a proteção constitucional invocada.

---

<sup>454</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas** – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 121-122.

<sup>455</sup> *Ibid.*, p. 126.

José Afonso da Silva diz que preceito fundamental não é sinônimo de princípios fundamentais. É expressão mais ampla que abraça aqueles princípios e todos os preceitos “[...] que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para autonomia dos Estados, do Distrito Federal e, especialmente as designativas de *direitos e garantias fundamentais*”<sup>456</sup> [grifo do autor].

Concordando com o autor, Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera alarga o sentido de ‘preceito fundamental’ dizendo parecer evidente que abranja, no mínimo, os direitos e garantias fundamentais, mas não somente esses. “Pode abranger princípios e até mesmo regras constitucionais”<sup>457</sup>.

Assim, quando o objetivo dos legitimados for “[...] evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”<sup>458</sup> ou “[...] quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” caberá a propositura da ação de descumprimento de preceito fundamental.

Interessante observar que o princípio da subsidiariedade previsto no § 1º do artigo 4º da Lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999<sup>459</sup> poderia sugerir em leitura excessivamente literal que a “[...] ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial”<sup>460</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes defende que, haja vista o caráter objetivo da ADPF, o princípio da subsidiariedade atua de modo a “[...] impedir a banalização da atividade de jurisdição constitucional”<sup>461</sup>, ou seja, “cabível a ação direta de

---

<sup>456</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 562.

<sup>457</sup> ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Contornos e perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 434.

<sup>458</sup> BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 06 dez. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm)>. Acesso em: 22 out. 2011.

<sup>459</sup> Que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Ibid.

<sup>460</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1243.

<sup>461</sup> Ibid., p. 1244.

inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento”<sup>462</sup>. Continua o autor ensinando que

Em sentido contrário, não sendo admissível a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla geral e imediata – há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>463</sup>.

Entretanto, Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera discorda da aplicação seca e inflexível do princípio da subsidiariedade mormente porque, embora a ADPF em sua origem e regulamentação aproxime-se mais do controle concentrado de constitucionalidade, os “[...] dois tipos de controle judicial – difuso e concentrado – surgiram com um objetivo precípua: assegurar a proteção dos valores garantidos na Constituição pelo Judiciário”<sup>464</sup>.

Assim o autor destaca que a subsidiariedade deve acontecer de forma que se perceba que os dois tipos de controle tenham como alvo a eficácia do provimento final e a proteção dos preceitos constitucionais globalmente considerados <sup>465</sup>. Desta maneira, em determinadas hipóteses, o princípio da subsidiariedade suportaria a mitigação no caso do preceito fundamental ser “[...] tão ou mais importante que o próprio princípio da subsidiariedade”<sup>466</sup> ou “[...] quando o interesse esteja em risco de ser violado e a manutenção da situação então dada levaria [levasse] à ineficácia do provimento acaso concedido em decisão final nos autos da arguição ou mesmo em outro instrumento”<sup>467</sup>.

Assim, diante da relevância do preceito fundamental invocado, a inconstitucionalidade da política pública que permite a intervenção direta do Poder

---

<sup>462</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1245.

<sup>463</sup> *Ibid.*, p. 1245.

<sup>464</sup> ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Contornos e perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 434.

<sup>465</sup> *Ibid.*, p. 436.

<sup>466</sup> *Ibid.*, p. 436.

<sup>467</sup> ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Contornos e perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 436.

Judiciário deve ser aberrante ao ponto que seja afastada de plano, sob pena, inclusive, de ingerência dos Poderes<sup>468</sup>.

Entretanto, essa intervenção direta do Poder Judiciário nas políticas públicas por meio da ADPF, não implementa o mínimo existencial presente no núcleo duro do direito social reclamado, apenas suspende a eficácia da política pública inconstitucional e teratológica para evitar, ainda mais, a lesão ao direito fundamental reclamado.

É que “não compete, assim, ao Judiciário escolher qual a política pública, dentre duas hipóteses igualmente constitucionais, seja melhor. É dizer, a inconstitucionalidade da política pública adotada deve ser grotesca e clara”<sup>469</sup> a ponto de permitir que o Poder Judiciário intervenha diretamente e dissolva a lesão ao núcleo duro do direito social perseguido.

Desta maneira, apesar da ADPF ser instrumento eficaz na intervenção direta do Poder Judiciário nas políticas públicas – desde que em casos de grotesca escolha pelo Poder Público – não satisfaz a contento a concretização material do mínimo existencial reclamado, eis que impede que a lesão ao núcleo duro reclamado ou se protraia no tempo, mas não determina a concretização do direito fundamental lesado.

### a.3) O mandado de injunção

Também objetivando dissolver as omissões inconstitucionais, o legislador constituinte previu, no inciso LXXI do artigo 5º da Carta Magna, o mandado de injunção.

Luís Roberto Barroso, frente ao que dispõe o comando constitucional acima citado, diz que “[...] como não há cláusula restritiva, estão abrangidos [no mandado de

---

<sup>468</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 439.

<sup>469</sup> *Ibid.*, p. 439.

injunção] todos os direitos constitucionais, sejam individuais, coletivos, difusos, políticos ou sociais”<sup>470</sup>.

Acesa é a controversa questão sobre os efeitos da decisão que julga o mandado de injunção. Há correntes que se posicionam sobre o caráter mandamental da decisão proferida na injunção. Segundo este posicionamento, ao Poder Judiciário caberia cientificar o órgão omissor da demora na confecção do comando legislativo e, tratando-se de direito oponível contra o Estado, determinar a suspensão tanto dos processos judiciais quanto administrativos cujos danos, haja vista a omissão inconstitucional, adviriam ao impetrante<sup>471</sup>.

Essa corrente era adotada pelo Supremo Tribunal Federal que, após o julgamento do mandado de injunção com fundamento no § 3º do artigo 8º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Magna de 1988, passou a assinar o prazo de 60 (sessenta) dias para que terminasse o processo legislativo, incluindo a sanção presidencial, além de reconhecer ao impetrante – caso ultrapassado os 60 (sessenta) dias – a faculdade de obter, em face da União e pela via processual adequada, a reparação do dano oriundo da omissão constitucional. Ratificou também o Supremo o direito do impetrante ao aproveitamento dos pontos mais favoráveis da lei, mesmo se confeccionada *a posteriori* ou se editada após o trânsito em julgado da sentença que apreciou a injunção impetrada.<sup>472</sup>

A outra corrente a que se filia Luís Roberto Barroso entende ter a decisão do mandado de injunção natureza constitutiva, “[...] devendo o juiz criar a norma regulamentadora para o caso concreto, com eficácia *inter partes*, e aplicá-la, atendendo, quando seja o caso, à pretensão veiculada”<sup>473</sup> [grifo do autor].

Para o autor, o mandado de injunção tem caráter instrumental, haja vista que a solução propugnada pelo Juiz atenderá ao caso concreto para declarar nulo um ato, constituir uma nova relação jurídica, condenar a determinada prestação e emitir uma ordem para que se deixe de fazer ou faça alguma coisa<sup>474</sup>.

---

<sup>470</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 255.

<sup>471</sup> Ibid., p. 268.

<sup>472</sup> Ibid., p. 268.

<sup>473</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 267.

<sup>474</sup> Ibid., p. 267.

Indiferente à escolha da doutrina adotada sobre a decisão proferida no mandado de injunção, o ponto pacífico entre elas é que sua eficácia se opera apenas *inter partes*.

A questão é que, embora ao Poder Judiciário, por meio do mandado de injunção, seja permitido “[...] inovar o ordenamento jurídico suprindo, em cada decisão que tomar, as lacunas que, se fossem mantidas, atuariam como obstáculo à plena exeqüibilidade da norma constitucional [...]”<sup>475</sup>, esse instrumento propiciará ao Poder Judiciário “[...] criar norma de decisão [apenas] para o caso concreto [...]”<sup>476</sup>.

Dessa maneira, pode-se perceber que o uso do mandado de injunção só é possível para provocar a intervenção direta do Poder Judiciário nas políticas públicas quando a lei for inexistente e não para quando se constate a inércia da Administração Pública em cumprir o comando normativo já existente. Isto ocorre porque, prolatada a sentença de injunção, o impetrante, após suprida a carência legislativa, terá, pela via processual adequada, que perseguir perante o Poder Judiciário a implementação do direito fundamental exigido.

É necessário, então, um instrumento capaz de, permitindo a reparação do direito fundamental lesado, admitir, de forma concreta, a intervenção direta e integral do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, quando inexistente a lei ou inerte a Administração. Está se falando na ação civil pública – de assento constitucional garantido – que se constitui em instrumento capaz de afiançar, inclusive com viés coletivo, a concretização do mínimo existencial ferido por meio da apreciação da lesão ao direito fundamental analisado.

## **b) Da jurisdição ordinária**

### **b.1) A ação civil pública**

A ação civil pública é o instrumento mais utilizado e mais idôneo para requerer o controle jurisdicional de políticas públicas, perante a jurisdição ordinária.

---

<sup>475</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas** – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 163.

<sup>476</sup> *Ibid.*, p. 159.

Introduzida ao ordenamento jurídico pela Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985 a ação civil pública visa reprimir os danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o alcance das normas da Lei da ação civil pública foi aumentando, passando, assim, esse instrumento a tutelar, doravante, todos os direitos difusos e coletivos. O Código de Defesa do Consumidor ampliou a tutela para os direitos individuais homogêneos e, através de seu artigo 90<sup>477</sup>, autorizou a aplicação das disposições processuais a todos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, possibilitando o acesso à Justiça por determinadas massas<sup>478</sup>, desde que legitimamente representadas.

Ada Pellegrini Grinover salienta que o princípio da efetividade e da adequação da tutela jurídica – presente no artigo 75 do Código Civil revogado<sup>479</sup> e decorrente do inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna – foi abrigado expressamente no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor<sup>480</sup>, chegando a autora a afirmar, ainda, que ele é aplicável “[...] a todos os direitos e interesses, violados ou ameaçados, mesmo fora das relações de consumo”<sup>481</sup>.

Dessa maneira, ao cidadão, diante da acionabilidade dos direitos fundamentais sociais e da lesão ao mínimo existencial, são colocadas à disposição, para livrar o Poder Judiciário da inércia, “[...] todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”<sup>482</sup>, inclusive a ação civil pública quando omissa o

---

<sup>477</sup> Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições. BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078orig.htm)>. Acesso em: 22 out. 2011.

<sup>478</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 713.

<sup>479</sup> Art. 75. A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura. BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 jan. 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 22 out. 2011.

<sup>480</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE. Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 144.

<sup>481</sup> Ibid., p. 145.

<sup>482</sup> Artigo 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. rev. ampl. atual. conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 834.

Poder Legislativo ou inerte o Executivo no que tange à concretização dos objetivos fundamentais do Estado por meio das políticas públicas.

Cristina Fonseca Frischeisen<sup>483</sup> concorda com a utilização da ação civil pública como instrumento hábil para o controle de políticas públicas quando diz que

[...] o não agir (a omissão) ou a ação de forma não razoável para atingir a finalidade constitucional (desvio de finalidade), que contraria o devido processo legal que rege as obrigações da Administração em contrapartida aos direitos dos cidadãos às prestações positivas do Estado, são passíveis de responsabilização e controle judicial da ação civil pública.

Concorda-se com o pensamento da autora, sobretudo porque ações deste jaez poderão ter como objeto “[...] a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”<sup>484</sup>.

Assim, diante da lesão ou ameaça de lesão que prejudique o mínimo existencial, o cidadão poderá, diante da inexistência de lei ou da inércia da Administração, provocar o Poder Judiciário por meio da ação civil pública para sanar o dano que corrói o seu direito.

Para corrigir de forma direta as políticas públicas, o Poder Judiciário se valerá do artigo 3º da Lei da ação civil pública, servindo-se, também, caso necessário, do § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil<sup>485</sup>, determinando, assim, a materialização efetiva do mínimo existencial ofendido, interferindo, diretamente, na esfera de competência dos demais Poderes.

Não se pretende, nisso, atribuir ao Judiciário o desempenho de funções que são próprias do Legislativo – ou seja, a de produção de ato legislativo – ou mesmo do Executivo – ou seja, a de produção de ato administrativo. O que se sustenta – e, no caso, sob o manto do princípio da supremacia da Constituição – é, meramente, cumprir ao Poder Judiciário assegurar a pronta exeqüibilidade de direito ou garantia constitucional imediatamente aplicável, dever que se lhe impõe a mercê do qual lhe é atribuído o poder,

<sup>483</sup>FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas** – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000. p. 125-126.

<sup>484</sup> Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 22 out. 2011.

<sup>485</sup> § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em: 22 out. 2011.

na autorização que para tanto recebe, de, em cada decisão que a esse respeito tomar, produzir direito <sup>486</sup>.

Possível à intervenção direta do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, esta se dará observando a razoabilidade e a reserva do possível – limites impeditivos também à atuação excessiva daquele Poder dentro da competência dos demais.

Tentou-se demonstrar neste capítulo que a inércia do Poder Legislativo em exercer a competência típica que lhe é outorgada – ou seja, confeccionar os instrumentos que permitem a concretização das políticas públicas – e a estagnação do Poder Executivo em concretizar as políticas públicas elaboradas autorizam a intervenção direta do Poder Judiciário com fins de concretizar os objetivos fundamentais do Estado, previstos no artigo 3º da Carta Magna.

Possível a intervenção direta do Poder Judiciário nas políticas públicas, importa analisarmos, doravante, se é viável a concretização do mínimo existencial frente à inexistência de recursos do Estado. É o que será feito a seguir.

## 2 O MÍNIMO EXISTENCIAL DIANTE DA INEXISTÊNCIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Foi exposto em tópico apropriado deste trabalho que o mínimo existencial é formado “[...] pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde[ndo] a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana [...]”<sup>487</sup>. Esta fração é assegurada “[...] por um extenso elenco de direitos fundamentais sociais, tais como direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistencial social, ao acesso à justiça, à moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção à maternidade e à infância”<sup>488</sup>.

Mostrou-se também que o princípio da dignidade da pessoa humana “[...] não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança

<sup>486</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 336-337.

<sup>487</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 292.

<sup>488</sup> WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; \_\_\_\_\_. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 219.

social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada<sup>489</sup>.

*Mutatis mutandis*, J. J. Gomes Canotilho se referindo a Constituição Portuguesa salienta que “relativamente aos direitos, liberdades e garantias, a Constituição portuguesa garante e protege um *núcleo essencial* destes direitos contra leis restritivas (núcleo essencial como reduto último de defesa) [...]”<sup>490</sup>, continuando, o autor a escrever que

todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um **núcleo básico de direitos sociais** (*minimum core of economic and social rights*), na ausência do qual o estado português se deve considerar infrator das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. Nesta perspectiva, o ‘rendimento mínimo garantido’, as ‘prestações de assistência social básica’, o ‘subsídio de desemprego’ são verdadeiros direitos sociais *originariamente* derivados da constituição sempre que eles constituam o *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito <sup>491</sup> [grifos do autor].

Assim, sendo os direitos fundamentais exigíveis e possuindo sindicabilidade diante do Poder Judiciário, o cidadão poderia persegui-los, impondo não somente a realização da Constituição Federal de 1988, mas também a concretização do mínimo existencial presente no núcleo duro de cada direito social que, analisado no caso concreto, seria concedido por meio de determinados recursos materiais para garantir uma existência digna.

Impondo a satisfação do mínimo existencial, ou seja, dando ao cidadão a pequena parcela da sua dignidade humana, o Poder Judiciário gerará despesa que deverá ser suportada pelo Estado, haja vista que este não implementou as políticas públicas necessárias para a concessão espontânea dos direitos fundamentais.

Sabe-se que o Estado, por vezes, utiliza-se do argumento da reserva do possível – dos custos dos direitos – como escusa para cumprir, seja a determinação constitucional, seja a decisão do Poder Judiciário acerca da garantia real dos direitos fundamentais.

---

<sup>489</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: \_\_\_\_\_; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-50.

<sup>490</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Portugal: Edições Almedina, 2003. p. 518.

<sup>491</sup> *Ibid.*, p. 518.

Na verdade, o Estado deveria, sem qualquer ingerência, conceder espontaneamente os direitos sociais, porquanto condição *sine qua non* para a satisfação dos fins encravados no artigo 3º da Carta Magna de 1988, sobretudo porque “[...] os bens jurídicos por eles tutelados (art. 6º, em especial) efetivamente criam condições de igualdade substancial entre os cidadãos”<sup>492</sup>.

A preocupação que tenta ser dissolvida neste tópico é a da necessidade de implementação do mínimo existencial frente à inexistência de recursos para a concretização do direito fundamental constitucionalmente imposto.

Embora pareça que a realização dos direitos fundamentais esteja presa à saúde financeira do Estado por meio do orçamento, é este que deve prestigiar a implementação das políticas públicas e a satisfação do mínimo existencial, não o contrário.

Ato estatal que é, o orçamento também não se afasta dos objetivos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, uma vez que ele é o “[...] instrumento legal de atuação do Estado na economia, no qual são fixados os objetivos a serem atingidos”<sup>493</sup>, constando, nesse documento, os recursos e a quê eles se destinam.

Embora se tenha certeza de que o orçamento deva privilegiar os objetivos fundamentais do Estado, porquanto confeccionado por ente responsável pela concretização dos direitos fundamentais, sabe-se, outrossim, que a escolha de alocação dos recursos financeiros é praticamente política. Dessa maneira, “[...] o argumento da ‘exaustão orçamentária’ presta-se unicamente a encobrir as trágicas escolhas que deixaram de fora do universo do possível a tutela de um determinado ‘direito’”<sup>494</sup>.

A razão para a alocação dos recursos no orçamento, então, não deve ser obtida sob o ponto de vista político, mas sim por meio da lente da meta central das Constituições modernas, sobretudo a de 1988<sup>495</sup>. Para promover o bem-estar do

---

<sup>492</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 230.

<sup>493</sup> *Ibid.*, p. 231.

<sup>494</sup> GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 214.

<sup>495</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 287.

homem, tal meta consiste em assegurar a própria dignidade, “[...] que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência”<sup>496</sup>.

Ana Paula Barcellos ensina que “[...] ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-á estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos”<sup>497</sup>. Ainda segundo a autora, “[...] apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir”<sup>498</sup>.

Assim, “[...] garantir condições materiais essenciais à dignidade humana (o mínimo existencial) é a prioridade do Estado brasileiro”<sup>499</sup>. Continua Ana Paula Barcellos<sup>500</sup> escrevendo que

Essa prioridade constitucional haverá de refletir na forma como são gastos os recursos públicos, que deverão ser canalizados prioritariamente para a prestação dos serviços e/ou entrega de bens necessários a produzir, no mundo dos fatos, a assertiva referida: garantir condições materiais essenciais à dignidade humana.

As escolhas políticas presentes no orçamento que prestigiem outros fins que não os objetivos fundamentais do Estado deverão, após comprovada a lesão a direito fundamental, ser alvo de intervenção do Poder Judiciário para garantir as condições materiais essenciais à dignidade humana por meio das políticas públicas.

Com essa interferência, o Poder Judiciário passa a integrar a rede de negociação política<sup>501</sup>. Celso Fernandes Campilongo, por sua vez, ressalta que

Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. [...] Assim, o juiz não aparece mais como o responsável pela tutela de direitos e das situações subjetivas, mas também como um dos titulares da distribuição de recursos e da construção de equilíbrios entre os interesses supra-individuais.

Agindo de maneira pró-ativa, o Poder Judiciário – investigando as possíveis causas de inexistência de recursos alegadas pelo ente estatal ou a alocação equivocada destas – não paralisará suas ações apenas na simples atividade “[...] declaratória de

<sup>496</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 287.

<sup>497</sup> Ibid., p. 287.

<sup>498</sup> Ibid., p. 287.

<sup>499</sup> Ibid., p. 288.

<sup>500</sup> Ibid., p. 288.

<sup>501</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005. p.48.

lesão aos direitos fundamentais por alegada insuficiência de recursos do Estado<sup>502</sup>; pelo contrário, buscará a concretização material do direito fundamental lesado, vinculando o orçamento, no tempo, à respectiva efetivação<sup>503</sup>.

Isso, certamente, quando o Poder Judiciário não estiver frente a uma tutela de urgência, pois, nesses casos, “[...] o princípio da reserva do possível não deverá constituir obstáculo para a imediata satisfação do direito [...]”<sup>504</sup> e àquele Poder será permitida, inclusive, a interferência direta no orçamento, buscando a concessão integral do bem da vida perseguido.

Tanto é assim que, sensível ao tema, o Ministro Luiz Fux – à época no Superior Tribunal de Justiça –, votando em mandado de segurança onde se pleiteava obter tratamento por meio de aparelho terapêutico não fabricado no país em infante portadora de doença congênita grave – mielomeningocele infantil –, afirmou que

Um País que promete, em sua Constituição Federal, o respeito à dignidade humana não pode condescender em assistir impassível à morte de uma criança por falta do instrumento capaz de conceder-lhe a vida. **Imaginei que só os médicos poderiam conceder a vida, verifico que à Justiça também é possível**<sup>505</sup> [grifo nosso].

Importante lembrar que, em ambos os casos – ou na vinculação do orçamento no tempo ou na intervenção direta no orçamento em casos de tutela de urgência –, o princípio da proporcionalidade “[...] será o critério limitador da intervenção judicial em políticas públicas e o instrumento processual ético para a efetivação dos direitos fundamentais”<sup>506</sup>, permitindo, por consequência, “[...] a tutela integral dos direitos fundamentais sem que se corrompa a integridade do sistema jurídico”<sup>507</sup>.

Agindo dessa maneira, o Poder Judiciário realinhará a conduta dos demais Poderes com os objetivos fundamentais insculpidos no artigo 3º da Constituição da

---

<sup>502</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 233.

<sup>503</sup> Ibid., p. 234.

<sup>504</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_. WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 139.

<sup>505</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança. MS 8740 / DF. Impetrante: Priscila Santos Loureiro Reis (menor), representada por seu pai, João Carlos Reis. Impetrado: Ministro de Estado da Saúde. Relator: o e. Ministro João Otávio de Noronha. Diário da Justiça, Brasília, de 09 fev. 2004. p. 127.

<sup>506</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 234.

<sup>507</sup> Ibid., p. 234.

República<sup>508</sup> e, mesmo diante da reserva do possível, não paralisará sua atividade declaratória; ou vinculará no tempo o orçamento para cumprir as metas fundamentais da Constituição de 1988, ou intervirá, diante das tutelas de urgência, diretamente no controle de políticas públicas para a satisfação integral do direito fundamental.

Todavia, ainda resta um questionamento que carece de resposta, representado pelo início da intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, quando este se depara com o pedido de reparação do direito fundamental perseguido pelo cidadão.

Na verdade, o que motiva o Poder Judiciário a intervir nas políticas públicas não é a lesão ao direito fundamental em si considerada, mas a averiguação concreta de que o mínimo necessário indispensável à dignidade humana está sendo dissolvido por aqueles que deveriam, em tese, garanti-lo.

Desta forma, o próximo tópico busca demonstrar que o mínimo existencial age como pressuposto para a intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

### 3 O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PRESSUPOSTO À INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS

Como pode ser notado, a tentativa de se evidenciar a temática proposta foi sendo construída ao longo do presente trabalho.

As considerações que se seguem, então, visam apenas a ratificar o que foi exposto a partir do desenvolvimento de um raciocínio gerado através das reflexões advindas do estudo da evolução histórica dos direitos fundamentais – com a sua positivação nas Constituições –; das mudanças de paradigmas do Estado; e da evolução do papel do Poder Judiciário como fiscalizador das normas constitucionais – o que desembocou na problemática que envolve o Poder Judiciário e o mínimo existencial como seu pressuposto para intervenção nas políticas públicas, tema desta pesquisa.

---

<sup>508</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 235.

A demonstração do mínimo existencial como pressuposto para intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas compreende, antes, o entendimento de que o princípio da dignidade da pessoa humana contém as necessidades primárias do cidadão para subsistência digna.

O mínimo existencial “[...] compreende [também] os direitos fundamentais originários (direitos de liberdade) e os direitos fundamentais sociais, todos em sua expressão essencial, mínima e irreduzível [...]”<sup>509</sup>.

Envolve, portanto, a proteção da parcela mínima dos direitos fundamentais primários que, certamente, devem ser garantidos pelo ente estatal, tanto com prestações positivas, quanto com a proteção à restrição daqueles direitos minimamente considerados.

Com a evolução do conceito de dignidade da pessoa humana e as mudanças de paradigmas do Estado, o progresso tanto da sociedade quanto do próprio Direito fez o Poder Público adotar medidas que garantissem, ao menos em tese, a efetiva prestação dos direitos fundamentais – ainda em constante evolução.

Os direitos fundamentais passam por melhoras e preenchem campos antes não abraçados pelas garantias que o Estado deveria observar para conceder ao cidadão o mínimo de dignidade humana para subsistir. Forçado a reconhecer a evolução dos direitos, sobretudo os fundamentais, o ente estatal, demonstrando seu compromisso para com a sociedade, os positiva em seu mais precioso documento democrático, a Constituição.

Assim, para não serem considerados mera “poesia constitucional”<sup>510</sup>, os direitos fundamentais “[...] formam uma unidade, uma integralidade, porque a sua soma equivale à totalidade da dignidade da pessoa humana [...]”<sup>511</sup> e o mínimo existencial, que é considerado como parcela do princípio da dignidade da pessoa humana, é “[...] formado pelas condições básicas de existência [...]”<sup>512</sup> digna do cidadão.

---

<sup>509</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 37.

<sup>510</sup> Esta informação foi extraída de Robert Alexy por Hermes Zaneti Júnior. In ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrino; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 41.

<sup>511</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 54.

<sup>512</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 247.

Desta maneira, costuma-se incluir no mínimo existencial uma vasta gama de direitos sociais fundamentais “[...] tais como direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistencial social, ao acesso à justiça, à moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção à maternidade e à infância”<sup>513</sup>.

“É esse núcleo central, esse mínimo existencial [...]”<sup>514</sup> que será apurado no caso concreto “[...] que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implementá-las, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa”<sup>515</sup>.

Quanto ao Poder Judiciário, antes apenas um intérprete da legislação sem qualquer possibilidade de interpretação e criação do Direito, em virtude da evolução, transmuda-se em verdadeiro intérprete e aplicador de regras e normas, alcançando, também, papel transformador na realidade social, juntamente com o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Essa mudança também o obriga a, com os outros Poderes, implementar os direitos fundamentais, concretizando a igualdade material pregada no texto constitucional sem, contudo, dissolver a harmonia que determina a Constituição.

Essa harmonia que reza o texto constitucional força o Poder Judiciário a, antes de interferir na competência dos demais poderes, observar se esses estão, corretamente, concretizando os direitos fundamentais sociais estatuídos na Carta Magna através da confecção de leis, programas e alocação correta de recursos e verbas, o que se denomina políticas públicas.

Fazendo dessa forma, os Poderes estarão cumprindo os objetivos fundamentais do Estado e concedendo ao cidadão o mínimo existencial para garantia de uma subsistência distinta.

De atuação eminentemente política, as políticas públicas são de responsabilidade do Poder Executivo e do Poder Legislativo e como estes estão vinculados aos objetivos fundamentais previstos da Constituição Federal de 1988, aquelas devem mirar à efetivação dos direitos fundamentais sociais e, por consequência, garantir o mínimo

---

<sup>513</sup> WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; \_\_\_\_\_. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 219.

<sup>514</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_. WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 133.

<sup>515</sup> *Ibid.*, p. 133.

existencial presente no núcleo duro de cada direito social porventura reclamado, a ser analisado no caso concreto.

Entretanto, embora o Poder Legislativo e o Poder Executivo estejam vinculados aos objetivos do Estado, este pode não implementá-los, desvirtuando-se dos princípios e normas estatuídos na Constituição Federal de 1988 e dissolvendo, por consequência, os direitos fundamentais pertencentes aos cidadãos, restringindo, por sua vez, o mínimo existencial presente no núcleo duro do direito social perseguido.

Assim, diante da positivação dos direitos fundamentais sociais na Constituição, para o Estado não nasce mero ônus em implementar aqueles direitos construtor do mínimo existencial, pelo contrário, ergue-se para o ente estatal uma obrigação de satisfazer o comando constitucional e os anseios do cidadão, que agora, possui um direito subjetivo em face dele.

Não satisfeito o direito fundamental social pelo Poder Público, com efeito, observa-se uma restrição ao mínimo existencial cometida pelo próprio Poder que é responsável, primeiramente, por sua garantia.

Diante da negligência dos Poderes Executivo e do Legislativo na implementação dos direitos fundamentais e na garantia do mínimo existencial presente no núcleo duro e analisado no caso concreto, o Poder Judiciário não pode, quando acionado, se manter inerte e assistir imóvel a Constituição Federal perder sua força e o cidadão sofrer pelas mãos daquele que deveria, por obrigação, lhe proteger.

Dessa maneira, uma vez dissolvida sua inércia pela provocação do cidadão, o Poder Judiciário, que também está vinculado à efetivação dos direitos fundamentais, fará a intervenção necessária nas políticas públicas para reparar o dano cometido, ou pelo Poder Legislativo, ou pelo Poder Executivo.

Entretanto, essa intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas não se fará diretamente, sob pena de também haver excessos desse Poder. Deverá, então, obedecer limites que, contornando a ingerência, possibilitará ao Poder Judiciário corrigir os rumos das políticas públicas já confeccionadas, elaborar as que porventura ainda não foram feitas e determinar a organização das que, por acaso, tenham que ser produzidas.

Esses limites, nominados de razoabilidade e reserva do possível, apenas apontam o norte, o marco inicial e as ferramentas que o Poder Judiciário deve utilizar para

colmatar o defeito na dignidade humana do cidadão e, por sua vez, conceder-lhe o mínimo existencial condizente com sua distinta subsistência.

Com isso, o Poder Judiciário analisará a razoabilidade da pretensão posta em face do Estado e sopesará a reserva do possível como argumento utilizado pelo Poder Público para obrigar a este a outorgar ao cidadão sua ínfima parcela de dignidade humana, presente no núcleo duro do direito social perseguido, analisado no caso concreto.

Contudo, como foi observado no decorrer deste trabalho, determinados argumentos utilizados pelo Poder Público nunca poderão ser impeditivos da efetivação do direito fundamental carente de implementação pelo ente estatal, principalmente se forem examinadas as tutelas de urgência que dizem respeito à concretização material mínimo existencial.

É que a lesão, a ranhura ao direito fundamental cometida pelo Poder Público, não corresponde ao dano do direito em sua integralidade, mas sim ao prejuízo do mínimo existencial daquele cidadão, do núcleo duro do direito social analisado no caso concreto, que serve como fundação do princípio da dignidade da pessoa humana.

O mínimo existencial, correspondente ao núcleo duro de cada direito fundamental social, a ser apurado no caso concreto, é suficiente, portanto, para possibilitar a intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, autorizando, ainda, a abrupta judicialização dos direitos diante da inexistência de lei ou de ação administrativa, ou quando há regra constitucional completa e que defina o direito fundamental exigido.

Assim, constata-se que o Poder Judiciário, antes de interferir nas políticas públicas para garantir o direito fundamental lesionado, ultrapassa a alegação de lesão do direito para adentrar na análise da dignidade humana, princípio norteador dos objetivos fundamentais do Estado.

Dissecando a dignidade humana no direito fundamental supostamente lesionado, o Poder Judiciário encontrará o mínimo existencial correspondente ao núcleo duro intangível naquele direito social examinado naquele caso concreto.

Assim, embora possa haver variações conceituais, ou a presença subjetiva na sua constatação no caso concreto, o fato é que, encontrando lesão no núcleo duro do

direito fundamental, correspondente ao mínimo existencial, este servirá de verdadeiro pressuposto para a intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas independentemente de qualquer ponderação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, seja através de política pública específica, seja através da sujeição à cláusula da reserva do possível.

Assim, o mínimo existencial – correspondente ao núcleo duro do direito social reclamado, analisado no caso concreto – quando ferido pelos demais Poderes Públicos, também levará – desde que constitucionalmente protegido – o Poder Judiciário a agir de forma pró-ativa, reparando a lesão, garantindo e outorgando as condições básicas de subsistência daquele que, batendo às suas portas, alegou ter um direito fundamental prejudicado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o Estado evolua em velocidade superior à do Direito, este tenta acompanhá-lo não somente para regular as relações privadas entre as pessoas, mas, sobretudo, para não desamparar aqueles que se submetem aos comandos do ente estatal, os cidadãos.

Iniciando historicamente pela proteção aos direitos de liberdade, o Direito destina-se a prescrever determinados comportamentos para que os homens que compõem a sociedade saibam conviver em harmonia. Entretanto, a simples prescrição dos comportamentos, sem uma sanção, não é suficiente para impedir que fatos contrários às normas aconteçam.

Embora com força coativa própria, o Direito necessita ainda da estrutura do Estado para dar a seus comandos eficácia necessária para o cumprimento de suas determinações. Todavia, também composto por seres humanos, não há como o Estado impor os comandos jurídicos somente entre os cidadãos, porquanto, por vezes, também desrespeita, em benefício próprio, todo tipo de determinação – a história nos mostra isso.

Assumindo conotações diferentes ao longo dos tempos, o Estado, que antes não interferia na estrutura social, é obrigado a valorizar direitos atribuídos ao cidadão, que, a partir do âmbito internacional e passando pelo nacional, amparam os direitos fundamentais e, antes de tudo, a própria dignidade da pessoa humana.

Para garantir parcela da dignidade humana, o Estado deve ofertar prestações materiais básicas necessárias à subsistência digna do cidadão, incluindo, dentre elas, o direito à saúde básica, à educação fundamental, ao trabalho, ao salário mínimo etc. Esse mínimo existencial, que deve ser aferido no caso concreto e que se encontra presente no núcleo duro de cada direito fundamental social, impede que o cidadão seja aviltado em seu direito mais mezinho.

Para garantir a implementação desse núcleo, o Estado, com objetivos pré-definidos, divide-se em três poderes com funções típicas e atípicas, vinculados constitucionalmente e capazes de, harmoniosamente, conferir todas as benesses de que necessita o cidadão para uma vida digna.

Responsáveis diretamente pela implementação dos direitos constitucionais, aos Poderes são dadas ferramentas que possibilitem a concretização material do mínimo existencial e proteção do núcleo duro dos direitos sociais.

No decorrer das páginas deste trabalho, ficou evidenciado que o Estado, por vezes, negligencia suas funções e torna solúveis os objetivos encravados no texto constitucional.

Como o Poder Executivo e o Poder Legislativo são os responsáveis diretos pela governança, ao Poder Judiciário, desde que provocado, cabe proteger a força das normas constitucionais e garantir ao cidadão as condições mínimas de subsistência presentes na Carta Magna, quando negligenciadas por aqueles Poderes.

Entretanto, como impera a harmonia entre os Poderes do Estado, o Poder Judiciário não poderá, simplesmente, determinar a satisfação do mínimo existencial reclamado pelo cidadão sem qualquer análise pormenorizada.

É certo que a satisfação do mínimo existencial não acontece diretamente, uma vez que o Poder Judiciário não possui competência para elaborar atos, decretos, leis, alocar ou destinar recursos etc.

Assim, reclamando o cidadão, o Poder Judiciário se debruçará sobre o direito fundamental supostamente lesionado e, constatando a lesão, a declarará e só assim iniciará uma série de ações com fins a conceder o que o Estado deveria ter outorgado, satisfazendo, por consequência, os objetivos fundamentais presentes na Carta Magna.

Nesta perspectiva, o cidadão, diante do Poder Judiciário, exige as prestações fundamentais que lhe deveria ter concedido o ente estatal, perseguindo as condições mínimas para subsistir dignamente.

Desta maneira, o mínimo existencial funciona para o Poder Judiciário como pressuposto à sua atuação para que cumpra os objetivos fundamentais do Estado previstos constitucionalmente e homenageie, ainda, a prevalência dos direitos humanos.

Como todos os Poderes estão vinculados aos objetivos fundamentais previstos na Carta Magna, o mínimo existencial, como pressuposto, legitima o controle do Poder Judiciário de todos os atos do Poder Legislativo e Executivo que envolvam qualquer

tipo de prestação negligenciada pelo ente estatal, constatada no caso concreto e presente no núcleo duro do direito fundamental social examinado.

Certamente, como observado no decorrer deste trabalho, a intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, tendo o mínimo existencial como seu pressuposto, não se dará de forma aleatória. Deve sempre considerar limites que permitam conter, também, os excessos porventura praticados pelos membros da Magistratura.

Atuando desta maneira, o mínimo existencial ainda permite ao Poder Judiciário fazer uso de mecanismos processuais para implementar, de forma coativa, a política pública necessária à satisfação, no caso concreto, da parcela mínima da dignidade da pessoa humana, programando-a no tempo, ou concretizando-a independentemente de qualquer argumento lançado pelo Poder Público.

Assim, os estudos realizados para dissolver a problemática proposta apontam para a constatação de que, de acordo com o conceito de mínimo existencial que se adote no caso concreto, o que importa é a verificação de que não somente o princípio da dignidade humana foi prejudicado, mas de que o núcleo duro do direito social analisado no caso concreto foi dissolvido por aqueles que deveriam ofertá-lo. Esse, o pressuposto indefectível de atuação do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

ABAD, Raphael Madeira. **A eficácia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na perspectiva dos direitos fundamentais**. 2007. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2007.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

\_\_\_\_\_. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. De acordo com a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros editores, 2007.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. Traducción A. Daniel Oliver-Lalama. In: SIECKMAN, Jan-R. (Org.). **La Teoría Principalista de los Derechos Fundamentales**. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros editores. 2008.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. 1. ed. (ano 2005). 7ª reimpressão (ano 2011). Curitiba: Juruá Editora, 2011.

ÁTRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). **Os Desafios dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

AZEVEDO DE QUEIROZ, Maria do Socorro. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais**. A Efetividade pela Interdependência dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Refundida. ampl. atual. até a Emenda Constitucional 35, de 20.12.2001. São Paulo: Malheiros editores, 2002.

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

\_\_\_\_\_. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.** Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição.** Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. [S.l.: s.n.], 2009.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20090130-01.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf)>. Acesso em: 14 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil.** Pré-constitucionalismo. O Estado. Constituição. Arts. 1º a 4º. São Paulo: Saraiva, 1988. v.1.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant.** 3. ed. Brasília: Editora UNB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros editores, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado.** 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros editores. 2008.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais.** Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988. 1. ed. (ano 2005) 5ª reimpressão (ano 2011). Curitiba: Juruá Editora, 2011.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF 45. Requerente: Partido da social democracia brasileira PSDB. Requerido: Presidente da República. Relator: o e. Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça**, Brasília, de 04 maio 2004.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança. MS 8740 / DF. Impetrante: Priscila Santos Loureiro Reis (menor), representada por seu pai, João Carlos Reis. Impetrado: Ministro de Estado da Saúde. Relator: o e. Ministro João Otávio de Noronha. **Diário da Justiça**, Brasília, de 09 fev. 2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. ADIN 1.407 / DF. Requerente: Partido Comunista do Brasil PC do B. Requerido: Presidente da República e o Congresso Nacional. Relator: o e. Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça**, Brasília, de 24 nov. 2000.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 06 dez. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm)>. Acesso em: 22 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 22 out. 2011

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 22 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em: 22 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 jun. 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm)>. Acesso em: 13 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo. Brasília, DF, 05 jan. 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 22 out. 2011.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. 1. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal: Edições Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_.; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

\_\_\_\_\_. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros editores, 2003.

\_\_\_\_\_. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 737, p. 11-22, mar. 1986.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. ampl. atual. conforme a Emenda Constitucional n. 67/2010. Bahia: Editora Juspodivm, 2011.

\_\_\_\_\_. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University, 1980.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1984.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 36. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11. ed. rev. aument. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. O Controle Judicial de Políticas Públicas. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Temas Fundamentais de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. v. 01.

\_\_\_\_\_. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 238, p. 37-41, out./nov. 2004.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

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

\_\_\_\_\_. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

\_\_\_\_\_. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. rev. ampl. atual. conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

HEILBRONER, Robert. **A história do pensamento econômico**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

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

HOLMES, Stephen. RUSSEN, Cass R. **The Cost of Rights**. Why Liberty Depends on Taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de S; MELLO FRANCO, Francisco Manoel de. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1994.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 10. ed. España: Editorial Tecnos, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoría del Derecho**. Una concepción de la experiencia jurídica. Com la colaboración de Carlos Alarcón Cabrera, Rafael Gonzáles-Tablas y Antonio Ruiz de la Cuesta. 9. ed. España: Editorial Tecnos, 2011.

\_\_\_\_\_. Antonio-Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución**. 10. ed. España: Editorial Tecnos, 2010.

\_\_\_\_\_. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Serie de Teoría Jurídica Y Filosofía del Derecho. n. 23. Colombia: Universidad Externado de Colômbia, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MASTRODI, Josué. **Direitos Sociais Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. rev. ampl. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004.

NELSON, Willian E. **Marbury v. Madison**. The Origins and Legacy of Judicial Review. Kansas: University Press of Kansas, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Efetividade Frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. [S.l.]: Coimbra editora, 1989.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 2006.

ROCHA, J. A. Oliveira. **Gestão do Processo Político e Políticas Públicas**. Lisboa: Escolar Editora, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de constitucional. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 4. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SECONDAT, Charles Louis. **O espírito das leis**. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. As formas de governo. A Federação. A divisão dos Poderes. Introdução, Tradução e Notas de Pedro Vieira Mota. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STJ - ROMS 6.564 / RS – Primeira Turma – Data de julgamento: 23/05/1996 – Publicado no Diário da Justiça de 17 jun. 1996, página 21448. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2011.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010.

\_\_\_\_\_. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. A cidadania multidimensional na Era dos Direitos. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

USA. Supreme Court of the United States. Appeal 198 U.S. 45 (1905). **Lochner e New York**. Relator: Peckham. 23 fev. 1905. Disponível em: <[http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1904/1904\\_292/](http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1904/1904_292/)>. Acesso em: 08 out. 2011.

VALDÉS, Roberto L. Bianco. **O Valor da Constituição**. Separação dos poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade nas origens do Estado liberal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011.

WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law. Revised edition. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.