O NOVO PERFIL DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

THE NEW PROFILE OF BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM AND THE ACTIONS OF THE JUDICIAL BRANCH IN THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES

Danyelle Rodrigues de Melo Nunes[*]
George Sarmento Lins Júnior[**]

RESUMO: *A atuação do Judiciário na efetivação dos direitos sociais é um tema que suscita muitos questionamentos, principalmente no campo da legitimidade e das consequências práticas das decisões judiciais. O maior problema não é de legitimidade, é de executoriedade. Dessa forma, foi feito um estudo sobre o Neoconstitucionalismo, o fenômeno da Constitucionalização do Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos humanos fundamentais, o princípio da reserva do possível e o mínimo existencial. O trabalho é desenvolvido a partir do seguinte problema: quais os limites da atuação do Judiciário na efetivação das políticas públicas? A pesquisa tem o objetivo de estudar a efetividade dos direitos sociais sob a ótica do Poder Judiciário para determinar quais os limites da sua atuação na efetivação das políticas públicas. A metodologia é dedutiva, do tipo bibliográfica, realizada por meio de um estudo em livros, revistas específicas, artigos científicos e jurisprudências mais recentes sobre o tema. Ao final, foram apresentadas propostas a fim de racionalizar e uniformizar as decisões judiciais como: 1) a necessidade de se trabalhar em conjunto com regras e princípios; 2) reforçar o diálogo entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário; 3) consolidar o papel dos Enunciados Institucionais; 4) a possibilidade de realização efetiva; 5) a necessidade de se atentar para a reserva orçamentária, com base na Lei Orçamentária Anual; 6) a pretensão de universalidade; 7) requisito da hipossuficiência financeira do demandante; 8) observância da garantia apenas do mínimo existencial; e 9) estímulo às ações coletivas. Por sua vez, esses parâmetros têm o objetivo de estimular o pensamento crítico e decisões judiciais cada vez mais justas.*
Palavras-Chave: *neoconstitucionalismo; efetividade; direitos sociais; judiciário; parâmetros.*

ABSTRACT: *The role of Judiciary in the effectiveness of social rights is a subject that raises many questions, mainly in the field of legitimacy and practical consequences of the judgments. The biggest problem is not about legitimacy, it is about enforceability. Thus, a study was made on the Neoconstitutionalism, the phenomenon of Constitutionalization of Law, the principle of the human dignity as the basis of fundamental human rights, the principle of reserve of the*

[*] Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Maceió, AL, Brasil.
https://orcid.org/0000-0001-6756-2161
[**] Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Maceió, AL, Brasil.
https://orcid.org/0000-0002-3733-283X

possible and the existential minimum. The research is developed based on the following problem: what are the limits of the actions of the Judicial branch in the implementation of public policies? The research aims to study the effectiveness of social rights from the perspective of the Judicial branch to determine the limits of its performance in the implementation of public policies. The methodology used is deductive, of the bibliographic type, performed through a study with books, specific journals, scientific articles and most recent case laws on the subject. By the end, proposals were submitted to rationalize and standardize judgments, such as: 1) the need to harmonize rights with principles; 2) strengthen the institutional dialogue between the Executive and the Judicial branches; 3) consolidate the role of institutional statements; 4) the possibility of effective realization; 5) the need to attend to the budget forecast, based on the Annual Budget Law; 6) the claim to universality; 7) requirement of financial disadvantage of the plaintiff; 8) compliance to guarantee only the existential minimum; and 9) stimulus to the collective actions. In turn, these parameters aim to promote critical thinking and increasingly fair judgments.
Keywords: *neoconstitutionalism; effectiveness; social rights; judicial branch; parameters.*

1 INTRODUÇÃO

O direito está passando por uma crise. Trata-se de uma crise de efetividade. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) é uma das mais desenvolvidas no âmbito de proteção aos direitos sociais, mas eles não são efetivados.

A efetividade dos direitos sociais é o maior desafio do constitucionalismo contemporâneo. A sociedade vem clamando por respostas, por medidas estatais, por políticas públicas que possam garantir uma vida digna. Isso se reflete nas diversas manifestações sociais, mobilizações populares e protestos que vêm gerando grande repercussão em âmbito nacional e internacional.

Para que tais anseios sejam atendidos e os objetivos previstos na Constituição sejam alcançados, é preciso uma atuação harmônica entre os três Poderes da União: Legislativo, Executivo e Judiciário. Ocorre que o Judiciário vem sendo demandado cada vez mais para promover a efetivação dos direitos sociais, quer quando o Legislativo se faz omisso, quer quando o Executivo atua em desconformidade com os preceitos constitucionais. Para agravar a situação, não há parâmetros que orientem o Judiciário na efetivação das políticas públicas, deixando-as a mercê de uma construção doutrinária e jurisprudencial que põe em risco a dinâmica de desenvolvimento político, econômico e social do país.

No Agravo em Recurso Extraordinário nº 745745/ES, o Supremo Tribunal Federal (STF) consolidou a legitimidade da atuação do Poder Judiciário nas hipóteses de descumprimento do dever estatal previsto em norma constitucional, oportunidade em que destacou a impossibilidade de invocação da reserva do possível para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público, com fundamento no caráter cogente e vinculante das normas constitucionais (STF, 2014). Já no Recurso Extraordinário (RE) nº 592581/RS, foram discutidas a suposta ofensa ao princípio da separação

dos poderes e a eventual extrapolação dos limites da reserva do possível, sendo consolidada a tese da possibilidade de intervenção judicial para preservar o valor fundamental da pessoa humana, devido à eficácia plena e aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais envolvidos (STF, 2016). Por sua vez, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4066, reconheceu-se que a CRFB autoriza a imposição de limites aos direitos fundamentais quando necessários à conformação com outros direitos fundamentais igualmente protegidos, constatando a existência de uma esfera de legitimação democrática para intervenções políticas, as quais traduziriam inferências autorizadas pelo próprio preceito constitucional (STF, 2018).

Essas decisões ilustram bem a importância do tema, avivando as discussões acerca da proibição de retrocesso social, da proteção ao mínimo existencial, da vedação da proteção insuficiente e da proibição de excesso. Não se está a questionar se o Judiciário pode ou não determinar a efetivação dos direitos sociais, mas, sim, quais são os limites dessa atuação. É preciso estabelecer limites para manter o controle do Estado sobre as políticas públicas, a administração dos recursos públicos e a organização da estrutura social. Sem balizas para delimitar as decisões dos tribunais na efetivação das políticas públicas, há ameaça à estrutura de governo, ao orçamento público e à própria justiça.

Diante dessa realidade, propõe-se o seguinte problema: Quais os limites da atuação do Judiciário na efetivação das políticas públicas? Trabalha-se com a hipótese de que o Poder Judiciário possa sim exercer um papel mais expressivo no controle das políticas públicas que organizam os serviços sociais básicos, mas desde que o faça de forma limitada pelos preceitos constitucionais, previsão orçamentária, possibilidade de realização efetiva, pretensão de universalidade e ideal de justiça social em garantia do desenvolvimento do país. A pesquisa tem o objetivo de estudar a efetividade dos direitos sociais sob a ótica do Poder Judiciário para determinar quais os limites da sua atuação na efetivação das políticas públicas.

A pesquisa é bibliográfica, do tipo dedutivo e focada no aspecto qualitativo. Ela foi realizada por meio de um estudo em livros, revistas específicas, periódicos, artigos científicos e jurisprudências mais recentes sobre o tema. Sob essas diretrizes, o trabalho foi estruturado em seis seções: na primeira, faz-se uma explanação acerca do novo perfil do constitucionalismo brasileiro; na segunda, retratam-se o Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito no sistema jurídico brasileiro; na terceira, trabalha-se com o contraponto entre a judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial; na quarta, faz-se uma digressão acerca do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos humanos fundamentais; na quinta, expõe-se o

dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível, questionando se o mínimo existencial seria um direito fundamental, se a reserva do possível seria uma questão orçamentária ou ficção jurídica e se o direito ao mínimo existencial se submete à reserva do possível; e, na sexta, procede-se a uma análise crítica da atuação do Judiciário na efetivação das políticas públicas, trazendo um apanhado conclusivo a respeito das diretrizes e parâmetros a essa realidade já consolidada.

2 O NOVO PERFIL DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

O novo perfil do constitucionalismo brasileiro é um fenômeno relativamente recente. Desenvolveu-se sob a égide da CRFB. Desde então, trouxe mudanças significativas tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais.

Esse fenômeno é fruto de uma série de transformações sociais, políticas e econômicas. Tais mudanças são decorrentes de fenômenos que tiveram mais impacto em escala mundial do que em escala local, mas que acabaram repercutindo no Brasil. São exemplos: a Segunda Guerra Mundial, a Guerra Fria e os regimes totalitários.

Essa postura provocou algumas reviravoltas no mundo jurídico. Desde que vistas com moderação, são mudanças positivas. Daniel Sarmento as sintetizou com bastante propriedade esse novo perfil do direito:

> (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, 2011, p. 73).

É nesse contexto que a CRFB ganha destaque. Impulsionada por expressivas mobilizações de bandeiras democráticas da década de 1970, ela elevou uma série de direitos sociais ao patamar de direitos fundamentais. Isso é bastante significativo para a sociedade brasileira, considerando-se sua tradição de política autoritária, de dominação oligárquica, patrimonialista, burocrática, que resultou na marginalização política das classes populares, na restrição da esfera pública e na discrepância entre o "país legal" e o "país real" (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2011, p. 7).

Consequentemente, uma das principais características desse novo perfil do constitucionalismo brasileiro é justamente a constitucionalização do direito. Temas antes afetos apenas às leis infraconstitucionais passaram a integrar o corpo da CRFB, a qual promoveu uma reinterpretação de todo o ordenamento jurídico, sendo vista, a partir de então, como verdadeira norma jurídica, não mais como apenas depositário de promessas políticas. A aplicação rotineira da CRFB hoje é vista como obviedade, mas impressiona perceber que antes era vista como uma bandeira revolucionária (SARMENTO, 2011, p. 86).

Outra de suas principais características consiste no foco no Poder Judiciário, cujo protagonista é o juiz de direito. Isso se deve ao fato de que a população está descrente em relação à política como um todo, a qual muitas vezes se move em torno de interesses – e não de valores. Por tabela, criou-se a expectativa de que o Judiciário possa ordenar a efetivação de políticas públicas e com isso solucionar problemas nacionais (SARMENTO, 2011, p. 82).

Mais uma de suas principais características é o ativismo judicial. Constitui-se em uma ampliação da atuação do Judiciário com maior interferência sob a atuação do Executivo e do Legislativo. Há uma releitura do princípio da separação dos poderes em defesa dos valores constitucionais, tendo-se a efetividade dos direitos sociais como o principal objetivo (BARROSO, 2009, p. 17).

Observa-se que a CRFB trouxe um rol bastante extenso de direitos sociais, tanto em termos quantitativos como qualitativos. Contudo, o fato de a CRFB ter sido bastante generosa com os direitos sociais não significa que as promessas da modernidade tenham sido cumpridas. Uma vez reconhecida a sua condição de direitos fundamentais, surge o problema de como promover sua efetividade (SARLET, 2008, p. 164).

Memoráveis as palavras de José Casalta Nabais quando afirmou que os direitos não nascem em árvores, não são frutos da natureza, não são dádiva divina, não são autorrealizáveis, nem podem ser realisticamente protegidos em um Estado falido. Por isso que foi proposta uma nova abordagem para os direitos, passando a enxergá-los como liberdades individuais com custos públicos. Sejam os direitos individuais, com custos indiretos para sua proteção; sejam os direitos sociais, com custos diretos

para sua execução; a conclusão é uma só: todo direito tem custo e esse custo precisa ser considerado para que o direito possa ser efetivado (NABAIS, 2002, p. 19-20).

O que se pergunta é "até que ponto o Poder Judiciário pode exigir do Poder Executivo a disponibilidade de recursos para atender aos interesses individuais e coletivos em sede de direitos fundamentais?". Certamente não é uma tarefa fácil devido à subjetividade da situação. Contudo, não se deve colocar em risco poder de gestão pública do Executivo nem o equilíbrio orçamentário do Estado (RIBEIRO, 2011, p. 100).

Nesse cenário, sobem ao palco temas como o princípio da dignidade da pessoa humana; da proibição do retrocesso social; da separação dos poderes; gestão pública; orçamento público; escassez de recursos; mínimo existencial; reserva do possível; ativismo judicial; consequencialismo das decisões judiciais, entre tantos outros que se encontram entrelaçados. Esse é o elenco que compõe o novo perfil do constitucionalismo brasileiro, com novos dilemas, novos desafios, mas, acima de tudo, esperança na efetivação dos direitos fundamentais. É exatamente o que se convencionou a chamar de Neoconstitucionalismo.

3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O Neoconstitucionalismo é uma nova forma de organização política, que atende por diversos nomes: Estado Constitucional de Direito, Estado Democrático de Direito ou ainda Estado Constitucional Democrático de Direito. Tem como marco histórico o pós-guerra, como marco filosófico o pós-positivismo e como marco teórico a força normativa da Constituição. Sua principal referência é a Constituição Alemã de 1949, seguida da Constituição Italiana de 1947, assim como a de Portugal em 1976 e a da Espanha em 1978 (BARROSO, 2005, p. 3).

Embora o Neoconstitucionalismo tenha definido seus traços característicos nos últimos cinquenta anos, ele não tem permanecido como um modelo estático. Desde o seu surgimento, ele tem evoluído inovando em muitos sentidos. É por essas e outras razões que Miguel Carbonell adverte que essa matéria está longe de ser considerada como consolidada, tanto na prática como na teoria (CARBONELL, 2005, p. 9-11).

Trata-se de uma nova maneira de conceber o Direito na sociedade contemporânea. O prefixo *neo* significa justamente a pretensão de ser novo, sem se saber ao certo o que é. Luís Roberto Barroso explica: "Tudo ainda é incerto. Pode ser avanço, pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus" (BARROSO, 2006, p. 2).

Pode ser visto como uma teoria, como uma ideologia ou ainda como mais um método de analisar o direito. Designa um modelo constitucional composto por um conjunto de mecanismos que limitam os poderes do Estado e protegem os direitos fundamentais. Vai além do Constitucionalismo justamente por não representar apenas uma ideologia e uma metodologia, mas também uma teoria concorrente com a positivista (COMANDUCCI, 2005, p. 82-83).

De qualquer modo, é uma expressão que designa o estado do constitucionalismo contemporâneo. Ainda se discute se seria um novo constitucionalismo de fato ou se seria apenas uma nova forma de ver o constitucionalismo já existente. De um jeito ou de outro, representa um momento histórico que traz esperança de uma renovação do direito (BARCELLOS, 2005, p. 85-86).

Os adeptos do Neoconstitucionalismo se filiam a linhas bastante heterogêneas, desde o positivismo até o jusnaturalismo. São exemplos: Luigi Ferrajoli, Ronald Dworkin e Robert Alexy. O que os identifica é justamente o reconhecimento dessas mudanças (SARMENTO, 2011, p. 80).

Em uma postura crítica, Riccardo Guastini assevera que o Neoconstitucionalismo é um verdadeiro amontoado de teses heterogêneas entre as quais não é fácil identificar uma tese propriamente teórica e suscetível de discussão. Em meio a essas divergências, há posicionamentos mais radicais, como o de Paco Laporta. Chega-se a desacreditar do Neoconstitucionalismo como novo paradigma, mas se reconhecem as mudanças (GUASTINI, 2013, p. 231).

É por essas e outras razões que a forma mais adequada de se tratar desse assunto é a adotada por Miguel Carbonell, sob o nome de "Neoconstitucionalismo(s)". Afinal, não existe um único Neoconstitucionalismo que represente todos os adeptos com uma ideologia. Há vários Neoconstitucionalismos, cada qual com sua corrente, com sua bandeira, com sua concepção, mas que guardam entre si denominadores comuns relevantes (CARBONELL, 2005, p. 9).

Esses denominadores comuns correspondem àquilo que é consenso entre eles, constituindo as características centrais desse novo paradigma. Ao ler os trabalhos de vários idealizadores sobre o tema, Riccardo Guastini conseguiu reuni-las. As principais seriam: 1) a defesa da superioridade axiológica da Constituição sobre a lei; 2) a ideia de que a Constituição não teria apenas a função de limitar o poder político e prevenir lesões aos direitos, mas também de orientar toda a legislação; 3) a ideia de que os princípios orientam a disciplina legislativa, deixando margens bastante reduzidas para a discricionariedade do legislador; 4) a ideia de que as constituições democráticas incorporam princípios de justiça objetivos que merecem obediência; 5) a superioridade axiológica dos princípios sobre as

regras; 6) a estreita conexão entre Direito e Moral; 7) a ideia de que as normas da Constituição regulam não só as relações entre o Estado e o indivíduo, mas também entre os próprios indivíduos; 8) a ideia de que a ciência jurídica seja prática e normativa, orientando a jurisprudência e a legislação (GUASTINI, 2013, p. 233).

Seu sistema jurídico é caracterizado por uma Constituição invasora, pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença na Constituição de princípios e regras e por algumas peculiaridades da interpretação e da aplicação das leis. Dessa forma, é posto em primeiro plano o objetivo de garantir os direitos fundamentais. Além disso, retoma-se a conexão entre Direito e Moral por meio da valoração dos princípios constitucionais (COMANDUCCI, 2005, p. 83).

Ao valorar os princípios, reconhece-se a sua força normativa. Por terem um grau de generalidade e abstração maior do que o das regras, exigem métodos mais abertos na hermenêutica jurídica e abrem as portas para o debate moral. Como é de se esperar, deixam de lado o formalismo exacerbado e investem no uso da razão e da argumentação jurídica para resolver os problemas difíceis do direito.

Foi exatamente o que ocorreu no sistema jurídico brasileiro. A CRFB incorporou inúmeros princípios vagos, mas todos dotados de forte carga axiológica, sendo divulgada a teoria dos princípios, fomentadas discussões sobre temas como a ponderação e a eficácia dos direitos fundamentais, bem como o estudo da relação entre Direito, Moral e Política. Isso impulsionou o processo de constitucionalização do direito que nas palavras de Daniel Sarmento "envolve não só a inclusão no texto constitucional de temas outrora ignorados, ou regulados em sede ordinária, como também a releitura de toda a ordem jurídica a partir de uma ótica pautada pelos valores constitucionais" (SARMENTO, 2011, p. 85).

Nesse processo, a CRFB disciplina inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais. Além disso, as normas constitucionais passam a ter um efeito expansivo. Seu conteúdo material se irradia com força normativa por todo o sistema jurídico, direcionando o sentido de todas as normas infraconstitucionais (BARROSO, 2005, p. 12).

Por isso, a constitucionalização do direito não pode ser traduzida apenas e tão somente como a eventual incorporação de normas infraconstitucionais ao texto constitucional. Afinal, essa não é sua maior característica. Seu marco representativo é justamente o movimento de reinterpretação das normas infraconstitucionais sob uma ótica constitucional, para que toda interpretação jurídica seja também uma interpretação constitucional, envolvendo a aplicação direta ou indireta da CRFB em todos os campos (BARROSO, 2005, p. 12-13).

Antes, a lei era a principal fonte do direito. A Constituição não tinha força normativa, era vista apenas como um programa político que deveria

inspirar a atuação do legislador. As normas constitucionais só poderiam ser invocadas quando fossem objeto de lei (SARMENTO, 2011, p. 74-75).

Hoje, a Constituição é a principal fonte do direito. A lei é subsidiária, cuja validade está condicionada à adequação à Constituição. Trata-se de norma autêntica que deve ser aplicada independentemente de regulação de seus dispositivos pelo legislador ordinário (SARMENTO, 2011, p. 75-76).

Impõe-se a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A Constituição não só fixa limites ao legislador, mas também determina deveres de atuação ao administrador. Aproximaram-se os ideais de constitucionalismo e democracia, promovendo-se uma nova forma de organização política (BARROSO, 2005, p. 3).

Nesse contexto, o Judiciário torna-se o centro das discussões. De poder quase nulo, mera boca da lei, como se referiu Montesquieu, assume as vestes do Legislativo, ao interpretar as normas, bem como do Executivo, ao controlar as políticas públicas. Assim, acaba se distanciando das vertentes do direito alternativo na medida em que aposta na possibilidade de emancipação humana pela via judiciária (SARMENTO, 2011, p. 77-82).

Entram em jogo as técnicas interpretativas próprias dos princípios constitucionais. São exemplos: a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade, a maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais e a proteção horizontal dos direitos. Assim, as práticas jurisprudenciais assumem um papel essencialmente criativo do direito.

O Judiciário assume um papel essencial na efetivação dos direitos individuais e coletivos garantidos pela Constituição. Nas últimas décadas, vem assumindo um importante papel na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público. São os chamados casos de omissão inconstitucional, nos quais se justifica a intervenção do Judiciário por haver uma espécie de desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal.

Cabe ao Judiciário analisar a legalidade do ato administrativo sempre que o ente político descumprir os encargos político-jurídicos que sobre ele incidem e sua omissão venha a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais assegurados pela Constituição. Contudo, a discricionariedade do juiz não pode substituir a do administrador. Por isso que a atuação do Judiciário deve ser orientada, caso contrário assistiremos a um ativismo judicial desmedido e inconsequente.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O ATIVISMO JUDICIAL

O termo judicialização vem sendo incorporado à linguagem brasileira com o sentido de transferência para o Poder Judiciário de matérias tradicionalmente decididas pelo Poder Executivo e pelo Congresso

Nacional (BARROSO, 2009, p. 12). Por sua vez, políticas públicas podem ser definidas como o conjunto de ações desenvolvidas pelo Poder Público para materializar as indicações de bem comum, justiça social e a igualdade dos cidadãos (OHLWEILER, 2010, p. 289). Nesse sentido, a judicialização das políticas públicas consiste exatamente em trazer para o Poder Judiciário as ações tradicionalmente desenvolvidas pelo Poder Público para promover o desenvolvimento social.

A judicialização pode ser descrita como um fenômeno que guarda íntima relação com a jurisdição constitucional, que corresponde justamente à aplicação da Constituição Federal por juízes e tribunais. Justifica-se pela crescente preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais, proveniente do ideal de supremacia da Constituição e da necessidade de concretização do seu texto. Por sua vez, este vem contemplando cada vez mais direitos e garantias aos cidadãos, cuja indeterminação e imprecisão alargam inevitavelmente os espaços para a interpretação jurisdicional (GERVASONI, 2011, p. 29).

Luís Roberto Barroso enumera três causas principais para a judicialização das políticas públicas. A primeira foi a redemocratização do país, que teve como marco a CRFB. Com ela, houve um aumento da demanda por justiça e uma significativa expansão da atuação do Poder Judiciário (BARROSO, 2009, p. 12).

A segunda foi a constitucionalização abrangente. Com ela, diversos temas tradicionalmente afetos à legislação infraconstitucional passaram a incorporar a Constituição Federal. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, "constitucionalizar uma matéria significa transformar política em direito" (BARROSO, 2009, p. 12).

A terceira foi o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Com ele, adotou-se a fórmula americana de controle difuso e a fórmula europeia de controle concentrado. Assim, qualquer questão política pode ser objeto de controle de constitucionalidade como o foram as pesquisas com células-tronco embrionárias, o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, a Lei de Imprensa, a demarcação de terras indígenas e o uso de algemas (BARROSO, 2009, p. 13).

Por sua vez, o autor esclarece que a ideia de ativismo judicial corresponde a uma atuação do Poder Judiciário de forma mais ampla e com maior interferência no espaço de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, tendo como fundamento a concretização dos valores e fins constitucionais. Ele tem origem na jurisprudência americana, época em que tinha um viés bastante conservador e só veio a adotar uma postura mais progressista com as transformações ocorridas após a Segunda Guerra Mundial. Essa postura ativista se manifesta notadamente em três formas:

> (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 condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 14).

Como é de se constatar, a relação existente entre a judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial é bastante intrínseca. É decorrente direta do fenômeno do Neoconstitucionalismo e da Constitucionalização do Direito. Luís Roberto Barroso explica:

> Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas (BARROSO, 2009, p. 12).

Embora a judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial sejam resultantes do mesmo processo de transformações políticas, eles têm uma diferença substancial. As decisões proferidas pelo Judiciário, em matérias de judicialização das políticas públicas, não são uma opção ideológica dos juízes, mas, sim, o dever de cumprimento do seu papel constitucional em conformidade com o desenho institucional vigente. Já o ativismo judicial é a escolha de um modo proativo de interpretar a Constituição Federal (BARROSO, 2009, p. 14).

O ativismo judicial visa a extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional. O oposto do ativismo judicial é a autocontenção judicial, por meio da qual o Judiciário procura reduzir a sua interferência nas ações dos outros Poderes. Deve-se buscar o equilíbrio entre o binômio

ativismo-autocontenção a fim de se distanciar de posturas extremistas e se aproximar dos princípios constitucionais que são a base de todas essas transformações.

5 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

À medida que o Direito se reaproxima da Moral, ele se torna instrumento de legitimidade do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio é o alicerce dos direitos humanos fundamentais, servindo de base para a promoção dos valores constitucionais. Entretanto, trata-se de um princípio vago, fluido, indeterminado, polissêmico, de textura aberta, de difícil delimitação, que vem se submetendo a um uso indiscriminado, razão pela qual se exige maior cautela em sua aplicação (MORAES, 2010, p. 75).

A dignidade da pessoa humana ganha evidência com o Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito, que são fenômenos voltados justamente à sua concretização (LEAL; ALVES, 2014, p. 4). Isso se deve ao fato de que antes só o Estado estava subordinado aos comandos constitucionais, enquanto o indivíduo estava submetido apenas ao Código Civil (CC). Com as transformações advindas do pós-guerra, ocorreu a despatrimonialização do direito, a sua repersonalização, bem como o desenvolvimento dos direitos de personalidade (BARCELLOS, 2005, p. 85).

Nesse contexto, os atributos intrínsecos da pessoa humana passaram a ser o centro da proteção do direito. Por sua vez, a dignidade se revelou como uma substância única, uma qualidade própria, inerente à espécie humana. Para a formação de sua concepção, houve influência do Cristianismo, no que se refere à constatação da dignidade do homem como algo a ser respeitado; do Jusnaturalismo, quanto à qualificação como direitos inatos, previamente existentes ao direito posto; e do Iluminismo francês, a partir da valorização do ser humano em face do Estado (BORGES, 2009, p. 24).

Diante dessas influências, pode-se dizer que a dignidade não é criação da ordem constitucional. A CRFB consagrou-a como princípio fundamental, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica constitucional democrática. Trata-se do elemento que confere unidade de sentido e legitimidade à ordem constitucional, como fundamento do Estado Democrático de Direito (SARLET, 2011, p. 91-92).

Ainda vai além, a dignidade da pessoa humana se revela como valor-fonte de todo o sistema moral e jurídico das sociedades contemporâneas. Mais do que a concepção biológica, abrange a social. Assim, reflete a

tendência mundial de prevalência dos direitos humanos (FRANCISCO, 2010, p. 859).

Sob as vestes de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana é uma norma jurídica típica que conduz a análise da própria Constituição Federal. Ela é o ponto de partida e o ponto de chegada da interpretação do direito, correspondendo à matriz de todos os direitos e garantias fundamentais. Ao mesmo tempo em que para ser efetivada precisa do cumprimento de certos direitos, dela também se extraem muitos outros direitos (ROCHA, 2009, p. 23).

Em uma dimensão ontológica, a dignidade corresponde a um valor inerente à pessoa humana. Em uma dimensão intersubjetiva, a dignidade se expressa sob uma perspectiva relacional, coletiva, comunicativa. Já em uma dimensão histórico-cultural, a dignidade se revela como produto da evolução do direito, da justiça e dos próprios valores sociais (SARLET, 2009, p. 23-30).

Em qualquer de suas concepções, não há como analisar a dignidade da pessoa humana sem recorrer aos ensinamentos de Kant. Tem como raízes o ideal de uma moral universal, com ênfase na autonomia da vontade do indivíduo, sob o postulado de que o homem é um fim em si mesmo, que não poderá jamais ser tratado como um objeto, como mero instrumento para a realização dos fins alheios. Dessa forma, o critério decisivo para a identificação de uma violação da dignidade da pessoa humana passa a ser a intenção de instrumentalizar o outro (SARLET, 2009, p. 37).

Peter Häberle destaca a função fundante da dignidade para a comunidade política, para os direitos humanos e para os direitos fundamentais individuais. Ela se apresenta como ponto central no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, figurando como valor jurídico mais elevado, como fim supremo de todo o direito, como base de todos os direitos fundamentais. Assim, esclarece que a dignidade transmite ao indivíduo determinadas concepções normativas a respeito da pessoa que são impregnadas pela cultura de onde surgiram (HABERLE, 2009, p. 79).

Ingo Wolfgang Sarlet caracteriza a dignidade como uma qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável, inalienável, elemento que qualifica o ser humano e dele não pode ser destacado. Em contrapartida, ele próprio ressaltou a dificuldade de se encontrar uma definição jurídica de dignidade. Isso se deve ao fato de que nela há um conteúdo de natureza polissêmica, que condiz com a condição humana do ser humano e guarda íntima relação com as complexas, imprevisíveis e incalculáveis manifestações da personalidade humana (SARLET, 2009, p. 20).

Maria Celina Bodin definiu a dignidade da pessoa humana como o produto de quatro corolários: igualdade, integridade física e moral, liberdade e solidariedade (MORAES, 2010, p. 85). Dela decorrem os

direitos humanos fundamentais, reconhecendo as qualidades individuais das pessoas e protegendo-as contra os arbítrios estatais. Por isso que esse princípio representa um marco na nova dogmática jurídica, com a reconstrução dos direitos humanos fundamentais.

Da dignidade da pessoa humana decorrem os direitos à diferença, à identidade pessoal, ao nome, à honra, à imagem, à privacidade, à intimidade, ao corpo, à vida, à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, ao trabalho, ao lazer, à previdência, à assistência, à maternidade, à infância, entre tantos outros. Não há um número preciso de hipóteses a serem tuteladas, porque o que é tutelado é o valor da pessoa. Nesse sentido, a dignidade se confunde com a própria personalidade, como valor fundamental do ordenamento, valor unitário, multicultural e tendencialmente sem limitações (MORAES, 2010, p. 115).

Por sua vez, não é tarefa dos direitos humanos fundamentais assegurar a dignidade. Na verdade, eles são condições para a realização da sua prestação. É nesse ponto que a dignidade da pessoa humana revela sua dupla perspectiva: negativa (defensiva, vinculada à ideia de autodeterminação) e positiva (prestacional, vinculada à ideia de assistência notadamente quando a capacidade de autodeterminação se encontra ausente), oportunidade em que se constata o seu poder de impor limites e atuação positiva ao Estado em suas três esferas: Legislativo, Executivo e Judiciário (SARLET, 2009, p. 30).

Na condição de valor intrínseco do ser humano, a dignidade da pessoa humana gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais. Quando essa autonomia lhe faltar, a dignidade da pessoa humana gera para o indivíduo o direito de ser respeitado pela sua condição humana. É justamente nesse sentido que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais (SARLET, 2009, p. 32).

Sob essa concepção, extrai-se uma assertiva que veio justamente para sintetizar tudo o que vem sendo teorizado. Enquanto a pessoa humana é um fim em si mesmo, o Estado é o meio. Sua missão é ajudar o homem na promoção do seu fim (BOFF; BORTOLANZA, 2010, p. 264).

Uma vez traçado esse direcionamento para a atuação do Estado, a sociedade tem a possibilidade de cobrar ao Poder Público a execução de políticas públicas adequadas para que os seus direitos sejam efetivados (FACCHINI NETO, 2006, p. 45). Essa cobrança seria legítima em suas três esferas de Poder. Ao Legislativo caberia editar leis que disciplinassem o dever de promoção dessas políticas públicas; ao Executivo caberia não só definir quais seriam as políticas públicas prioritárias, mas também executar essas políticas públicas, saindo do plano abstrato da lei para o plano concreto dos fatos; e ao Judiciário caberia justamente manter esse controle, mediante a subsunção e ordenando a execução dessas políticas públicas

sempre que os órgãos descumprissem por omissão os seus encargos políticos.

Como é de se perceber, o entendimento legal, doutrinário e jurisprudencial é uníssono no sentido de que o princípio da proibição do retrocesso social e da proteção deficiente tem uma função histórica, política e social que condiz com a garantia dos direitos já conquistados. O desafio passa a ser a sua efetividade, para que os direitos sejam concretizados. É aqui que entra o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível: de um lado, o direito do indivíduo/coletividade à prestação social e, de outro, a limitação orçamentária do Estado.

6 DILEMA ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL: DIREITO FUNDAMENTAL E QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA

Os direitos sociais podem ser de dois grupos: liberdades sociais e direitos sociais programáticos. Ambos são de aplicabilidade imediata, assim como o são todos os direitos fundamentais. Ocorre que enquanto os do primeiro grupo têm aplicabilidade direta e prescindem de qualquer intervenção estatal desde que o indivíduo possua meios para exercê-los, os do segundo grupo têm aplicabilidade indireta e necessitam de uma atividade estatal prestacional para o seu exercício (SIQUEIRA, 2010, p. 47).

São os direitos que compõem esse segundo grupo que levantam o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Isso se deve ao fato de que por mais que eles tenham uma aplicabilidade diferida, não significa que a atuação estatal possa ser diferida. Pelo contrário, ela deve ser imediata (SIQUEIRA, 2010, p. 47).

É obrigação do Estado garantir o mínimo necessário para que o cidadão tenha condições de sobrevivência. Esse mínimo necessário abrange os aspectos material, psicológico e social, como, por exemplo: a liberdade, a igualdade, o trabalho, a moradia, o lazer, a educação, a previdência, o amparo e a assistência aos necessitados. Mas ao mesmo tempo é de se considerar os recursos indispensáveis para a garantia desse mínimo necessário, senão veja-se:

> A Constituição Federal exige que pelo menos 25% dos recursos arrecadados pelos Estados sejam destinados para a educação e 12% para a saúde. Até 2013 ou 2014, os Estados têm, devido a contratos assinados em 1998 com o governo federal, dívidas da ordem de 13,75% para com a União. Contabilizando-se os 25% mais 12%, o

> Estado passa a ter uma dívida de 37%, somando-se mais 13,75%, o montante chega a mais de 50%. Tendo o Estado uma folha de 40%, o que é razoável, sobram 10% para tudo o mais. Em Minas Gerais, desde a década de 1950 até 2002, não havia a arrecadação dos 25% para a educação ou ela era acatada e não havia verba para a saúde porque ainda faltavam 13,75%, além de uma folha de pagamento que ultrapassava os 50%. Isso tudo acarretava um déficit monstruoso (ROCHA, 2009, p. 23).

É incontroversa a limitação orçamentária do Estado para a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal mediante a execução de políticas públicas. Não se está a dizer que os recursos financeiros são poucos. O que se está a dizer é que os recursos financeiros são limitados e que justamente por isso devem ser bem administrados.

Diante dessa realidade, o Estado se depara com as chamadas "escolhas trágicas". São situações nas quais se tem de escolher entre a efetivação de um direito fundamental ou de outro direito igualmente fundamental, cuja solução costuma se dar com base nos princípios constitucionais, bem como no uso das técnicas da proporcionalidade, da razoabilidade e da ponderação. Só as peculiaridades de cada caso concreto vão guiar o magistrado a decidir da forma mais justa, em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, atentando para a garantia do mínimo existencial e em observância à reserva do possível.

O STF, no RE 580252/MS, julgado em 2017, o ministro Luís Roberto Barroso suscitou o seguinte questionamento: "É possível afastar a responsabilidade civil do Estado pela aplicação da teoria da reserva do possível?". Logo no início, advertiu-se que o fato de o Estado apenas argumentar de forma genérica e não se desincumbir do ônus da prova da insuficiência de recursos já seria suficiente para afastar a incidência da cláusula da reserva do possível. Adiante, reiterou-se o posicionamento de que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada como argumento meramente retórico, de modo a permitir que o poder público se exima de seus deveres legais:

> A cláusula é comumente invocada como limite à efetivação de direitos sociais de caráter prestacional. Isso se deve ao fato de que a concretização desses direitos se dá por meio de um processo gradual que envolve gastos públicos

> consideráveis, de modo que, em um contexto de escassez de recursos, o Estado deve adotar políticas públicas e eleger critérios para a alocação desses recursos. Deve realizar escolhas trágicas: investir em um determinado setor sempre implica deixar de investir em outros. Trata-se, portanto, de uma lógica de justiça distributiva (BRASIL, 2017, p. 40).

Nesse ponto, convém registrar que o mínimo existencial corresponde às necessidades prioritárias do indivíduo. Para tanto, deve-se desconsiderar quaisquer desejos, interesses ou condições particulares. Isto é, corresponde a tudo aquilo que é imprescindível para qualquer pessoa independentemente do seu *status* social (SIQUEIRA, 2010, p. 48).

Ele foi originariamente extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à integridade física. Costuma ser definido como as condições indispensáveis para a subsistência do indivíduo, originário de um direito fundamental a um mínimo vital. Em outras palavras, trata-se de um direito subjetivo do indivíduo à prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna (KRELL, 1999, p. 247).

Nessa mesma linha é a definição traçada pelo STF, que caracteriza o mínimo existencial como resultado implícito de determinados preceitos constitucionais. Seria derivado do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e do objetivo fundamental de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Assim, asseguraria o direito à liberdade do indivíduo e às prestações positivas do Estado (BRASIL, 2011, p. 156).

Por sua vez, a reserva do possível é uma expressão que tem origem na Alemanha. Na verdade, representa a adaptação de um *tópos* da jurisprudência constitucional alemã. Entendeu-se que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado estaria sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos (KRELL, 2002, p. 52).

Note-se que se fala em construção de direitos subjetivos. Para que fosse construído um direito subjetivo à prestação material de serviços públicos pelo Estado, seria necessário atentar para a disponibilidade dos respectivos recursos. Dessa forma, a expressão foi criada no sentido de delimitar a razoabilidade ao dever prestacional do Estado (SIQUEIRA, 2010, p. 48).

Originariamente a expressão reserva do possível corresponderia àquilo que o indivíduo – de maneira racional – poderia esperar da sociedade. O Estado só poderia instituir um direito subjetivo se tivesse condições financeiras de garanti-lo. Por isso, não faria sentido instituir direitos fundamentais ao trabalho ou à moradia na Constituição Alemã enquanto

estes não fossem exigíveis diretamente pelos indivíduos em juízo (KRELL, 2002, p. 55).

Ocorre que no Brasil ela foi recebida com um sentido diferente: foi dada a ela uma conotação não de exigibilidade, mas, sim, de efetividade. O Estado só poderia efetivar um direito subjetivo se tivesse condições financeiras de fazê-lo. Por isso é que foram instituídos uma série de *direitos fundamentais* cuja efetivação tanto se discute no Judiciário.

Enquanto na Alemanha a limitação financeira do Estado foi uma preocupação que antecedeu a instituição dos direitos sociais, no Brasil a limitação financeira do Estado foi uma preocupação que sucedeu a instituição dos direitos sociais. Resultado: na Alemanha, há um reduzido rol de direitos sociais, mas com grande potencial de efetivação; no Brasil, há um extenso rol de direitos sociais, mas com ínfimo potencial de efetivação. Não é à toa que von Müch adverte que "a qualidade de uma constituição não se define pela sua pletora de dispositivos, mas pela sua credibilidade" (MÜCH apud KRELL, 2002, p. 55).

Em outras palavras: enquanto na Alemanha a preocupação foi dar limites à instituição do rol de prestações sociais, no Brasil a preocupação foi dar limites à efetivação do rol de prestações sociais. O que se constata é que há certa inversão de valores, podendo ser interpretada até mesmo como uma deturpação de sentido. Se aqui houvesse uma limitação razoável ao rol de prestações sociais antes de instituí-las como direitos subjetivos, os recursos financeiros do Estado não seriam uma preocupação de fato.

De uma forma ou de outra, a limitação orçamentária do Poder Público é uma limitação fática. Se aqui essa limitação recebeu o nome de reserva do possível, é nesse sentido em que se deve trabalhar. Diante da realidade constitucional brasileira, os recursos financeiros do Estado são uma preocupação de fato e precisam ser levados em consideração pelos tribunais.

A fórmula da reserva do possível se revela essencial na perspectiva do custo dos direitos. O instrumento de concretude das políticas públicas envolve receitas e despesas do ente público, de tal forma que toda e qualquer obrigação estatal fica condicionada à previsão orçamentária. Ocorre que a reserva do possível não pode ser invocada para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado.

José Joaquim Gomes Canotilho sintetiza essa problemática em uma única frase: "os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos" (CANOTILHO, 2003, p. 481). Ora, uma vez comprovada objetivamente a incapacidade financeira do Estado, não há como se exigir a efetivação de determinada política pública para concretizar o correspondente direito social. Por essa razão é que na realidade brasileira

defende-se que reserva do possível é uma questão orçamentária, não uma ficção jurídica.

Aqueles que defendem o contrário equivocam-se ao equiparar a conotação de reserva do possível que foi atribuída na Alemanha com a que foi atribuída no Brasil. Por mais que essa equiparação se dê de forma implícita, deve-se atentar para o fato de que são países com realidades completamente diferentes. Contudo, ainda há aqueles que ignoram o contexto.

Ricardo Perlingeiro sustenta que a reserva do possível está intrinsecamente relacionada com a prerrogativa do legislador de escolher quais benefícios sociais considera prioritários para financiar, sem que isso implique limitação dos direitos subjetivos. Sob essa perspectiva, defende a exigibilidade de qualquer direito social com fundamento em lei e que não haveria discricionariedade política do legislador orçamentário (PERLINGEIRO, 2013, p. 184-185). Contudo, não parece prudente defender a exigibilidade de qualquer direito social sem considerar o custo para sua efetivação.

Pela lógica alemã, o questionamento de submissão do mínimo existencial à reserva do possível não faria muito sentido. Isso porque o mínimo existencial seria correspondente às necessidades prioritárias do indivíduo, que seriam justamente aquilo que o Estado não poderia deixar de atender. Assim, o mínimo existencial seria equivalente à reserva do possível.

Já pela lógica brasileira, esse questionamento é bastante pertinente. Isso porque embora o mínimo existencial corresponda às necessidades prioritárias do indivíduo, o Estado teria uma limitação financeira a preservar. Assim, o mínimo existencial estaria em contraposição à reserva do possível e poderia se submeter a ela ou não.

Julio Siqueira incita que justificar a ausente ou deficiente concretização dos direitos sociais com base na reserva do possível só pode gerar dois tipos de conclusão: "ou o Estado não possui dinheiro em seus cofres ou esse dinheiro existe, sendo, porém, mal-empregado, de modo que aquilo que é básico e deveria ser concretizado não o está sendo" (SIQUEIRA, 2010, p. 49). O mínimo existencial não se submete à reserva do possível por uma razão muito simples: ele é a própria razão de ser da reserva do possível, a reserva do possível só existe para garanti-lo . Afinal, se é para haver uma limitação objetiva dos recursos públicos, que seja para garantir as condições materiais mínimas para a existência digna do indivíduo.

7 ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Um dos desdobramentos do Neoconstitucionalismo também é o fortalecimento do Tribunal Constitucional, responsável pelo controle concentrado de constitucionalidade. Esse controle visa a garantir a integridade da Constituição Federal, cujo desrespeito pode ocorrer tanto mediante ação quanto mediante omissão estatal. Em que pese o controle de constitucionalidade exista desde a primeira Constituição Republicana em 1891, a jurisdição constitucional só se expandiu mesmo com a CRFB, que trouxe novos mecanismos de controle concentrado (criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC – e regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF) (BARROSO, 2005, p. 7).

A positivação do controle de constitucionalidade seria mais um argumento para justificar a atuação do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas. Se a própria CRFB criou mecanismos de controle de constitucionalidade pelo Judiciário, ela teria concebido a sua atuação no campo dos direitos sociais. Logo, haveria uma atribuição legítima (SOUZA NETO, 2010, p. 518).

Esse raciocínio poderia ser esquematizado sob o seguinte itinerário: 1º) a Constituição Federal prevê uma série de direitos sociais, como o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança e à previdência social; 2º) cabe ao Estado executar políticas públicas para satisfazer a cada um desses direitos, a exemplo: construir hospitais públicos para garantir o direito à saúde; construir casas populares para garantir o direito à moradia; construir escolas para garantir o direito à educação; 3º) se o Estado não executa essas políticas públicas, ele viola o direito previsto na Constituição Federal; 4º) o indivíduo desassistido procura assistência junto aos órgãos públicos, mas se depara com justificativas como a falta de recursos, falta de funcionários, falta de vagas, dentre outras; 5º) o indivíduo procura o Poder Judiciário com a pretensão de obter a assistência a que tem direito, em oposição à pretensão do Estado em face de sua limitação orçamentária; 6º) é função do Poder Judiciário solucionar os conflitos e em casos como esses dizer a quem cabe o direito, de um lado o mínimo existencial e de outro lado a reserva do possível.

A princípio, é de se pensar que as críticas à atuação do Judiciário na efetivação das políticas públicas se concentravam no dilema entre o mínimo existencial (enquanto necessidade vital do indivíduo) e a reserva do possível (enquanto limitação financeira do Estado). Contudo, um estudo aprofundado permite constatar que vão muito além disso. Vão desde a legitimidade do Judiciário – para concretizar os direitos sociais – até os

problemas práticos decorrentes das decisões judiciais que determinam a entrega de bens e serviços.

Critica-se a dificuldade de se efetivar algumas decisões judiciais sobre direitos sociais em razão da falta de recursos públicos. Critica-se a desorganização da Administração Pública que o Judiciário provoca ao concretizar os direitos sociais. Critica-se a falta de conhecimento técnico dos juízes de direito no campo das políticas públicas para verificar qual a providência mais adequada. Criticam-se as consequências práticas que as decisões judiciais causam ao concretizarem os direitos sociais. Critica-se a desigualdade quanto ao acesso à justiça que o Judiciário promove ao concretizar os direitos sociais (SOUZA NETO, 2010).

É nesse sentido que a metodologia das decisões judiciais se revela bastante pertinente. De um lado, o particularismo (permite que o juiz se atenha às peculiaridades do caso concreto); de outro, o formalismo (limita o juiz à aplicação da lei). O diálogo entre a discricionariedade e a vinculação vai em direção à justiça e à segurança jurídica (SOUZA NETO, 2010, p. 517).

A visão tradicional do processo de decisão judicial consiste no trabalho do juiz em identificar a norma que deve incidir sobre o caso concreto a fim de solucioná-lo, de forma que a solução para qualquer problema jurídico já se encontraria no ordenamento jurídico e caberia ao juiz apenas realizá-la. Com o desenvolvimento do Direito Constitucional, as demandas se aperfeiçoaram e com elas se aperfeiçoou o papel do juiz. Não se exige mais apenas um conhecimento técnico, mas também uma sensibilidade para fazer valorações de sentido às cláusulas abertas e fazer da interpretação uma coparticipação na criação do direito (BARROSO, 2005, p. 9).

É por isso que com o Neoconstitucionalismo a fundamentação das decisões judiciais ganhou uma importância ainda maior. Como as decisões envolvem uma atividade criativa do juiz, o dever de fundamentação é reforçado. A fundamentação passa a ser um elemento indispensável para garantir a legitimidade da decisão judicial (BARROSO, 2009, p. 17).

Ricardo Lorenzetti sintetiza o que seria uma adequada fundamentação da decisão judicial. Seria aquela que se revelasse consistente, coerente e consequente. A consistência implicaria um "olhar para trás", de acordo com o entendimento jurisprudencial em casos semelhantes; a coerência implicaria um "olhar para cima", de acordo com um verdadeiro diálogo das fontes normativas (Constituição Federal, Leis, Costumes e Tratados); já as consequências implicariam um "olhar para frente", de acordo com os efeitos políticos, econômicos e sociais que uma determinada decisão pode produzir no futuro (LORENZETTI, 2009, p. 160-162).

Não é à toa que Luis Roberto Barroso defende a importância do desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle das políticas públicas. Eles assegurariam a supremacia da Constituição e afastariam a hegemonia judicial. Seriam o limite entre a matéria constitucional e a matéria submetida ao processo político majoritário (BARROSO, 2005, p. 38).

Com base em todas as nuances do tema objeto de estudo, elencam-se as seguintes propostas: 1) a necessidade de se trabalhar em conjunto com regras e princípios; 2) reforçar o diálogo entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário; 3) consolidar o papel dos Enunciados Institucionais; 4) a possibilidade de realização efetiva; 5) a necessidade de se atentar para a reserva orçamentária, com base na Lei Orçamentária Anual (LOA); 6) a pretensão de universalidade; 7) requisito da hipossuficiência financeira do demandante; 8) observância da garantia apenas do mínimo existencial; 9) estímulo às ações coletivas; e 10) delimitação das ações individuais.

No tocante à primeira proposta – a necessidade de se trabalhar em conjunto com regras e princípios –, impende registrar que tem sido cada vez mais comum a fundamentação das decisões judiciais se concentrar em normas principiológicas, em cláusulas abertas e em conceitos jurídicos indeterminados. Muitas vezes, isso transforma o juiz em um verdadeiro legislador do caso concreto. A aplicação do Direito baseada exclusiva ou precipuamente em uma análise principiológica dá ensejo a decisões judiciais fundadas em alto grau de subjetividade, que resumem a fundamentação do Direito em valores essencialmente pessoais do julgador (VENTURI, 2012, p. 4354).

O novo perfil do constitucionalismo brasileiro vem fazendo com que as decisões judiciais passem a se fundamentar não só em regras, mas também em princípios e em cláusulas gerais. Utilizam-se de recursos como a ponderação, a argumentação e sobretudo a razoabilidade. Assim, toda norma passa a ter simultaneamente um caráter vinculado e um caráter discricionário que as diferenciam quantitativamente e não qualitativamente.

Em relação à segunda proposta – reforçar o diálogo entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário –, é oportuno consignar a constatação de que decisões construídas horizontalmente permitem que sejam promovidos julgamentos que atendam tanto às necessidades do indivíduo quanto às limitações do poder público. É preciso que haja uma interlocução permanente entre magistrados, administradores, técnicos, universidades, bem como associações da sociedade civil. Para tanto, o Poder Judiciário pode contar com perícias, pronunciamento de *amicus curiae*, promoção de audiências públicas, entre outros mecanismos de apoio à atividade jurisdicional (SOUZA NETO, 2010, p. 530-546).

Essa nova realidade expõe a dificuldade de se executarem algumas decisões judiciais que tratam da efetivação de políticas públicas, as injustiças que elas eventualmente provocam em razão da preterição àqueles

que não judicializaram o direito social perseguido, bem como a possível desigualdade na prestação dos serviços sociais. Um julgamento que leva em consideração as circunstâncias apresentadas por aqueles que cumprirão a decisão certamente irá conduzir o caso sob um "olhar prático". Esse diálogo orientará a determinação de prazos, valores e condições exequíveis em respeito aos casos prioritários que já estavam à espera da Administração.

A respeito da terceira proposta – consolidar o papel dos Enunciados Institucionais –, destaca-se que os Enunciados se revelam um instrumento importante na orientação das decisões judiciais. Sua elaboração permite discutir casos concretos, trocar experiências, pacificar um entendimento comum, minimizar a quantidade de recursos e agilizar a tramitação dos processos sobre o tema. Citam-se os Enunciados aprovados pela Comissão Permanente de Defesa da Saúde (COPEDS) do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH) do Conselho Nacional de Procuradores Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPG).

Os Enunciados surgem como uma nova proposta na medida em que orientam a atuação da Administração Pública. A especificidade dessas orientações contribui para a diminuição dos equívocos de interpretação na aplicação da norma jurídica. Ao apresentarem o pensamento predominante das instituições, contribuem para um resultado mais prático, racional e efetivo.

No que concerne à quarta proposta – a possibilidade de realização efetiva –, convém assinalar que é relativamente comum a prolação de decisões que são impraticáveis nos moldes prescritos. Muitas vezes, é determinada a realização de cirurgias em 24 horas, reformas de escolas em cinco dias, entre outros. Nesse ponto, Cláudio Pereira de Souza Neto adverte que "a melhor decisão é a que produz melhores efeitos práticos, não necessariamente a que se subsome às regras legais" (SOUZA NETO, 2010, p. 532).

Com efeito, é de se reconhecer que cada caso tem suas particularidades. A urgência deve ser aferida, comprovada e fundamentada para justificar excepcionalidades. Daí a importância de se refletir e de se buscar uma medida efetiva.

Em referência à quinta proposta – a necessidade de se atentar para a reserva orçamentária, com base na Lei Orçamentária Anual (LOA) –, deve-se levar em consideração o desconhecimento da existência de recursos suficientes para a execução de certos comandos judiciais. É nesse sentido que se revela importante a observância da Lei Orçamentária Anual (LOA). Todos os Poderes e o Ministério Público elaboram suas propostas orçamentárias; o Executivo consolida essas propostas e envia o projeto de lei com a estimativa da arrecadação de receitas e fixação da realização de despesas; e o Legislativo autoriza através de Lei.

O planejamento do quanto seria destinado a cada órgão é importante para atingir os objetivos da política de governo. Diante de um caso concreto em que fosse pleiteada uma prestação que não tivesse dentro do planejamento da Administração Pública, seria possível aferir proporcionalmente o seu impacto no orçamento. A depender do valor da condenação, a LOA seria útil para se calcular a extensão dos efeitos da decisão.

Acerca da sexta proposta – a pretensão de universalidade –, observa-se que esse é um critério que já vem sendo bastante debatido na doutrina e jurisprudência. Inclusive, foi tema tratado na Audiência Pública convocada pelo STF que ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS, em 2009. Esse vetor conduz a busca por coerência, imparcialidade e manutenção da lógica igualitária (SOUZA NETO, 2010, p. 527).

Certamente, a universalidade é mais um dos desafios enfrentados pelo Poder Judiciário. Fala-se em acesso universal e igualitário. Com isso, reforça-se a atenção às peculiaridades do caso concreto e a repercussão àqueles que se encontrem em situações idênticas.

No que diz respeito à sétima proposta – requisito da hipossuficiência financeira do demandante –, constata-se que a CRFB não condiciona o direito à prestação social à hipossuficiência financeira do cidadão. Os princípios da eficiência, solidariedade, razoabilidade, proporcionalidade e igualdade impulsionam a aplicação otimizada dos recursos públicos. Com razão a assertiva de que "se os recursos são escassos, deve-se priorizar a garantia dos direitos sociais para os mais pobres. Se o indivíduo é capaz de arcar com os custos da prestação com recursos próprios, não pode exigi-la do Estado perante o Judiciário" (SOUZA NETO, 2010, p. 527).

Justamente porque os direitos sociais são de todos é que as prestações estatais não devem sê-lo. A CRFB não faz essa restrição, mas é uma circunstância que tem respaldo nos princípios de base. Seria uma condição de exigibilidade.

No que se refere à oitava proposta – observância da garantia apenas do mínimo existencial –, há de se considerar as discussões acerca das chamadas "condições mínimas" ou "condições necessárias". Fala-se na inexistência de discricionariedade política do legislador orçamentário. Contudo, é difícil sustentar a exigibilidade daquilo que excede ao mínimo existencial quando sequer este é garantido (PERLINGEIRO, 2013, p. 184-185).

Por fim, tem-se a nona proposta – estímulo às ações coletivas. As ações coletivas se revelam como solução à maior parte dos problemas e das críticas à atuação do Judiciário na efetivação das políticas públicas. Nesse sentido, elas proporcionam os seguintes efeitos: 1) garantem a

universalização da prestação; 2) desorganizam menos a Administração Pública; 3) permitem que se discuta com cuidado os aspectos técnicos envolvidos; 4) estimulam o cidadão a se mobilizar para a atuação política sobretudo em associações; 5) evitam que apenas cidadãos que possuam acesso à justiça sejam destinatários das prestações sociais; e 6) permitem analisar de modo mais preciso o impacto da política no orçamento (SOUZA NETO, 2010, p. 543-544).

Essas propostas espelham diversas características e desafios do Neoconstitucionalismo. Longe de resolver as questões suscitadas, a sua discussão é importante para a otimização da atuação do poder público. O prognóstico é bastante positivo, mas ainda há muito a se discutir.

8 CONCLUSÃO

O Neoconstitucionalismo como fenômeno do pós-guerra, do pós-positivismo, da Constitucionalização do Direito, foge aos extremos. Não chega a representar uma superação do ideal jusnaturalista, muito menos do ideal positivista. Entretanto, representa uma verdadeira sublimação dessas teorias, constituindo um modelo difuso e abrangente de ideias.

O ideal jusnaturalista se sustenta em uma base metafísica, na qual direito está acima do homem, fundado em princípios de justiça universalmente válidos. Por sua vez, o ideal juspositivista equipara o direito à lei, o homem está acima do direito, é a lei quem dita o que deve ser seguido. Já o Neoconstitucionalismo vem justamente buscar uma reaproximação do direito à moral, mas sem recorrer a categorias metafísicas nem desprezar o direito posto.

É por isso que se acredita que o novo perfil do constitucionalismo brasileiro é bastante positivo desde que suas características sejam racionalizadas. Essa condição se deve ao fato de que vem sendo atribuída uma grande responsabilidade ao Poder Judiciário, como se ele fosse capaz de solucionar os problemas nacionais condizentes à efetivação das políticas públicas. Essa atribuição também se reflete nos juízes, que – de certa forma – se sentem responsáveis por corrigir as falhas da Administração Pública, sentem que está sob suas mãos o poder de prestar assistência ao necessitado, sentem medo de que a sociedade venha a culpa-los ou até mesmo sentem a própria culpa por não conseguirem efetivar as políticas públicas.

Diante desse quadro, são comuns decisões de juízes que julgam procedentes pedidos que extrapolam os limites impostos à efetivação dos direitos sociais. Ocorre que a negação de uma obrigação a ser cumprida na base dos direitos fundamentais não significa a renúncia de reconhecê-lo como verdadeiro direito. Significa tão somente que ele não é exigível diante

das circunstâncias do caso concreto ou ainda do contexto que ele se encontra.

A dita culpa pela não efetivação das políticas públicas não é do Judiciário, mas, sim, do Executivo. É por isso que nem o Judiciário pode maquiar a necessidade de se fazer uma reforma política, nem pode continuar a promover injustiças diante dos danos colaterais que uma justiça aparente venha a causar. É preciso restabelecer o controle mediante parâmetros que racionalizem e uniformizem as decisões judiciais sobre o tema.

Com efeito, a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais é legitimada pela própria CRFB, e a maioria dos problemas práticos relatados são decorrentes da falta de parâmetros que racionalizem e uniformizem as decisões. O grande desafio não é discutir se os direitos sociais são ou não exigíveis pela via judicial, mas estabelecer parâmetros adequados para sua concretização. A discussão acerca de propostas a serem seguidas e parâmetros a serem adotados certamente tem muito a contribuir.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *In*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 83-105.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium.** Fortaleza/CE, Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498. Acesso em: 7 jul. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618. Acesso em: 7 jul. 2020.

BOFF, Salete Oro; BORTOLANZA, Guilherme. Aproximações sobre a dignidade humana sob a ótica de Kant e o constitucionalismo contemporâneo. *In*: **Sequência**: estudos jurídicos e políticos do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis/SC, v. 31, n. 61, p. 251-272, dez. 2010. Disponível em: http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3648066. Acesso em: 7 jul. 2020.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.066**/DF. Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 2º, caput e parágrafo único, da Lei nº 9.055/1995. Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham. Amianto crisotila. Lesividade à saúde humana [...]. Relator: Min. Rosa Weber, 07 de março de 2018. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=144522322. Acesso em: 7 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 639337/SP. Riança de até cinco anos de idade - Atendimento em creche e em pré-escola - Sentença que obriga o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida - legitimidade jurídica da utilização das "astreintes" contra o poder público - Doutrina - Jurisprudência - Obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças [...]. Rel. Min. Celso de Mello, 14 de setembro de 2011. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428. Acesso em: 7 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda turma). **AG. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 745745/ES**. Recurso extraordinário com agravo (Lei nº 12.322/2010) - manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente - dever estatal resultante de norma constitucional - configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município - desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (rtj 183/818-819) - comportamento que transgride a autoridade da lei fundamental da república (rtj 185/794-796) [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 19 de dezembro de 2014. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25338650/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-745745-mg-stf/inteiro-teor-159281715#:~:text=O%20SENHOR%20MINISTRO%20CELSO%20DE,em%20harmonia%20com%20diretriz%20jurisprudencial. Acesso. 7 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592581/RS**. Repercussão geral. Recurso do MPE contra acórdão do TJRS. Reforma de sentença que determinava a execução de obras na casa do albergado de Uruguaiana. Alegada ofensa ao princípio da separação dos poderes e desbordamento dos limites da reserva do possível. Inocorrência. Decisão que considerou direitos constitucionais de presos meras normas programáticas. [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 1 fevereiro de 2016. Disponível em: https://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=18&dataPublicacaoDj=01/02/2016&incidente=2637302&codCapitulo=5&numMateria=1&codMateria=1. Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580252/MS**. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 11 setembro de 2017. Disponível em: https://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=204&dataPublicacaoDj=11/09/2017&incidente=2600961&codCapitulo=5&numMateria=129&codMateria=1. Acesso em: 7 jul. 2020.

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

CARBONELL, Miguel. Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo. *In*: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo) Constitucionalismo: um análisis metateórico. *In*: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana, custos estatais e Acesso à saúde. *In*: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GERVASONI, Tássia Aparecida. **A jurisdição constitucional brasileira entre judicialização da política e ativismo judicial**: a (auto) compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca desses conceitos e dos seus limites de atuação em face do princípio da separação dos poderes – uma análise teórica e jurisprudencial. 2011. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, 2011.

GUASTINI, Riccardo. A propósito del neoconstitucionalismo. **Doctrina Constitucional**, v. 67, p. 231-240, 2013,.

HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/545. Acesso em: 07 jul. 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. A Judicialização da Política Pública e do Direito: um fenômeno decorrente de múltiplas causas, sob diferentes abordagens. *In*: Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 11; Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, 7, 2014, Santa Cruz do Sul. **Anais** [...]. Santa Cruz do Sul,RS: UNISC, 2014. Disponível em: https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11728. Acesso em: 07 jul. 2020.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, Consolação, SP, v. 3, n. 2, p. 9-30, 2002.

OLIVEIRA, Carlindo Rodrigues de; OLIVEIRA, Regina Coeli de. Direitos Sociais na Constituição Cidadã: um balanço de 21 anos. **Serviço social e sociedade**. São Paulo, n. 105, p. 5-29, jan./mar. 2011. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0101-66282011000100002. Acesso em: 07 jul. 2020.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de; et al. **Direitos fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2010.

PERLINGEIRO, Ricardo. É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais? **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo,** São Paulo, ano 1, v. 2. p. 163-185, set./out. 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2343965. Acesso em: 7 jul. 2020.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Efetivação de políticas públicas: uma questão orçamentária. **Revista Argumentum**: Argumentum Jornal of Law, Marília, SP, n. 12, p. 77-102, 2011. Disponível em: http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/issue/view/49/showToc. Acesso em: 7 jul. 2020.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. *In:* **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 252, p. 15-24, maio 2009. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7953. Acesso em: 7 Jul. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Belo Horizonte/MG, p. 163-206, 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Da reserva do possível e da proibição de retrocesso social. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano 28, v. 76, n. 3, p. 45-56, jul./set. 2010. Disponível em: https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1017.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. A análise consequencialista no processo de tomada das decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, ano 1, n. 7, p. 4353-4375, 2012. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/07/2012_07_4353_4375.pdf. Acesso em: 8 jul. 2020.

Recebido: 15/7/2020.
Aprovado: 7/4/2022.

Danyelle Rodrigues de Melo Nunes
Mestra em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).
E-mail: danyellenunes1@gmail.com.

George Sarmento Lins Júnior
Pós-doutor pela Université d'Aix-Marseille, França.
E-mail: george_sarmento@uol.com.br.