

# AINDA SOBRE A RELAÇÃO ENTRE MÍNIMO EXISTENCIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS\*

## STILL ON THE RELATIONSHIP BETWEEN MINIMUM EXISTENCIAL AND FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS

Rogério Gesta Leal  
jonathanaugustus@hotmail.com

Recebido: 1-8-2016  
Aprovado: 16-12-2017

Sumário: 1 Fundamentos Institucionais dos Direitos Fundamentais Sociais e suas insuficiências. 2 Qual o papel do Estado-Juiz em face dos Direitos Fundamentais Sociais? 3 Ainda o Mínimo Existencial e seus Indicadores Constitucionais Parametrizantes. 4 Referências.

### RESUMO:

Pretende-se, neste ensaio, tratar de um tema que tem sido objeto de profundos estudos em nível acadêmico como forense, que é o do Mínimo Existencial enquanto indicador de densificação material de Direitos Fundamentais Sociais, notadamente aqueles que envolvem comprometimento econômico e orçamentário para as suas efetivações. Para tal debate, primeiro, dar-se-á ênfase da delimitação teórico-acadêmica (exemplificativa) que vem se ocupando disto, para, em seguida, verificar-se de que forma estas questões têm chegado à jurisdição brasileira.

### PALAVRAS-CHAVES:

Direito Fundamental Social. Efetivação de Direitos. Mínimo Existencial.

### ABSTRACT:

In this text we intended to treat about a topic that has been the subject of thorough studies at academic and forensics level, which is about the minimum existencial as a material densification indicator of Fundamental Social Rights, particularly those involving economic commitment and budget to their functioning. For this discussion, we will treat in first steep theoretical and academic delimitation about it, and after we will evaluate how these issues have come to the Brazilian jurisdiction.

### KEY-WORDS:

Fundamental Social Right. Effectiveness Rights. Minimum Existencial

## 1. Fundamentos Institucionais dos Direitos Fundamentais Sociais e suas insuficiências

O cenário político e institucional nos quais se inserem os Direitos Fundamentais Sociais, haja vista que há uma relação direta entre estes direitos e o que se tem denominado de Estado Social, em especial nos primeiros anos do século XX, quando o Poder Público adquiriu conteúdo econômico e social destacado, para realizar, dentro de seus quadros, a nova ordem de trabalho e distribuição de bens, em face dos níveis de exclusão social reinante no modelo de mercado capitalista vigente, “opondo-se à anarquia econômica e à ditadura para resguardar os valores da civilização” (NETO, 1979, p. 42).<sup>1</sup>

Este ciclo histórico, progressivamente, vai impondo ao Estado outras missões e fins até então descartados pelo Estado Liberal de Direito, exigindo do Poder Público o atendimento às demandas comunitárias cada vez mais crescentes. Os problemas sociais que surgem aqui, bem como a falta de capacidade de resolução por parte dos particulares, impulsionam a reflexão sobre o alargamento dos deveres estatais para muito além de suas atribuições de garantir, simplesmente, uma ordem jurídica estável e proporcionadora de relações sociais da mesma natureza (PICÓ, 2007, 5)<sup>2</sup>.

No aspecto jurídico e político e em termos históricos, o modelo de Estado Social de Direito é recepcionado pela Constituição de Bonn, em 1949, qualificando a Alemanha como um Estado Democrático e Social de Direito, que busca, fundamentalmente, a justiça e o bem-estar social (KLEIN, 1970, 398)<sup>3</sup>, mesmo que de forma mais discursiva e formal<sup>4</sup>.

Percebemos, em especial na Alemanha do pós-guerra, uma consciência política bastante forte da população e de suas manifestações representativas-parlamentares, no sentido de firmar postulados contrários ao regime anterior do III Reich, levando-nos a concluir que o *Sozialer Rechtsstaat* não pode ser tido e concebido, tão-somente, sob o ponto de vista formal – caráter do Estado Liberal de Direito –, mas há que se entendê-lo em sentido material, implementador de políticas públicas que atendam às demandas sociais emergentes (MENGER, 2001, p.34).

O desafio do Estado Social de Direito é, de alguma forma, garantir justiça social efetiva aos seus cidadãos, no sentido do desenvolvimento da pessoa humana, observando ao mesmo tempo o ordenamento jurídico. Significa dizer que este Estado se encontra marcado por preocupações éticas voltadas aos direitos e prerrogativas humanas/fundamentais.

De outro lado, as garantias jurídico-sociais-constitucionais estabelecidas pelas Cartas Políticas deste período não consistem em limitações estatais, mas, fundamentalmente, em

1 Ocorre que a *mão invisível do mercado* não foi suficiente para gerenciar a romântica e ilusória perspectiva de que as relações de produção e a lógica do capital fossem suficientes para dar conta de um desenvolvimento social harmônico e pacífico dos trabalhadores e capitalistas, quebrando as expectativas de Adam Smith (1986, p. 215).

2 Como bem informa PICÓ (2007, p. 5): “As transformações gerais da sociedade industrial dão lugar ao nascimento de grupos sociais que reclamam direitos, legislação protecionista, liberdades, etc., e o Estado se apresenta como orientação pragmática a solucionar estas crises com intervenções de compensação”. (Tradução nossa).

3 Como quer KLEIN (1970, p. 398), o art. 28, 1, da Carta de Bonn estabelece que a ordem constitucional dos *Länder* deve ajustar-se necessariamente aos princípios do republicanismo, democracia e Estado Social (*republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates*), consoante disposições do art. 20, 1, do mesmo diploma constitucional.

4 Não esquecendo aqui das constituições denominadas de sociais logo nos primeiros anos do século XX, como a Mexicana, Soviética, de Weimar. Ver o texto de Lionel Richard (2004, p.29), que faz um crítico balanço deste tempo, dizendo que a Lei Fundamental de Bonn acolhe a de Weimar, dando relevo à expressão *social* para o Estado.

*parcerias e participação dos Poderes Públicos* na tarefa de dar efetividade aos novos direitos e garantias estabelecidas à cidadania.

Abandonamos, pois, aquela ideia de liberdade e igualdade garantidas mediante uma limitação de ação do Estado frente à Sociedade, eis que tal concepção deixa o indivíduo na mesma situação social em que se encontra, mantendo-se o *status quo* vigente, discriminatório e não raro violador de sua cidadania (IRIBARNE, 2005, p. 167).

Ocorre que este Estado Social necessita angariar recursos para a implementação de suas ações ou políticas públicas, oportunidade em que vai buscá-los junto à iniciativa privada, em especial pela forma de tributos e políticas fiscais. Aqui, os impostos não têm, exclusivamente, a função de proporcionar recursos ao Estado para dar conta de seus gastos, mas atuam como meios para modificar, socialmente, a capacidade aquisitiva dos cidadãos e, por vezes, como instrumentos de desconcentração de capital.<sup>5</sup>

É assim que tanto o Direito Constitucional como o Direito Administrativo, no âmbito do Estado Social de Direito, apresentam características e aspectos diferenciados, tais como: um direito administrativo interventor no sentido de minimizar os efeitos das tensões e desigualdades sociais provocadas pelo modelo de desenvolvimento econômico imposto pelo mercado; adoção de políticas públicas protetivas de determinadas categorias sociais marginalizadas e excluídas deste modelo; incentivo a determinadas atividades produtivas – geralmente atendendo a pequenos produtores – no sentido de viabilizar seu ingresso paulatino na cadeia das relações de produção. Diante disto,

A tradicional estrutura do Direito Administrativo, derivada essencialmente da noção da lei e o princípio da legalidade da administração, está em grande parte superada; a exigência da legalidade dos atos administrativos postula novas garantias jurídicas a respeito da atividade da administração que, com melhor ou pior fortuna, tratamos de deduzir do princípio da igualdade, do direito ao livre desenvolvimento da própria personalidade, das demais garantias constitucionais dos direitos fundamentais e da ideia de solidariedade social (USEROS, 1985, p. 36).

Na experiência norte-americana, notadamente em face da premissa do que podemos chamar da Doutrina da Ação do Estado de Efeito Horizontal (*Doctrines of Horizontal Effect by State Action*), desenvolvida nos Estados Unidos a partir da década de 1930, no chamado New Deal, vai inverter a lógica de ação estatal, colocando como referência e centro neural dos poderes instituídos, não mais projetos endógenos dos aparelhos burocráticos de governo, mas as demandas sociais irrefreáveis que explodiam nas comunidades (saúde, segurança, educação, trabalho, etc.) (TUSHNET, 2007, p.116).

É claro que tal modelo de Estado e de políticas públicas geradas a partir dele trouxeram alguns problemas de assistencialismo e paternalismo alienante, fazendo com que a relação entre Cidadania e Estado fosse marcada por altos índices de dependência da pri-

---

5 Tenha-se presente que não se constituiu nesta história um único modelo de Estado Social, mas vários, eis que se formaram ora com viés mais paternalista e assistencialista (tal qual o modelo de Estado Getulista no Brasil), ora com feições mais curativas e compensatórias (tal qual o *Welfare State* e o *L'État d'Providence*), ora com natureza de classe social (tal qual o Estado Soviético). Ver o texto de Rafael de Agapito Serrano (1999, p. 23 e segs). Vale lembrar que quase todos estes modelos distintos de Estado tinham de comum um caráter muito mais protecionista e paternalista do que emancipador, eis que a condição da cidadania aqui ainda se revelava de extrema passividade recalcitrante do que de participação criativa. Na mesma direção, ver: Marcus Vaquer Cabellería (2004, p. 97); e, ainda, Rogério Gesta Leal (2004, p. 959)

meira em relação ao segundo, e isto não se deu somente em países mais subdesenvolvidos em termos históricos (como foi o caso do Brasil por longo tempo), mas também na Europa Central, haja vista o relato de Maggiero:

As prestações sociais se afiguram assim como um dos pilares do modelo de desenvolvimento italiano do pós-guerra no qual a incapacidade de garantir suficientes níveis de ocupação e suficientes níveis de renda de trabalho se suplantam através de fluxos de renda de caráter assistencial. Isto comporta uma leitura exagerada dos efeitos perversos do sistema do Estado de Bem-Estar Social italiano: leitura que põe acento sobre o caráter assistencial e sobre os desperdícios deste sistema, subestimando os aspectos positivos conexos ao melhoramento dos níveis de vida (MAGGIERO, 2007, p. 92).

Mais que isto, impõe-se ainda o reconhecimento neste cenário daquilo que chamamos de *paradoxo democrático*, ou seja, é igualmente da natureza da democracia moderna e contemporânea (a constitucional) certo grau de *opressão domesticada*, eis que tem imposto ao menos dois tipos de coerções institucionais, a saber: (1) o fato de que a democracia constitucional dá atuação diferenciada à vontade de maiorias políticas conjunturais, o que potencialmente pode divergir e restringir a vontade de minorias políticas conjunturais, obrigando-as a contribuir na realização dos objetivos daquelas maiorias (a despeito da contrariedade e desacordo destas minorias); (2) o fato de que a democracia constitucional elege e desenvolve a proteção de certos direitos fundamentais (individuais, sociais, coletivos, difusos, etc.), os quais podem frustrar expectativas e projetos de maiorias políticas (e econômicas) conjunturais, obrigando a estas maiorias a aceitação de tais circunstâncias.

Mas de que forma tais conjunturas implicam os sistemas de justiça ocidentais (aqui entendidos tanto os marcos normativos internacionais, constitucionais e infraconstitucionais, como as instituições e atores que se ocupam com as questões que dizem respeito aos direitos e garantias individuais e sociais – magistrados, ministério público, defensoria pública, procuradorias estatais, advocacia, cidadania em geral, etc.)? É o que passamos a tratar.

## 2. Qual o papel do Estado-Juiz em face dos Direitos Fundamentais Sociais?

A primeira grande implicação que podemos extrair do que até agora foi visto é no campo normativo e suas dimensões hermenêuticas e interpretativas, haja vista a profusão de dispositivos cogentes protetivos dos Direitos Humanos e Fundamentais que surgem no século XX, impactando de forma definitiva a Teoria da Constituição e o próprio conceito de Democracia, como passamos a ver.

No âmbito constitucional, por exemplo, podemos falar da *mudança de função (e significado) na Constituição*, eis que ela não representa tão somente a fronteira entre o Estado e a Sociedade, como no modelo constitucional liberal, nem tão pouco se apresenta como um mero sistema de regras para a luta política (*Rahmenordnung*), que o legislador se encontra obrigado a respeitar. “A Constituição hodierna compreende um projecto político, um modelo de desenvolvimento para o futuro, um futuro que não se pode prever,

mas apenas construir” (QUEIROZ, 2002, p. 230) <sup>6</sup>. Constitui, nestes termos, um projeto inacabado, um processo constituinte tornado permanente que liga o presente ao futuro. Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma perspectiva cívica da Constituição (*civic constitutional vision*), em que:

A Sociedade Política é antes de tudo a Sociedade Civil, e não uma Sociedade portadora de Direitos; é uma associação a qual o primeiro princípio é a criação e a provisão de domínios públicos dentro do qual as pessoas, juntas, argumentam racionalmente sobre os termos de suas coexistências, termos que eles definirão juntos e os quais eles entenderão como bens comuns. Conseqüentemente, o Estado é justificado em face do objetivo de estabilizar e ordenar a esfera pública dentro da qual as pessoas podem adquirir a liberdade no sentido de auto-governo para o exercício da razão no diálogo público (MICHELMAN, 1988, p. 29).

Na mesma senda e ampliando o significado da Norma Constitucional anda Böckenförde, quando sublinha a ultrapassagem do conceito de *constituição* como *ordem quadro* (*Rahmenordnung*) para uma *ordem fundamental da comunidade* (que compreende o Estado e a sociedade com os seus fundamentos básicos). De acordo com essa concepção, os Direitos Fundamentais deixariam de ser percebidos numa relação meramente vertical Estado/cidadãos, para se conceberem a partir de mecanismos horizontais de garantia e proteção das relações sociais e intersubjetivas (BÖCKENFÖRDE, 1991).

Revela-se inexorável em tal contexto que o Poder Judiciário igualmente reste impactado em sua postura, eis que o aumento das demandas vai gerando déficits enormes de Direitos Fundamentais (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, etc.), pressionando todos os poderes instituídos a darem respostas a estas questões.

Cada instituição, a sua maneira, relaciona-se de formas diferentes àquelas demandas: o Executivo, pela via dos serviços e políticas públicas, com investimentos compensatórios, preventivos e curativos em face dos problemas que lhe acorrem; o Legislativo, com menos atividade legiferante de iniciativa própria e mais comportamentos de controle e aferição política do Executivo (através de comissões parlamentares para assuntos diferenciados); o Judiciário, avançando na direção de garantidor das prerrogativas constitucionais e infraconstitucionais de toda a comunidade, bem como desenvolvendo ações de concretização de direitos que, a despeito de previstos no sistema normativo, não têm recebido a devida atenção dos demais poderes estatais (saúde, educação, trabalho, segurança, etc.) (LEAL, 2007).

Por todas estas razões é que se têm sustentado nos últimos tempos que os chamados Direitos Fundamentais Sociais, enquanto fundamentalizados constitucionalmente, em especial no Brasil, afiguram-se como dever do Estado, em primeiro plano, conformando-se

---

<sup>6</sup> Remetemos também para o debate desta matéria um antigo texto de FERRAJOLI (2005, p. 29), no qual lembra o autor que o Estado de Direito Constitucional de Direito não é mais do que a dupla sujeição do direito ao direito, gerada por uma dissociação entre vigência e validade, entre forma e substância, entre legitimação formal e substancial, ou, se se quiser, entre as weberianas racionalidade formais e racionalidades materiais.

como verdadeiros direitos subjetivos, o que implica, inexoravelmente, direito a prestações<sup>7</sup>. Para Canotilho, tais direitos são *prima facie*, eis que não é possível resolvê-los em termos de tudo ou nada<sup>8</sup>, e também pelo fato de constituírem, em certa medida e na dicção de Dworkin, direitos abstratos, isto porque representam:

Finalidades políticas gerais cujo enunciado não indica de que maneira há de se comparar o peso desta finalidade geral com o de outras finalidades políticas, em determinadas circunstâncias, ou que compromissos hão de se estabelecer entre elas. Os grandes direitos da retórica política são abstratos neste sentido. Os políticos falam de direito a liberdade de expressão, de dignidade ou igualdade, sem dar a entender que tais direitos sejam absolutos, e sem aludir tampouco a sua incidência sobre determinadas situações sociais complexas (DWORKIN, 2006).

E por que não se pode resolver tal matéria em termos de tudo ou nada? Pelo fato de que ela envolve outro universo de variáveis múltiplas e complexas, a saber: disponibilidade de recursos financeiros alocados preventivamente, políticas públicas integradas em planos plurianuais e em diretrizes orçamentárias, medidas legislativas ordenadoras das receitas e despesas públicas, etc. Todos estes condicionantes, por sua vez, encontram-se dispersos em diferentes atores institucionais, com competências e autonomias reguladas também pela Constituição.<sup>9</sup>

É preciso que se diga, por exemplo, e para não esquecer, que em outros países com tradições bem distintas das nossas, os Direitos Fundamentais Sociais são postos como tão somente diretrizes ao legislador, sem vincular necessariamente os demais poderes as suas efetivações (e não estamos defendendo tal hipótese para o Brasil), *ex vi* a experiência da Índia e Irlanda, conforme nos diz John Gerhardt (2005).

7 No que tange, por exemplo, ao direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de afirmar ele configura direito público subjetivo, não podendo ser reduzido à promessa constitucional inconsequente – Agravo Regimental no RE nº271.286-8/RS. De igual sorte a decisão do Superior Tribunal de Justiça que asseverou que os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais – REsp 836913/RS; Recurso Especial nº2006/0067408-0. 1ª Turma, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 08/05/2007, publicado no Diário de Justiça de 31.05.2007 p. 371. Mas pergunta-se? A que custo e a que universo de demanda pode-se chegar no atendimento deste direito subjetivo à prestação? O atendimento integral de tal direito não pode implicar, por vezes, a violação e o sacrifício de outro direito de mesma ou diferente grandeza (paradoxo da eficiência jurisdicional)?

8 Aduz Canotilho que: *A questão da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen), da ponderação necessária a efectuar pelos poderes públicos (Abwägung) relativamente ao modo como garantir, com efectividade, esse direito (optimização das capacidades existentes, alargamento da capacidade, subvenções a estabelecimentos alternativos) conduz-nos a um tipo de direito prima facie a que corresponde, por parte dos poderes públicos, um dever prima facie*. Op. cit., p. 66. Ver neste sentido a reflexão de SARLET (2007, notadamente na p. 304), em que o autor sustenta estar esta reserva do possível parametrizada por três variáveis, a saber: (a) dizendo com a efetiva disponibilidade fática dos recursos à efetivação dos direitos fundamentais; (b) dizendo com a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão à distribuição das receitas e competências federativas (tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas); (c) dizendo com a proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade.

9 Estamos aqui lembrando que há um escalonamento normativo vinculante estabelecendo – pela via das competências exclusivas, concorrentes e complementares –, quais os sujeitos de direito habilitados a tomar determinadas decisões políticas e jurídicas com efeitos cogentes para todos. Assim ocorre, por exemplo, com as entidades e poderes federativos no Brasil (no âmbito dos arts. 21 a 30, 44 a 133, todos da Constituição Federal).

É sintomático, neste sentido, que o Superior Tribunal de Justiça no Brasil já tenha tido oportunidade de afirmar que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, “de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”.<sup>10</sup>

É importante, de outro lado, ter presente que na história brasileira o Estado fora chamando para si, de forma concentrada, um universo de atribuições com caráter protecionista, paternalista e assistencialista, promovendo ações públicas de sobrevivência social em determinados âmbitos (saúde, por exemplo), com poucas políticas preventivas, educativas e de cogestão com a sociedade dos desafios daqui decorrentes, induzindo a comunidade a uma postura letárgica e de simples consumidora do que lhe era graciosamente apresentado, sem nenhuma reserva crítica ou constitutiva de alternativas das mazelas pelas quais passava e ainda vive.

Novamente este não é um privilégio só do Brasil, mas diz com certo modelo de Estado Social que foi se criando no próprio Ocidente. Neste sentido Tushnet (2007, p. 43) sustenta, com acerto, que

[...] eu acredito que as ações estatais de efeito horizontal vão constituindo tendências significativas para o surgimento de um modelo de Estado mais ativista, bem como de um aumento do compromisso para com a Nação de normas socialmente democráticas. O clássico Estado Liberal lidou com estas questões envolvendo os níveis de distribuições de importantes bens primários no âmbito das normas privadas, mas secundariamente no âmbito das normas públicas.

Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo lembram, neste sentido, que já em 1950, na Alemanha, Otto Bachof sustentava que o princípio da dignidade da pessoa humana estabelecido pela Carta Constitucional tedesca, demandava um mínimo de segurança social, uma vez que, sem os recursos materiais à existência digna, é a própria dignidade da pessoa humana que ficaria comprometida, razão pela qual o direito à vida e à integridade corporal não poderiam ser concebidos como proibição de destruição da existência – direito de defesa -, mas perquiriria postura ativa no sentido de garantir a vida como um todo (SARLET; FIGUEIRADO, 2008). A partir de experiências como estas se pode hoje concluir que “a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações” (SARLET; FIGUEIRADO, 2008, p. 20).

---

10 É bem verdade que, nesta mesma decisão, manifestou-se o STJ no sentido de reconhecer que *não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.* REsp 811608/RS; Recurso Especial nº2006/0012352-8. 1ª Turma, Relator Min. Luis Fux, julgado em 15/05/2007, publicado no DJ 04.06.2007 p. 314.

Não podemos olvidar, com Ricardo Lobo Torres, que houve até certa radicalização de alguns constitucionalistas tedescos ao defenderem o primado dos Direitos Fundamentais Sociais com as teses de que: (a) todos os Direitos Fundamentais Sociais são direitos fundamentais sociais; (b) os direitos fundamentais sociais são plenamente justificáveis, independentemente da intermediação do legislador; (c) os direitos fundamentais sociais são interpretados de acordo com princípios de interpretação constitucional, tais como os da máxima efetividade, concordância prática e unidade da ordem jurídica (TORRES, 2008).

O cenário no Brasil hoje é, todavia, diferente, a uma, pelos níveis de inclusão social construídos no país nos últimos 15 (quinze) anos, propiciando cenários materiais e formais de maior participação da cidadania na gestão de seu cotidiano; a duas, em face do processo descentralizador da governança institucional que nestes últimos tempos vem ocorrendo, ensejando a abertura gradativa dos poderes instituídos e da administração pública dos interesses coletivos (LEAL, 2004).

Mesmo em tal quadro, a relação Estado x Sociedade é ainda marcada significativamente por graus de dependência hierárquica e alienada da segunda para com o primeiro, provocando o que Canotilho chama de *introversão estatal da socialidade*, ou seja:

1. os Direitos Fundamentais Sociais implicam o dever de o Estado fornecer as prestações correlativas ao objeto destes direitos;
2. os Direitos Fundamentais Sociais postulam esquemas de unilateralidade, sendo que o Estado garante e paga determinadas prestações a alguns cidadãos;
3. os Direitos Fundamentais Sociais eliminam a reciprocidade, ou seja, o esquema de troca entre os cidadãos que pagam e os cidadãos que recebem, pois a mediação estatal dissolve na burocracia prestacional a visibilidade dos actores e a eventual reciprocidade da troca (CANOTILHO, 2000, 102).

Sustenta o autor, e com ele concordamos, que é tempo já de se descobrir os contornos da reciprocidade concreta e do balanceamento dos Direitos Fundamentais Sociais, até porque tais direitos envolvem patrimônio de todos quando de sua operacionalidade e concreção, e já que a todos são dirigidos tais prerrogativas, deve-se perquirir sobre a quota parte de cada um neste mister, sob pena de constituirmos o que o jurista lusitano denomina de uma *aproximação absolutista ao significado jurídico dos Direitos Fundamentais Sociais*, ou seja, confiar na simples interpretação de normas consagradoras de Direitos Fundamentais Sociais para, através de procedimentos hermenêuticos, deduzir a afetividade dos mesmos direitos, produzindo resultados pouco razoáveis e racionais.

Queremos dizer que é preciso levar em conta que todo e qualquer exercício de direito social como a saúde, em tese, custa dinheiro – e não é pouco em nenhuma parte do mundo. Assim é que Peter Häberle (1972), na primeira metade da década de 1970, já formulava a ideia da reserva das caixas financeiras para o atendimento de Direitos Fundamentais Sociais prestacionais, para exatamente evidenciar o fato de que estes direitos estão também vinculados às reservas financeiras do Estado, na medida em que deveriam ser custeados pelo Erário.<sup>11</sup>

---

11 Neste ponto concorda Canotilho, quando assevera que: *Parece inequívoco que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracteriza: (1) pela gradualidade da realização; (2) pela dependência financeira relativamente ao orçamento do Estado; (3) pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização destes direitos; (4) pela insusceptibilidade de controlo jurisdicional dos programas político-legislativos a não ser quando se manifestem em clara contradição com as normas constitucionais, ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis. Reconhecer estes aspectos não significa a aceitação acrítica de alguns dogmas contra os Direitos Fundamentais Sociais.* Op. Cit., p. 108. Ver o texto de GALDINO (2005).

É claro que o simples argumento da escassez de recursos dos cofres públicos não pode autorizar o esvaziamento de direitos fundamentais, muito menos os relacionados à saúde, eis que diretamente impactantes em face da vida humana e sua dignidade mínima, e por isto estarão sujeitos ao controle jurisdicional para fins de se aferir a razoabilidade dos comportamentos institucionais neste sentido, devendo inclusive ser aprimorados os parâmetros, variáveis, fundamentos e a própria dosimetria concretizante do direito em xeque.

Não se afigura simples, pois, trazerem-se à colação argumentos do tipo *princípio da não reversibilidade das prestações sociais*, ou o *princípio da proibição da evolução reacionária*, como fórmulas retóricas e mágicas para poder garantir, a qualquer preço – que nem se sabe qual –, tudo o que for postulado por segmentos da comunidade (indivíduos), pelo simples fato de que o Estado está obrigado a tanto, isto porque “o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social” (CANOTILHO, 2000, p. 112).<sup>12</sup>

É verdade que este estado de coisas tem como um dos fundamentos o fato de que o catálogo de direitos econômicos, sociais, e culturais, forjado nos dois pós-guerras do século XX, compromissados com a reconstrução do próprio tecido social, elevou à máxima exaustão as expectativas de poder e ação dos poderes constituídos em prol de tais demandas, acreditando que poderiam dar concreção a tudo isto sozinhos, causando o que Arthur (1989) chama de vitimização do Estado por seu próprio sucesso.<sup>13</sup>

Mas então, qual a saída para um cenário como este em que as forças prestacionais do Estado de Bem-Estar se esmorecem em face de crises globais de recursos naturais e econômicos?

Concordando com Sunstein (2004, p. 90), temos que “a principal questão aqui envolve o problema dos limites de competência do Estado em face dos Direitos Fundamentais, e se o Estado poderia se envolver em relações privadas, bem como avaliar quais os limites de sua performance nestes temas”, e tais questões precisam ser bem apreendidas, sob pena de se inviabilizar de vez quaisquer políticas públicas de gerenciamento de demandas sociais coletivas.

Não é tão simples sustentar a tese de que é a contemporânea Teoria da Constituição que tem emprestado força cogente e autoaplicável aos comandos que dizem com Direitos Fundamentais Sociais, isto porque toda e qualquer concreção de direito implica custos (normativos, econômicos, políticos, jurídicos, etc.), o que talvez leve a pensar a afirmativa do já jubilado Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Eros Roberto Grau, no longínquo ano de 1988, quando asseverava que “as normas programáticas, sobretudo – repita-se – as atributivas de Direitos Fundamentais Sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes do Legislativo, do Executivo e do Judiciário” (GRAU, 1988, p. 126). Por certo que como petição de princípio a bem formulada

---

12 Ver no Brasil, uma boa abordagem do tema em DERBLI (2007, p. 433 e seguintes). Vale aqui também a advertência feita por SARLET, I. W. & FIGUEIREDO, M. F. (2008, p. 45), no sentido de que, *ao contrário do que defende parcela da doutrina, a universalidade dos serviços de saúde não traz, como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ótimos.*

13 ARTHUR (1989, p. 118 e seguintes). Com base nesta crítica, adverte o autor que uma cidadania social se conquista não através da estatização da socialidade, mas através da civilização da política. Ao lado disto, para não conhecer de sua ineficiência ou fracasso, o Estado prefere, em algumas oportunidades, negar a existência de inúmeras tensões sociais que se avolumam sem respostas satisfativas, ou ainda, lançá-las à clandestinidade ou ilicitude, tratando-as como anomalias comportamentais que precisam ser severamente coagidas, tais como os movimentos dos sem-terra, dos sem-teto, a questão dos parcelamentos clandestinos do solo urbano, a violência generalizada, a prostituição, o narcotráfico, etc.

tese do autor está absolutamente correta, evidenciando-se, talvez, desafios no processo de densificação material do que isto pode significar numa ambiência social, política e econômica marcada por restrições de recursos para tanto.

Se de certa forma a Constituição Brasileira de 1988 estabelece alguns parâmetros explícitos de direitos e garantias individuais e sociais, notadamente a partir de seu núcleo central que é a pessoa humana e sua dignidade, o que temos visto, em verdade, é que tal debate tem-se juridicinalizado demasiadamente, o que não é somente privilégio nosso.

Na experiência americana, por exemplo, como nos diz Tushnet, tais temas e garantias, enquanto promanadas de uma Constituição, têm reiteradamente consistido no que a Suprema Corte tem dito sobre estes temas. Isto não é bom, porque passa a ser a Corte quem nos diz o que vem a ser Direitos aceitos como tais, podendo isto gerar uma forma de indução conformista destas demarcações institucionais do Poder Judiciário por parte da Sociedade e dos demais Poderes (TUSHNET, 2004).

Por mais boa vontade que informe certo ativismo judicial que tem surgido nas últimas décadas em países Ocidentais importantes (inclusive no Brasil), figurando certo tipo de experimentalismo democrático<sup>14</sup>, a verdade é que isto tem implicado a retração do ativismo social em face de problemas e questões de ordem e natureza políticas, fragilizando os laços republicanos da cidadania que deveria assumir suas funções e feições constituintes do espaço democrático das deliberações públicas.

Se for verdade que os limites de ação dos poderes instituídos hoje, em regra, nas democracias constitucionais, estão dados pela ordem constitucional, inclusive discrepando atribuições e competências formais, também é verdade que os sistemas de *check and balances* encontram pontos de conflito no âmbito daquelas atribuições, tanto em suas dimensões positivas como negativas (obrigações de fazer e de não fazer) (COSTA, 2008, p. 82).

No que tange ao Poder Judiciário neste cenário de elementos e variáveis, enquanto garante da ordem e estabilidade social, bem como dos direitos e garantias que as constituem, estamos convencidos, junto com Segal, que o “judicial review is often the last resort of a social and political movement that lacks political power. People rarely go to court – choose a legal strategy – unless they are pessimistic about what they could accomplish through political action” (SEGAL, 2007, p. 34). E isto é assim porque não se pode descurar das ambiências políticas e institucionais que se ocupam deste mister, sob pena de se esvaizar os procedimentos e instâncias democráticas de constituição e concretização (negativa e positiva) daqueles direitos. E isto se torna ainda mais relevante quando alguns juristas e mesmo políticos estão defendendo que a decisão judicial cria expectativas de que a Suprema Corte venha a dar vitórias que o cenário político não tem conseguido no espaço público (SEGAL, 2007). Mesmo tal assertiva sendo deveras radical, ela apresenta algum sentido de verossimilhança com o cotidiano das democracias contemporâneas.

Mas afinal, no que tange especialmente ao Judiciário, qual a sensação e opinião pública em face de sua competência para definir, em última palavra, o que é o mínimo existencial? (KRAMER, 2004).

Será que a população brasileira tem o mesmo sentimento ou percepção de competência e função social dos seus poderes instituídos em geral e do Judiciário em especial? Infelizmente não se tem pesquisas pontuais a respeito, todavia, o que se pode indagar, é se aquele comportamento social descrito por Kramer, ratificando o decisionismo judicial, por razões conceituais e pragmáticas de segurança jurídica e confiança social, vem ao encontro

14 Estou usando aqui a expressão forjada por DORF, M. C. & SABEL, C. F. (1998, p. 62).

ou de encontro ao modelo de democracia representativa que os Estados contemporâneos têm ratificado neste século XX, notadamente quando está em jogo a definição de temas que dizem respeito a escolhas públicas (e, por vezes, trágicas).

Por certo que o descrédito e a crise de identidade, eficácia e eficiência dos Poderes Legislativos e Executivos, notadamente no cenário Latino-americano, são notórias, agora, daí a dizer que isto autoriza a supressão de competências e funções institucionais, ou mesmo permite uma nova concentração de poder nas mãos de poucos – não possuidores da anuência direta da soberania popular –, parece agonizar ainda mais nossa experiência de emancipação política da cidadania.

O próprio instituto de balança e contrapeso das funções estatais tem como fundamento exatamente o necessário equilíbrio institucional e o respeito às deliberações da soberania popular. Significa dizer que a concentração decisional em qualquer destas funções, em tese, ceifa a possibilidade da interlocução e deliberação democrática. Vai nesta mesma direção a posição de Scudiero (2007, p. 42) no sentido de que “no Estado Constitucional nenhum sujeito dispõe a título exclusivo do exercício do poder soberano, mas todos os sujeitos, do vértice à base, concorrem para tal exercício segundo as competências fixadas pelo modelo constitucional”.

No pensamento alemão, Peter Häberle (1997), a título exemplificativo, tem insistido na radicalização dos responsáveis pela interpretação/aplicação do Texto Político, no sentido de que se conte com um público mais amplo do que os juristas especializados para dar efetividade aos valores da norma fundamental, preconizando uma sociedade aberta dos intérpretes constitucionais (HABERLE, 1998). Um dos seus pressupostos centrais é o reconhecimento de que a indeterminação do texto constitucional só admite pensar em “constituição interpretada”, em que a ideia de “mutação constitucional” desta hermenêutica, conforme a atuação e contribuição dos cidadãos, grupos sociais e órgãos estatais daquele momento histórico, é fundamental (HABERLE, 1997).

Em face de tais aspectos é que, no campo dos Direitos Fundamentais Sociais, em especial, se tem construído algumas estratégias argumentativas e reflexivas para demarcar com precisão maior – ampliando assim o controle público de tais comportamentos – como podem ser atendidos coletivamente e não só individualmente, e a quem pertence o dever de fazê-lo –, ou contribuir para tanto. Aqui é que ingressa o debate sobre o mínimo existencial enquanto dosimetria fundamentalizante da concretização dos Direitos Fundamentais Sociais, tema que passamos a enfrentar.

### 3. Ainda o Mínimo Existencial e seus Indicadores Constitucionais Parametrizantes

Em termos de doutrina internacional se tem afirmado que o Mínimo Existencial implica condições mínimas para uma vida humana digna; em possuir cada pessoa as condições mínimas de sustento físico próprio, bem como as condições mínimas para que possa participar da vida social de seu Estado, se relacionando com as pessoas que estão ao seu redor e que fazem parte da sociedade na qual vive (CASSESE, 2005).

Esse mínimo já é tratado e reconhecido expressamente por alguns doutrinadores jurídicos nacionais. O Professor Ricardo Lobo Torres (2003, p. 26) o denomina dizendo: “Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo”.

Refere ainda este autor que o mínimo existencial, como condição de liberdade, postula as prestações positivas estatais de natureza assistencial e ainda exhibe o *status negativus* das imunidades fiscais: o poder de imposição do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência.

Estamos plenamente de acordo, haja vista que, em regra, a perspectiva de mínimo existencial que chega, por exemplo, ao Judiciário, para fins de proteção, apresenta-se centrada – geralmente – numa ótica individual, sem levar em conta as dimensões e impactos sociais pertinentes à espécie (cada qual quer o SEU direito à saúde, não importante se para atendê-lo ter-se-á que sacrificar o direito à saúde de muitos).

Ao lado desta discussão doutrinária, há um problema que envolve a **faticidade do mínimo existencial**, condizente com sua significativa natureza relacional em face do tempo e do espaço. Veja-se que o mínimo existencial na África é diferente do mínimo existencial na Suíça; o mesmo ocorre em face do interior de São Luis do Maranhão e da Paraíba relacionado com Porto Alegre e Santa Catarina, por exemplo, eis que ele se relaciona sempre com uma perspectiva da escassez dos recursos finitos para o atendimento de demandas infinitas em termos de quantidade e natureza. Mesmo eventos imprevistos, provocados por causas fortuitas ou de força maior – como desastres naturais – podem alterar em muito a especificidade do mínimo existencial.

Ao lado de tudo isto, também se encontra o problema da efetivação e garantia do mínimo existencial, donde se podem encontrar várias posições doutrinárias e jurisprudenciais em todo o Ocidente que divergem e concordam entre si.

Canotilho vê a efetivação deste mínimo existencial, na dimensão, por exemplo, dos Direitos Fundamentais Sociais, econômicos e culturais, a partir de uma **reserva do possível**, oportunidade em que aponta a sua dependência dos recursos econômicos. A elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais prestacionais (CANOTILHO; MOREIRA, 2000, p. 45).

Ingo Sarlet (2007, p. 29) lembra que desde a década de 1970, na Alemanha, a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais vem sendo cotejados também em face das reservas de capacidades financeiras do Estado, uma vez que configuram direitos dependentes de prestações financiadas pelo orçamento público – que a todos deve atender, referindo inclusive que:

A partir disso, a reserva do possível (Der Vorbehalt dês Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

Tal postura da doutrina referida por Ingo (a qual o autor não concorda integralmente) não é de fácil sustentação, principalmente em países nos quais o orçamento público, por exemplo, não se afigura à cultura política e jurídica como instrumento normativo de

densificação material de Direitos Fundamentais Sociais, passível de controle e participação comunitária. Quando o plexo orçamentário – plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual, no caso brasileiro – não é o resultado prospectivo de deliberação pública e democrática envolvendo maciçamente a população, mas forjado em corredores palacianos e espaços reduzidos de representação política (não menos legítimo), o resultado é que também sua execução costumeiramente se dá de forma insulada do tecido social, ensejando desvios de finalidade pública, corrupções, improbidades administrativas e tantos outros comportamentos comprometedores da República.<sup>15</sup>

Ocorre que o Brasil conta hoje com o que podemos chamar de *indicadores constitucionais parametrizantes do mínimo existencial*, que são públicos e cogentes, não podendo ser desconsiderados por quem quer que seja (setor público ou privado). Tais indicadores, em síntese, dizem respeito à construção de uma Sociedade livre, justa e solidária; à garantia o desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A densificação ainda normativa mas mais objetiva e precisa destes indicadores pode ser encontrada ao longo de todo o Texto Político, consubstanciando-se nos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, nos Direitos Fundamentais Sociais, nos direitos à educação, à saúde, à previdência, etc. Por sua vez, os Poderes Estatais e a própria Sociedade Civil (através da cidadania ou mesmo de representações institucionais dela) estão vinculados a estes indicadores norteadores da República, eis que se afiguram determinantes para todos os atos praticados pelos agentes públicos e pela comunidade, no sentido de vê-los comprometidos efetivamente com a implementação daquelas garantias.

Se isto é verdade, queremos sustentar que qualquer ação e política pública no Brasil têm como função nuclear a de servir como esfera de intermediação entre o sistema jurídico constitucional (e infraconstitucional) e o mundo da vida Republicano, Democrático e Social, que se pretende instituir no país. Em outras palavras, é através de ações estatais – inclusive e fundamentalmente as orçamentárias - absolutamente vinculadas/comprometidas com os indicadores parametrizantes previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre validade e faticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no Brasil.<sup>16</sup>

---

15 Pode-se citar como uma tímida perspectiva de mudança no tratamento destas questões com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45, procedente do Distrito Federal, tendo como argüente o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, e como argüido o Presidente da República, julgada prejudicada em 29/04/2004, pelo Supremo Tribunal Federal – STF. A *questio* central da ação teve como escopo matricial o veto que o Presidente da República fez incidir sobre o §2º, do art.55, da proposição legislativa que se converteu na Lei Federal nº10.707/2003, que versava sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União, destinada a fixar as diretrizes à elaboração da lei orçamentária para 2004. De forma mais específica, este dispositivo vetado determinava o que se entendia por ações e serviços públicos de saúde, a saber, a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate a Erradicação da Pobreza. Refere o autor da ação que tal veto implicou em desrespeito ao preceito fundamental decorrente da EC29/2000, promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

16 Há uma reflexão bastante interessante sobre as incoerências da operacionalidade do sistema capitalista, notadamente em economias demasiadamente dependentes, em UNGER (1998).

Por tais razões, não se pode falar em gestão discricionária do Estado Administrador (Executivo, Legislativo ou Judiciário) em face dos compromissos constitucionais sob comento, mas, quiçá, em âmbitos de concretude diferidos conjuntamente destes compromissos, observadas algumas variáveis de urgência e necessidade determinadas publicamente – e igualmente sob controle social, político e jurídico.

Para cada plexo de garantias outorgadas à responsabilidade estatal vistas, necessitam advir políticas públicas concretizadoras, que se operam em diversos níveis de efetivação, tais como os da elaboração, constituição formal, execução e avaliação das ações necessárias, contanto para tanto com a máxima participação da comunidade alcançada por elas. Tais ações é que denomino de políticas públicas constitucionais vinculantes, independentes da vontade ou discricionariedade estatal para que venham a acontecer, eis que condizentes a direitos indisponíveis e da mais alta importância e emergência comunitárias, perquirindo imediata materialização ao máximo possível, sob pena de comprometer a dignidade humana e o mínimo existencial dos seus carecedores.<sup>17</sup>

É óbvio que a variável econômica está umbilicalmente vinculada às condições e possibilidades demarcatórias dos Direitos Fundamentais Sociais e do próprio mínimo existencial em cada país e conjuntura nacional, mas não como fato consolidado no tempo e imutável, e sim condição a ser constituída prévia e presentemente pelos atores políticos e sociais que compartilham responsabilidades constitucionais comuns. Neste ponto é que vislumbramos a possibilidade de ser exercido um controle preventivo e curativo da formatação daquele plexo orçamentário e de sua execução, tanto pela via de políticas públicas adequadas, como quando da particularidade de suas concretizações pelos agentes públicos consecutórios.

De qualquer sorte, a simples alegação de que os limites de atendimento e efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações dar-se-ão pela *reserva do possível* em termos de verificação das condições materiais do Estado de cumprir com suas obrigações não é suficiente para justificar total omissão dos poderes instituídos para tal mister, mesmo tomando esta reserva como a prévia existência de “um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”.<sup>18</sup> Isto porque, salvo melhor juízo, não se pode transferir ao próprio agente estatal responsável pela obrigação descumprida a exclusiva e unilateral competência de definir o que é possível ou não em termos de efetivação dos direitos fundamentais, em face de sua não disponibilidade orçamentária que sequer é cotejada e enfrentada no debate pontual da matéria.

Veja-se que, se é verdade inexistir distorção cognitiva da Constituição brasileira quando se assenta como tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário, bem como ao Executivo, a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, afigura-se igualmente correta a compreensão de que as atividades de todos os poderes de Estado e mesmo as relações e interesses intersubjetivos devem se pautar por obje-

17 Quando estas políticas públicas ou ações estratégicas dos Poderes competentes não ocorrem, o Poder Judiciário no Brasil é chamado a intervir.

18 Conforme manifestação do Ministro relator Celso de Mello da ADPF-45, referida, pg.04.

tivos, finalidades e prioridades conformadas pela mesma ordem constitucional e, portanto, indisponíveis a quem quer que seja.<sup>19</sup>

Levando isto em conta, persistem vários problemas de enfrentamento da matéria, notadamente o que diz com os limites competenciais de cada esfera institucional do Poder Público, problematizando o âmbito de ação, por exemplo, do Poder Judiciário para garantir, de qualquer maneira e de forma absoluta, a efetivação das prestações que constituem o objeto dos Direitos Fundamentais Sociais, na medida em que estas se encontram na dependência, muitas vezes, de condições de natureza macroeconômica, não dispondo a magistratura, em tese, de critérios suficientemente seguros e claros para aferir a questão no âmbito estrito da argumentação jurídica (LEAL, 2007).

Em termos gerais, pode-se afirmar que há certo consenso por parte dos gestores públicos contemporâneos que, por força da indigitada limitação de recursos, em algumas situações apenas o “mínimo existencial” poderia ser garantido, isto é, apenas esse conjunto – formado pela seleção dos direitos que integrem o núcleo da dignidade da pessoa humana – estaria apto a gerar efeitos imediatos, independentemente de valorações orçamentárias e de competências federativas. Todavia, não basta esta compreensão do tema, eis que ainda assim as previsões constitucionais em sede de direitos fundamentais atinentes ao mínimo existencial da dignidade da pessoa humana são deverasmente maiores que os recursos finitos para atendê-las exaustivamente.

Basta pensarmos no fato de que há inúmeras expectativas de direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos, que se encontram cotidianamente violados: saúde, educação, trabalho, prestação de serviços como os de energia elétrica, água, até questões mais complexas, tais como transplantes de órgãos, com ruptura de fila de espera (LEAL, 2007).

O problema é que todos os direitos têm um custo de efetivação, alguém paga por eles, direta ou indiretamente, através de políticas públicas governamentais (que são custeadas por recursos orçamentários viabilizados por pagamentos de tributos e outras fontes de receitas), serviços públicos (que conta com receitas próprias e transferíveis – algumas – para os seus usuários), etc. No modelo americano, reconhecido por sua preocupação com a obtenção de dados materiais que deem a real situação da sua realidade social, sabe-se que a *Consumer Product Safety Commission* gastou, em 2005, 59 milhões de dólares analisando e identificando produtos potencialmente danosos e fiscalizando o cumprimento dos padrões de segurança (NOVAK, 2006, p. 49). O Departamento de Justiça dos Estados Unidos, no mesmo ano, gastou US\$ 86 milhões em questões de direitos civis. A *Occupational Safety and Health Administration* (OSHA), consumiu US\$ 306 milhões no mesmo ano, obrigando os empregadores a prover locais de trabalho mais seguros e saudáveis, enquanto que a *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), despendeu US\$ 233 milhões para cuidar que

---

19 Este argumento deve ser cotejado com a reflexão apresentada por AMARAL, G. (2001). Esta discussão, nos EUA, chegou a se judicializar, no sentido até de constituir uma compreensão menos incisiva das competências constitucionais e interventivas da Suprema Corte, operando com a lógica de uma *Weak-Form Judicial Review*, no sentido de que *The new form of judicial review comes in several variants, but in each a judicial determination of what the constitution requires is explicitly not conclusive on other political actors, who can respond to the court's decision through ordinary politics. The Warren Court occasionally hinted that the U.S. Constitution authorized a particular type of weak-form judicial review, in which courts and legislatures could engage in a dialogue about what the Constitution required. See, e.g., Katzenbach v. Morgan, 384 U.S. 641 (1966) (suggesting, on one interpretation, that Congress could identify constitutional rights that the Court had not); Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) (indicating that legislatures could substitute equally effective mechanisms for the warnings the Court developed)*. PICKERILL, J. M. (2007, p. 114).

os empregadores não discriminem na contratação, demissão, promoção e transferências (SUNSTEIN; SCHKADE, et al, 2008, p. 87).

Se vários direitos constitucionais e infraconstitucionais dependem para sua existência de condutas estatais positivas, levando o Estado a um dever constitucional de agir, não de se abster, boa parte das demandas sociais precisam ser avaliadas, ao menos em nível jurisdicional, em termos de *avaliação axiológico-normativa da emergência da demanda*, aqui entendida como avaliação sistêmico-constitucional da questão que se apresenta, levando em conta não somente o direito individual ou coletivo propriamente dito, mas sua contextualização em face dos demais sujeitos de direitos potencialmente impactados pelo atendimento do seu interesse, notadamente sob a perspectiva de limitação dos recursos coletivos para tal mister. Isto porque, no âmbito de cenários conjunturais em que opera a escassez de recursos como regra, parece-me razoável usar também como parâmetro de definição do mínimo existencial a perspectiva do *mínimo fisiológico*, aqui entendido como “*as condições materiais mínimas para uma vida condigna, no sentido da proteção contra necessidades de caráter existencial básico, por óbvio que não implicando isto o descumprimento do chamado mínimo existencial social e cultural*” (SARLET, FIGUEIREDO, 2008, p. 105).<sup>20</sup>

Os pressupostos que operam nesta equação, que não são matemáticos, mas sociais, são, dentre outros: **(a) a mudança do paradigma liberal** que ainda informa os direitos humanos e fundamentais – de todos os âmbitos –, garantidos pelo sistema jurídico, passando a ser compreendidos em face de sua natureza comunitária e não meramente individual (uma vez que os direitos individuais assegurados o são dentro de uma comunidade que a todos os seus cidadãos precisa garantir e promover direitos); **(b) a problematização do mínimo existencial enquanto um dos parâmetros de dosimetria e densificação material da dignidade da pessoa humana, i. e.**, apresentando-se como uma forma mais objetiva de se demarcar a máxima possibilidade circunstancial de concretização do direito postulado, tendo em conta o pressuposto anterior; **(c) a identificação da natureza e intensidade de periclitção do direito postulado em termos de mínimo existencial**, no sentido de delimitar quais os níveis de intensidade da potencial ou real violação enfrentada no caso concreto, ao mesmo tempo em que demarcando quais os interesses jurídicos envolvidos e de que forma se encontram ameaçando a existência humana (vida, trabalho, lazer) no caso, o que autoriza inclusive a busca de soluções alternativas à espécie.

Em relação às políticas públicas constitucionais vinculantes, pois, a parte (legitimamente) interessada contraposta ao Estado promovedor é toda a sociedade civil e, no particular, o seu segmento (singular ou coletivo) sofrendo iminente ameaça ou lesão a direito/interesse atinente àquelas políticas públicas. Tal segmento, constituído que está de sujeitos de direitos, detém sim direito subjetivo público de se ver protegido contra a ameaça ou lesão consumada contra si, utilizando para tanto todos os possíveis remédios jurisdicionais pertinentes (mandado de segurança individual ou coletivo, habeas corpus, ação de descumprimento de direito fundamental, controle difuso e concentrado de constitucionalidade, etc.), todavia, sem comprometer de forma letal a subsistência destes mesmos direitos pertencentes à coletividade a que pertence.

Atender ao mínimo existencial de alguns sem levar em consideração o impacto que isto, potencial ou efetivamente, pode causar a outros, significa tratar desta questão a partir de uma lógica de matiz kantianamente individual, aceitando a premissa de que a legitimida-

20 SARLET, I. W. & FIGUEIREDO, M. F. (2004, p. 105).

de do ordenamento jurídico reside no fato de que este assegura e garante a coexistência das vontades arbitrárias dos indivíduos para não operarem danos a outrem. Entretanto, ao invés deste primado liberal (radical) da autonomia da vontade privada, a reflexão que propomos opera com o primado da autonomia pública, ou da soberania popular (HABERMAS, 1998), no sentido de que legítimas são aquelas leis e decisões que nós mesmos, enquanto membros orgânicos de uma comunidade de cidadãos damos a nós mesmos. Veja-se que, neste sentido, a autonomia, a liberdade e o direito privado apresentam-se como momentos derivados e não primários, eis que só podem ser exercitados no âmbito em que a autonomia pública concede (REHG, 2004).

Aqui também serve a reflexão de Denninger, no sentido de que se investigue se o interesse ou a carência seja tão fundamental que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento, se deixe fundamentar pelo direito. A fundamentabilidade fundamenta, assim, a prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico, portanto, também perante o legislador. Um interesse ou uma carência é, nesse sentido, fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte, ou sofrimento grave, ou toca o núcleo essencial da autonomia. Daqui são compreendidos não só os direitos de defesa liberais clássicos, senão, por exemplo, os Direitos Fundamentais Sociais que visam ao asseguramento de um mínimo existencial (DENNINGER, 2000).

Há casos-limite envolvendo a jurisdição que podem servir de parâmetro para o debate. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já tivemos oportunidade de enfrentar algumas situações paradigmáticas, dentre as quais destacamos:

(a) Feito em que a parte postulava medicamento para artrite reumatóide, necessitando do medicamento infliximab 100mg, com custo aproximado de R\$10.200,00 por mês. Todavia, o quadro clínico da postulante não apresentava gravidade e periculosidade de vida, tampouco informações sobre manifestações sistêmicas refratárias ao tratamento sem aquele fármaco, razão pela qual restou indeferida a outorga deste produto e fora determinada a realização de perícia médica para informar sobre outras alternativas ao tratamento (AI nº70013407242, julgado pela 3ª Câmara Cível, em 12/01/2006).

(b) Igualmente no feito AI nº70013844980, da 3ª CC, julgado em 16/03/2006, enfrentamos pedido de autor com hepatite crônica, que pretendia obter do Estado um medicamento chamado Interferon Peguilado, combinado com Ribavirina, pois o simples interferon convencional não lhe estava adiantando. Ocorre que o fármaco postulado tinha um custo de R\$5.000.000,00 a grama, sendo suficiente para o tratamento de tão somente 100 pacientes; o tratamento individual, assim, custaria R\$55.000,00, 1300% a mais do que com o interferon convencional. Como exigir do Estado a imediata disponibilização desta quantia? De onde ele deveria tirar o recurso?;

(c) Por fim, em outro AI nº70013316559, julgado igualmente pela 3ª CC, em 28/10/2005, um paciente portador de Astrocitoma Maligno, uma forma de câncer, veio pedir ao Judiciário que determinasse ao Estado o fornecimento do fármaco Temodal, 150g diários, por 30 dias, com custo aproximado de R\$105.270,56, sem ter se submetido a exames mais detalhados junto ao corpo clínico do Estado.

Como esses direitos valem para todos os que estão em condições de recebê-los, mas os recursos para o atendimento das demandas são finitos, surge um conflito específico: o conflito por pretensões positivas, no qual será necessário decidir sobre o emprego de recursos escassos através de **escolhas disjuntivas** (o atendimento de uns e o não-atendimento de outros).

Veja-se que não estamos dizendo aqui que a inexorável escassez de recursos finitos diante de demandas infinitas possa se apresentar como um condicionamento definitivo ou prioritário nas chamadas **decisões jurisdicionais disjuntivas**, ao contrário, ela não pode ser superdimensionada, tornando-se o único balizamento na concretização dos direitos sob comento, sendo necessário acrescentar ingredientes éticos e políticos para que o instrumental jurídico possa, não apenas ser legitimado, mas permitir que a evolução das condições econômicas e sociais possa beneficiar o maior número de pessoas.

Alexy empreendeu a tentativa de harmonizar os argumentos favoráveis e contrários a direitos subjetivos a prestações sociais numa concepção calcada na ideia da ponderação entre princípios. Discorrendo sobre a celeuma dos Direitos Fundamentais Sociais fundamentais (direitos à prestação em sentido estrito), o autor alemão afirma que podem ser deduzidos argumentos de peso nos dois sentidos. Por isso, no seu modelo - que é estruturado sob a ideia reitora de que os direitos fundamentais são posições jurídicas tão relevantes que a sua concessão ou denegação não podem ficar nas mãos da simples maioria parlamentar -, a questão de saber quais os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui é uma questão de ponderação de argumentos, não de direitos (ALEXY, 2000).<sup>21</sup> Daí a necessidade de se buscar o maior número qualificado de variáveis que implicam o tratamento da matéria judicializada, aferindo a validade, correção e pertinência de seus fundamentos de justificação no caso - tendo em mente sempre que há um mínimo existencial fisiológico que, violado, compromete a própria vida humana, impossibilitando, pois, qualificá-la até a condição digna que merece.

De regra, a noção de Mínimo Existencial impõe o asseguramento de um padrão mínimo de segurança material, já que o Estado Social, ao menos de acordo com doutrina representativa (anteriormente referida), não é um Estado que pode ser compelido a assegurar um padrão *ótimo* de bem-estar social, mas sim efetivar as condições para uma existência com dignidade (SARLET, 2004).<sup>22</sup>

O problema aqui se agrava na medida em que a prática forense brasileira tem demonstrado que o Estado, em situações que envolvem a prestações de Direitos Fundamentais Sociais judicializadas, muito pouco tem contribuído - e sequer se defendido eficazmente - na demarcação de que responsabilidades são suas e quais pode suportar; não tem demonstrado probatoriamente a ausência de recursos para dar conta de suas competências, cuidando-se para que o atendimento de uma demanda não leve a outras a periclitarem substancialmente (proibição da insuficiência), o que só tem agudizado a sangria dos cofres públicos com determinações de bloqueios de valores em conta corrente da Fazenda Pública, ou até sequestro de valores diretamente do caixa do orçamento, causando profundos impactos na gestão ordinária dos Poderes Executivos.

O debate está apenas iniciando.

21 ALEXY, R. (2000). Ainda para o autor, o reconhecimento de direitos originários a prestações exige a presença de alguns parâmetros: a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação dos poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros) forem atingidos de forma relativamente diminuta.

22 Ver o texto de SARLET, Ingo W. (2004). No texto SARLET, Ingo Wolfgang & FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. (p.20 e 32), lembram os autores que, na Alemanha, se a dignidade humana não é passível de quantificação, afigura-se necessária a fixação do valor da prestação assistencial à garantia das condições existenciais mínimas, eis que *condicionada espacial e temporalmente, dependente também do padrão socioeconômico vigente*.

Referências:

- AGESTA, Luis Sanches. **Las Antitesis del Desarrollo, Constitución, Desarrollo y Planificación**. Madrid: Técnos, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARTHUR, John. **The unfinished Constitution: philosophy and constitutional practice**. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1989.
- BEN-DOR, Oren. **Constitutional Limits and the Public Sphere**. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. Grundrechte als Grundstatznormen. Zur gegenwärtige Lage der Grundrechtsdogmatik. In: E.-W. Böckenförde. **Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht**. Frankfurt: F. s/Meno, 1991.
- CABELLERÍA, Marcus Vaquer. **La acción social: un estudio sobre la actualidad del Estado Social de Derecho**. Valencia: Instituto de Derecho Público, 2004.
- CANOTILHO, José J. Gomes; MOREIRA, Vital Moreira. Fundamentos da Constituição. In: **Direitos Fundamentais Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CASSESE, Savino. **I Diritti umani oggi**. Roma-Bari: Laterza, 2005.
- CHELI, Enzo. **Lo Stato Costituzionale**. Roma: Editoriale Scientifica, 2007.
- COSTA, Pietro. **Democrazia Politica e Stato Costituzionale**. Roma: Editoriale Scientifica, 2008.
- DAMASCA, Mirjan R. **The faces of justice and State authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven: Yale University Press, 2005.
- DAWLEY, Alan. **Struggles for Justice**: social responsibility and the liberal state. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- DENNINGER, Erhard. **Diritti dell'uomo e legge fondamentale**. Torino: Giappichelli, 2000.
- DERBLI, Felipe. Proibição de Retrocesso Social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988. In: **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DONZELOT, Jacques. **L'iventon du social**. Essais sur le déclin des passions poliques. Paris: Éditions du Seuil, 2005.
- DORF, Michael C. & SABEL, Charles F. **A Constitution of Democratic Experimentalism**. Columbia Law Review, nº267, 1998.
- DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Massachussets: Harvard University Press, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Tomando los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1989.
- FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. **Law and Public Choice**: a critical introduction. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

- FAVOREU, Louis. Constitutional Review in Europe. In: **Constitutionalism and rights: the influence of the united states constitution abroad**. London: Louis Henkin & Albert J. Rosenthal eds., 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y su diferencia con la realidad. In: IBAÑEZ, Andrés. **Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción**. Madrid: Civitas, 1996.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- GERHARDT, J.; ROWE, Thomas D. **Constitutional Theory: arguments and perspectives**. Charlottesville: Michie Company, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. **Direitos, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- HÄBERLE, Peter. El legislador de los derechos fundamentales. In: PINA, António Lopes et al. **La garantía constitucional de los derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Grundrecht im Leistungsstaat**. In VVDSTRL, 30 (1972).
- \_\_\_\_\_. **Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Libertad, igualdad, fraternidad**. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional. Madrid: Trotta, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge: MIT Press, 1998.
- HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1984.
- IRIBARNE, Manuel Fraga. **La crisis del Estado**. Madrid: Aguilar, 2005.
- KLEIN, Friedrich. Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, no texto **Zeitschrift für gesamte Staatswissenschaft**. Tübingen: Ban 3 Heft, 1970.
- KRAMER, Larry. We the People: Who has the last word on the Constitution? **Boston Review**, Feb./Mar., 2004.
- KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, out./dez., 1999.
- \_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.
- LEAL, Rogério Gesta. A quem compete o dever de saúde no Direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional. **Revista de Direito do Estado**, a. 2, n. 8. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- \_\_\_\_\_. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- \_\_\_\_\_. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. **Revista Direitos Fundamentais Sociais e Políticas Públicas**, n. IV, Santa Cruz do Sul, 2004.
- MAGGIERO, Roberto. **L'evoluzione del sistema italiano di welfare e le sue specificità**. Milano: Giuffrè, 2007.
- MENGER, Christian-Friedrich. **Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 2001.
- MICHELMAN, Frank. Political Truth and the Rule of Law. **Harvard Law Review**, v. 114, Cambridge, 1988.
- NETO, Pedro Vidal. **Estado de Direito**. São Paulo: Ltr. 1979.
- NOVAK. **The people's welfare: law and regulation in nineteenth-century America**. Boston: Harvard University Press, 2006.
- PÍCKERILL, J. Mitchell. **Constitutional Deliberation on Congress: the impact of Judicial Review in a Separated System**. New York: Duke University Press, 2007.
- PICÓ, Josep. **Teorías sobre el Estado del Bienestar**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2007.
- QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais (Teoria Geral)**. Faculdade de Direito da Universidade do Porto: Coimbra, 2002.
- REHG, William. **Insight and Solidarity: The Discourse Ethics of J. Habermas**. Berkeley: University of California Press, 2004.
- RICHARD, Lionel. **La vie quotidienne au temps de la République de Weimar (1919-1933)**. Paris: Éditions Hachette, 2004.
- ROSEN, Jeffrey. **The most democratic branch: how the courts serve America**. New York: Oxford University Press, 2007.
- ROSENFELD, Michel. Contract and Justice: the relation between classical contract law and social contract theory. **Iowa Law Review**, v. 70, 1985.
- ROSENFELD, Michel (a cura di G. Pino). **Interpretazioni: il diritto tra etica e politica**. Bologna: Il Mulino, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy**. Durham: Duke University Press, 2000.
- SANDULLI, Armando Mantinni. **Stato di Diritto e Stato Sociale**. Napoli: Giappichelli, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SCUDIERO, Michele. **I caratteri dello Stato Costituzionale**. Roma: Editoriale Scientifica, 2007.
- SEGAL, Jeffrey A. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

- SERRANO, Rafael de Agapito. **Estado Constitucional y Processo Político**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999.
- SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Abril Cultural, 1986.
- SUNSTEIN, C. & HOLMES, S. **The Cost of Rights: why liberties depends on taxes**. New York: Macmilann, 2004.
- SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David, ELMAN, Lisa M. and SAWICKI, Andrés. **Are Judges Political? an empiricarl analysis of the Federal Judiciary**. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2008.
- SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy: what constitutions do?** Oxford: Hart Publishing, 2001.
- TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos Direitos Fundamentais Sociais em Mínimo Existencial. In. SARLET, Ingo Wolfgang. (organizador). **Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. O mínimo existencial, os Direitos Fundamentais Sociais e os desafios de natureza orçamentária. In. SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- TUSHNET, Mark. **State Action, Social Welfare Rights, and the Judicial Role: Some Comparative Observations**. New York: Georgetown University Press, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Priceton: Princeton University Press, 2005.
- \_\_\_\_\_. **The New Constitutional Order**. Princeton University Press, 2004.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracy Realized**. New York: Verso. 1998.
- USEROS, Enrique Martínez. **Derecho, Política e Intervencionismo Administrativo**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1985.

### Rogério Gesta Leal

jonathanaugustus@hotmail.com

Possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1987), mestrado em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1997) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000). Atualmente é professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor e pesquisador do programa de pesquisa, extensão e pós-graduação da UNOESC. É Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados Brasileiros - ENFAM, e membro da Rede de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Conselheiro Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador Executivo do Comitê de Gestão da Rede dos Observatórios do Direito à Verdade, à Memória e à Justiça das Universidades Brasileiras e membro da Comissão de Altos Estudos do Centro de Referência Memórias Reveladas. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo e Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: estado-direito administrativo-sociedade, hermenêutica - direito - estado democrático de direito de construir - urbanismo - direito, direito urbanístico - urbanismo - função social da e constituição - cidadania.