

IGUALDADE E LEGITIMIDADE: A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONFORMAÇÃO DE VALORES SOCIAIS – A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO

EQUALITY AND ENTITLED: THE ROLE OF THE JUDICIARY IN FORMING OF SOCIAL VALUES - THE IMPLEMENTATION OF THE RIGHT TO FOOD

IGUALDAD Y DERECHO: EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL EN LA FORMACIÓN DE VALORES SOCIALES - LA APLICACIÓN DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

Dirceu Pereira SIQUEIRA¹

SUMÁRIO: 1. Igualdade: da necessidade de compreensão do conceito; 2. Legitimidade; 3. Poder Judiciário e sua legitimidade para a conformação de valores sociais na efetivação do Direito à Alimentação; 4. Direito à Alimentação *versus* orçamento público: A necessidade de atuação do Poder Judiciário e o obstáculo orçamentário; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo analisar a atuação do poder judiciário na concretização do direito à alimentação, sendo que em tal empreitada não foi esquecida a importância da análise do princípio da igualdade, o qual deve nortear as interpretações inerentes aos direitos sociais sob pena de não o fazendo estar-se diante de uma verdadeira e inegável exclusão social. A reflexão acerca da legitimidade (tão importante e, por vezes, esquecida dentre os estudos sobre a matéria) também norteia o estudo, tudo como forma de ao final aquilatar-se a limites e obstáculos para a atuação do poder judiciário diante da necessária efetivação dos direitos sociais, em especial o direito à alimentação. O desafio é grande, pois inúmeros serão os obstáculos apresentados, mas ao final, boas conclusões foram alcançadas e certamente a concretização do direito à alimentação tornar-se-á mais evidente e facilitada.

ABSTRACT: The present work has the purpose to analyze the performance of the judiciary in implementing the right to food, and in such an undertaking has not forgotten the importance of analyzing the principle of equality which should guide

¹ Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal); Doutor e Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru – SP; Professor Permanente do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas no Centro Universitário Cesumar - UniCesumar; Professor nos Cursos de Graduação em Direito no Centro Universitário de Bauru - ITE/Bauru – SP, no Centro Universitário de Araraquara - UNIARA e no Centro Universitário de Bebedouro - UNIFAFIBE; Advogado. E-mail: dpsiqueira@uol.com.br. Artigo submetido em 04/04/2014. Aprovado em 25/06/2014.

interpretations inherent to social rights under the penalty of not be doing it in front of a real and undeniable social exclusion. The reflection about the legitimacy (as important and sometimes overlooked among the studies on the subject) also guides the study, all as a way to assess the end to limits and obstacles to the performance of the judiciary forward the necessary fulfillment of social rights in particular the right to food. The challenge is great because numerous obstacles will be presented, but in the end, good conclusions were reached and certainly the realization of the right to food will become more evident and easier.

PALAVRAS-CHAVE: igualdade; legitimidade; direitos sociais; direito à alimentação; minorias.

KEYWORDS: equality; legitimacy; social rights; right to food; minorities.

1. IGUALDADE: DA NECESSIDADE DE COMPREENSÃO DO CONCEITO

Em uma sociedade em que a influência econômica torna-se cada vez mais presente, em que o ter sobrepõe-se acintosamente sobre o ser, o tema igualdade ganha cada vez mais destaque, tornando-se necessária sua visita, principalmente em face de estudos jurídicos. “O Estado Democrático de Direito é impensável sem a presença do princípio igualdade”².

A igualdade traz consigo uma valorosa carga histórica, representando “algo que precisa ser obtido a partir de reivindicações e conquistas e, para tanto, o Direito pode servir de valiosa ferramenta”³ e por essa razão representa “um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global, conjugando dialecticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de direito democrático e social”⁴.

A importância de uma correta compreensão da igualdade mostra-se com maior frequência quando da constatação de que a sociedade moderna é uma sociedade de classes em que a desigualdade está presente de maneira preponderante.⁵

Nessa senda, é possível observar que, muitas vezes, o ter direitos não significa sua efetividade em termos de implementação, de modo que a exclusão social com origem em diversos fatores (sejam sociais ou econômicos) macula os menos privilegiados e de outro lado engrandece aqueles que podem ser considerados incluídos socialmente.⁶

² NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 166.

³ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia*. Novos estudos jurídicos. Vol. 13, n. 2, jul-dez/2003. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí. p. 77-92. p.78.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007, 1 vol. p. 336-337.

⁵ Nesse sentido ver: MULLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 176.

⁶ SUR, Oscar Vilhena Viera. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, nº 6, ano 4, 2007, pp. 29-52.

Nesse cenário, preleciona Walter Claudius Rothenburg⁷:

A distribuição desigual de bens na sociedade provoca, por outro lado, vantagens exageradas, injustificadas, aquinhoando – eventualmente sem “culpa” – sujeitos que são beneficiados por causa da desigualdade (inferioridade, exploração, opressão) de outros.

Porém, não há como deixar de destacar que a sociedade tem evoluído em direção a um ambiente mais justo e inclusivo, de modo a influenciar a figura estatal, levando, então, o Estado a redirecionar suas posições, passando, então, ao necessário redirecionamento, inclusive em termos de decisões judiciais as quais não podem ser puramente técnicas-jurídicas, e também quanto a decisões políticas, as quais passaram a atender a necessária repercussão social⁸, que está presente na sociedade moderna.

Sob a perspectiva de PECES-BARBA⁹, a questão deve ser analisada de modo dicotômico, sendo que existe uma ética pública bidimensional que reúne duas matrizes: uma democrática e outra ética, privada e regida pela autonomia da vontade, considerando, porém, que essa última só poderá ser exercida por meio daquela matriz pública e institucionalizada, a qual lhe proporcionará um exercício adequado.

Pois bem, assim, tem-se que a ética pública é composta por um conjunto de valores, princípios e direitos, os quais consagram a justiça nas sociedades democráticas, devendo se submeter às mesmas em face do temor pela sanção a ser imposta; doutra banda, a ética privada pauta-se em um verdadeiro modelo de salvação que só poderá ser praticado diante do consenso acerca de seus objetivos.

Nessa trilha, conclui PECES-BARBA que em face das diferenças ontológicas que separam as duas éticas, estabelece-se a possibilidade do surgimento do Estado totalitário (o qual pauta-se na imposição da ética pública sobre a ética privada, com prevalência da ética pública) ou do Estado confessional (onde a ética privada almeja delinear a ética pública).¹⁰

Por essas razões, é possível afirmar que sob o prisma dos Estados democráticos a vontade das maiorias encontra-se traduzida nos diplomas legais, inclusive nas Constituições, de modo que a inclusão das minorias está condicionada a uma real aplicação dos diplomas legais, não somente no sentido técnico, mas prestigiando uma aplicação que vise a contemplar valores intrínsecos da sociedade de modo geral (e não apenas das maiorias).¹¹

⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia*. Novos estudos jurídicos. Vol. 13, n. 2, jul-dez/2003. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí. p. 77-92. p.79.

⁸ Nesse sentido: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Morimizato. O novo papel do judiciário e dos magistrados na sociedade contemporânea: reflexões em tempos de reforma. Curitiba: Juruá, 2006, p. 141 e ss.

⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Ética pública-ética privada. Anuario de Filosofía del Derecho, XIV, Madrid: Doxa, 1997, p. 531-544.

¹⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Ética pública-ética privada. Anuario de Filosofía del Derecho, XIV, Madrid: Doxa, 1997, p. 531-544.

¹¹ Conforme lições de CARDOZO, Benjamin. *The nature of judicial process*. Apud: APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 36: “A doutrina tradicional nos Estados Unidos sustenta que a regra da maioria expressa a ‘razão perfeita’ quando incluída na Constituição ou em uma lei, e que os juízes devem seguir esta razão em seus julgamentos”.

Assim, ressalta-se que a igualdade formal (que atua como barreira à arbitrariedade¹²) não indica uma aplicação efetiva do princípio da igualdade, sendo que para tal concretização será necessária uma atividade jurídica que contemple uma verdadeira interpretação dos dispositivos legais, de modo a atender às minorias (não beneficiadas muitas das vezes pela atividade legiferante¹³).

Na perspectiva de John Rawls, dois princípios atinentes à justiça, os quais merecem ser analisados, sendo eles: igualdade: maior conjunto possível de liberdades básicas garantiria uma isonomia em direito e nos direitos, já que a igualdade fática é impossível; diferenças: as desigualdades sociais e econômicas poderiam ser toleradas, desde que favorecessem os menos favorecidos. Desta forma, teríamos que a distribuição de cargos não poderia estar ligada a isso e deve ocorrer de forma equitativa.¹⁴

Na concepção de Dworkin, a igualdade é tratada como o direito de ser tratado como igual (um direito a igual tratamento, uma igual distribuição de oportunidades), o que deriva em um direito de igual tratamento (igualdade de consideração e respeito).¹⁵

A igualdade também, na visão de Perelman, deve ser comparada a padrões aritméticos, vez que, somente assim, teríamos a sua definição precisa, sendo que qualquer outro método para definição seria, no máximo, aproximado.¹⁶

Note-se no posicionamento de Perelman uma forte influência do critério numérico, o qual seria critério para aferição de uma real aplicação do princípio da igualdade, e como salienta o autor, seria ainda o critério com maior precisão para tal definição.

De toda forma, para que haja essa convergência, torna-se necessária a valoração de aspectos morais, religiosos e filosóficos, vez que todos se encontram presentes na sociedade. Afinal, tais valores influenciam diretamente no contexto político e jurídico da sociedade, sendo diferentes considerando cada contexto em que foram analisados.

Forçoso, então, concluir, nesta fase do estudo, que a tutela das minorias também está amparada pelo princípio constitucional de igualdade, razão pela qual é por meio do princípio da igualdade que elas, muitas vezes, têm concretizado seus direitos, seja por meio de previsões legislativas ou no momento da aplicação do

¹² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 287: “O princípio da igualdade formal proclama que todos são criados iguais e merecem igual tratamento, atribuindo a todas as pessoas o mesmo valor perante a lei, independentemente dos seus rasgos peculiares ou da sua condição social. Essa vertente do princípio isonômico se liga originalmente aos desafios assumidos pelo Estado liberal de abolição de privilégios injustificados e continua a ter fundamental importância no Estado Democrático de Direito. O princípio da igualdade, visto sob o ponto de vista formal, atua como barreira à arbitrariedade. A arbitrariedade, entendida como diferenciação de tratamento injusta, absorve no seu conceito a sua expressão mais repulsiva, a discriminação.”

¹³ Nesse sentido ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 387-388.

¹⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997. p. XIII – XIV.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999. p. 358-360

¹⁶ PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999. p. 213-215.

direito: “em outras palavras, o princípio da igualdade apresenta-se inicialmente mediante a diferença entre igual e desigual”¹⁷.

Nesse sentido, leciona Ángel Lázaro¹⁸:

O primeiro significado do princípio da igualdade incide precisamente na plena equiparação jurídica dentre todos os membros da comunidade política. A cláusula de igualdade proíbe as discriminações (na lei ou frente a ela), fundamentadas em determinadas características sociais ou pessoais do indivíduo, mas considera as distinções juridicamente relevantes (e, aqui, o caráter “relacional” da cláusula de igualdade) embora tão somente na medida em que se apliquem por igual em todos os casos (igualdade entre os iguais). (destaques inexistentes no original)

Nas lições de Sidney Madruga¹⁹:

O princípio isonômico não se restringe a vedar discrimenes. É preciso mais. Necessita-se efetivar o mandamento constitucional. Tornar possível não só ao cidadão comum ver realizado os preceitos jurídico-formais já estabelecidos, como ainda pôr em prática o que a Constituição taxou como substancialmente igualitário.

A igualdade apresenta-se como essencial para uma sensível compreensão dos direitos humanos, principalmente na interpretação dos direitos das minorias, pois o cerne da compreensão do princípio da igualdade se encontra pautado no reconhecimento das diferenças, propiciando a todos igual participação na sociedade (atividades estatais e nos meios sociais).

Nesse sentido, Álvaro Ricardo de Souza Cruz²⁰ afirma que:

[...] vamos nos deparar com um novo Constitucionalismo cuja síntese alterou sensivelmente o significado do princípio da igualdade, pois passou a centrar-se no princípio da dignidade humana. A pessoa humana não pode mais ser vista de forma abstrata e distante, tornando-se um ser concreto/palpável. O programa normativo densifica-se nas múltiplas

¹⁷ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 168.

¹⁸ LÁZARO, Ángel. Los principios de discriminación positiva y protección de las minorías como fundamento de una representación política específica de las mujeres. Tradução livre. In RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa; AZNAR GOMES, Mariano J. (coord.) *Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 183-185.

¹⁹ MADRUGA, Sidney. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 53.

²⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey. p 15.

facetar e diferenciações da humanidade, particularizando-se na defesa dos hipossuficientes, especialmente, das minorias étnicas e sociais.

Nota-se, na visão do autor, uma noção de igualdade que prestigia não apenas o tratamento isonômico que poderia representar a igualdade material, mas também um viés voltado para as minorias, um viés que visa a atender aos anseios minoritários como forma de corrigir as exclusões étnicas e sociais presentes na sociedade democrática.²¹

Desse modo, observa-se que “o sentido primário do princípio é negativo: consiste na vedação de privilégios e de discriminações [...] privilégios são situações de vantagem não fundadas e discriminações situações de desvantagem”²².

Apontando a previsão da igualdade no novo modelo constitucional, leciona Lenio Streck²³:

Esse novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais. (destaques existentes no original)

O Estado democrático moderno exige que os procedimentos constitucionais se apresentem como sensíveis ao convívio dos diferentes e, dessa maneira, possibilitem-lhes um tratamento jurídico-político igualitário.²⁴

Doutra banda, merece destaque a discriminação na vertente positiva, pois a “igualdade tanto é não-discriminar, como discriminar em busca de uma maior igualização (discriminar positivamente)”²⁵.

Porém, parece-nos que da análise acima, em face do estudo ora tratado, o que buscamos é a igualdade de oportunidades, de modo que possamos “ter uma desigualdade para se atingir uma igualdade, posto que esta desigualdade visa corrigir

²¹ Neste sentido, importantes lições são trazidas por Pérez Luño, para o qual: “igualdade comporta ‘exigência de generalidade’ (tipificação impessoal e universal); ‘exigência de equiparação’ (tratamento igual aos iguais), ‘exigência de diferenciação’ e ‘exigência de identidade de procedimento’”. Apud LÁZARO, Ángel. Los principios de discriminación positiva y protección de las minorias como fundamento de una representación política específica de las mujeres. Tradução livre. In RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa; AZNAR GOMES, Mariano J. (coord.) Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, nota 216, p.184.

²² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, tomo IV. p. 238.

²³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 297.

²⁴ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 170.

²⁵ MADRUGA, Sidney. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 50.

uma desigualdade pretérita. A nova igualdade passa a ser o ‘resultado da equiparação’ entre duas desigualdades”.²⁶

2. LEGITIMIDADE

A legitimidade é tema dos mais candentes dentro do estudo do direito, da política e da sociologia. Se antes, contudo, era concebida como um atributo formal e aceita como pré-existente de modo espontâneo – notadamente dentro do escopo de atuação do Estado – foi pouco a pouco sendo questionada a sua existência real, concreta, palpável, numa determinada situação.

Para diferentes propósitos e em diversas direções, a legitimidade passou a ocupar, gradativamente, um espaço mais amplo e ao mesmo tempo mais sutil de verdadeira regulação social e política²⁷.

Com o incremento do ideal democrático em tempos modernos, a partir dos movimentos revolucionários do final do século XVIII, mas de maneira especialmente marcante a partir de meados do século XX, nota-se uma busca por uma maior densidade da ideia de legitimidade como apoio fundamental da atuação estatal.

Buscando um resumo do ora exposto, podemos dizer que o tempo mostrou ser a legitimidade algo dinâmico e não estático, mostrou que se trata de elemento construído e não dado, podendo ser consolidada ou fragilizada, perdida ou conquistada, ampliada ou reduzida, enfim, sujeita à dinâmica social e não mais um elemento objetivo do Estado como seu território, seus exércitos ou a população nele existente²⁸.

O conceito do objeto em foco, a legitimidade, liga-se fundamentalmente a valores.

Essencialmente, a legitimidade estatal não difere da submissão voluntária de um filho ante seu pai, amparando-se tal submissão – expressa ou materializada na obediência aos comandos emanados pelo pai em face do filho – no respeito existente na relação, especialmente do filho em relação ao pai.

Muito embora utilizando-nos de uma ilustração em um estado ideal de manifestação, vê o filho no pai: conhecimento, ascensão, confiança, bondade, experiência, o que resumimos na ideia central do respeito.

No caso do Estado, o transporte de tal estrutura pode ser feito, mas, claro, com outros valores como base ou suporte. O respeito filial cede espaço para um

²⁶ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 32.

²⁷ “Por trás da ideia de legitimidade, como se vê, está a necessidade de cada sistema político de institucionalizar formas e procedimentos capazes de regular, disciplinar e reprimir conflitos. As funções específicas de seu ordenamento jurídico consistem assim quer na resolução de antagonismos e tensões entre indivíduos, grupos e classes, quer na tentativa de ordenação racional das vidas pública e privada – o que se dá mediante um intrincado processo de prevenção e desarme dos conflitos desagregadores da ordem estabelecida”, FARIA, José Eduardo. *A crise constitucional e a restauração da legitimidade*, Porto Alegre : Fabris, 1985, p. 14.

²⁸ Neste mesmo sentido, ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca do sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 98.

sentimento essencialmente similar, mas instrumentalmente diverso, ou seja, a própria legitimidade.

Nesse sentido, Dimitris Dimoulis diz que legitimidade “*é a adequação do direito em vigor em vista dos ideais democráticos e dos anseios sociais*”²⁹, ideia expressa de modo conciso e objetivo, correta, mas que se volta a uma situação de democracia, algo específico de um ambiente social e político com tais características e aspecto que não necessariamente conduz à legitimidade de um modo geral³⁰.

Veremos adiante, contudo, a questão da legitimidade e da democracia.

Neste momento, convém nos atermos a um aspecto mais concreto da formação da legitimidade no direito que, por sua vez, confere sustentação formal ao Estado – não nos esqueçamos que se trata aqui de Estado de Direito – levando-a [a legitimidade] ou conduzindo-a a uma situação de virtual essencialidade na articulação dos elementos integrantes do universo jurídico.

A ordem jurídica moderna, por outro lado, se funda em elementos típicos da própria idade moderna em que se viu inserida e como fruto de movimentos, de ideias e de forças observadas num momento de verdadeiro expurgo dos elementos centrais do direito natural.

Ao expurgo aqui noticiado, some-se, ainda, a influência iluminista, cientificista, antropológica, situação que possibilitou ao direito, por meio de seus artífices, mas notadamente pelos juriconsultos de então, ser visto como ciência, podendo, assim, exigir-lhe todos os rigores formais e cartesianamente lógicos que se podia esperar de qualquer outra ciência.

O direito passa a ser visto, desse modo, como ferramenta social cuja utilização deveria seguir os mesmos ditames econômicos vigentes, ou seja, deveria obedecer e se submeter às mesmas condições, preceitos, premissas, valores, forma, objetivos e prevalência de certas estipulações sobre outras, no universo pré-concebido do estado liberal. O exercício da justiça já havia, assim, desprendido-se suficientemente da figura do rei e da autoridade papal.

Faltava fixar o novo foco de poder.

Esse novo foco veio com a ideia moderna de lei, tomando-se por legítimo, por justo e por defensável por toda uma nação só e somente o que estivesse previsto e

²⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 38.

³⁰ Muitos foram os regimes considerados autoritários, ditatoriais, tirânicos, até mesmo de exceção que contaram com expressivo apoio popular e outros que, muito embora suportados por escolhas operadas em ambientes democráticos, com certames escorreitos e regulares, não lograram obter o necessário apoio, e conseqüente legitimidade, às suas ações. Movimentos como o nazismo e o fascismo não poderiam ter sido desenvolvidos sem o proverbial apoio popular a lhes sustentar; mesma situação de regimes como o de Getúlio Vargas no Brasil (Estado Novo), Josef Stalin na União Soviética, Mao Tse Tung na China ou Fidel Castro em Cuba. Por outro lado, o ex-presidente do Haiti, Jean-Bertrand Aristide, escolhido democraticamente para o cargo em 2003, foi deposto pela própria população ainda em 2004, acusado de corrupção e desmandos em proveito próprio. O ideal democrático, no caso, não foi suficiente para legitimar o desempenho da função pública correspondente. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 102, parece não concordar com nossa visão ao afirmar que “*democracia e legitimidade são conceitos de recíproca e permanente implicação*”.

amparado em lei³¹, e sendo esta lei exclusivamente estatal, legítimo também era o estado que produzia a lei.

No mesmo sentido acima comentado, vemos Miguel Reale afirmando situar-se “no plano filosófico, o valor ou o complexo de valores que legitima uma ordem jurídica, dando a razão de sua obrigatoriedade”, indicando o saudoso mestre, assim, que “dizemos que uma regra tem fundamento quando visa a realizar ou tutelar um valor reconhecido necessário à coletividade³²”, pensamento que bem expressa a questão da norma ou regra de natureza jurídica formalizada, tornada lei, lei escrita, algo que lhe conferia uma legitimidade em si e por si, ou seja, simplesmente por ser lei³³ e, ainda mais, por ser expressão de um poder, o poder político de titularidade exclusiva do estado³⁴.

Rompia-se, por outro lado, com a concepção jusnaturalista e aristotélica de ligação umbilical entre direito e moral³⁵ para adotar uma visão mais prática e, como afirmamos acima, utilitarista do direito. O direito passou a observar regras e formas que o modificaram profundamente³⁶ e passou a apresentar características totalmente

³¹ A lei legitimava e protegia o indivíduo, bem como regulava a ação Estatal, mas, em contrapartida, a este último era dado o monopólio da violência. A política adquiria outros contornos, pelo que podemos entendê-la como a alocação autoritária de valores ou como o poder de gestão da sociedade sobre seu próprio destino [...] é preciso obedecer não apenas porque a função dos mecanismos de controle social é evitar a desagregação social mas, ainda, porque o sistema político, dado o monopólio da violência, pode alocar autoritariamente valores e instaurar normas jurídicas. cf. FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade : uma introdução à política do direito*, São Paulo : EDUSP, 1976, p. 9. O império da lei, máxima que até hoje é utilizada para justificar as mais variadas ações para as quais se busca legitimidade e obediência, foi, especialmente nos EUA, levada a um extremo bastante pronunciado, criando ali um outro adágio : só a lei pode corrigir a lei. O destino da nação, a segurança interna e mesmo o interesse da pátria deveriam se submeter ao corpo normativo vigente, dele não podendo se divorciar em hipótese alguma o que, em última análise, é a própria síntese do liberalismo nessa área.

³² *Filosofia do Direito*, São Paulo : Saraiva, 1986, p. 594.

³³ Mais do que isso, as positivizações passam a ter um papel fundamental, os documentos escritos já não tinham o caráter simplório de um mero pacto entre o povo e seus governantes de outros tempos, passando a fazer parte de todo um sistema jurídico-legal posto, com estrutura rígida e regras internas bem definidas. O que era jurídico, era legal, o que era legal, era justo. Tomava importância, ainda mais, o procedimento e o resultado dali advindo, ambos submetidos ao império da lei, pelo que se tinha a segurança de que uma decisão, uma *decisão legal*, seria obtida, justa ou não, mas de todo modo, segura. Assim, um cunho utilitarista passou a permear o exercício do direito.

³⁴ “[...] dizer que um poder é legítimo equivale a assegurar que é justo, que é merecedor de aceitação, isto é, significa atribuir-lhe uma valoração positiva”, CASTIGNONE apud CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade : uma abordagem garantista*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 93;

³⁵ O raciocínio sobre o rompimento entre direito e moral como base de criação e desenvolvimento do direito dentro do Estado Liberal, é feito quase que como um aviso em MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*, Notre Dame Press: University of Notre Dame, 1984, p. 184. Immanuel Kant foi talvez um dos mais destacados doutrinadores a se dedicar sobre o tema. Kant dizia que a são 3 os requisitos da ação moral : a) é realizada somente para obedecer à lei do dever; b) não é cumprida por um fim, mas somente pela máxima que a determina; c) não é movida por outra inclinação a não ser o respeito à lei. Sobre o Direito, Kant dizia que este traz um dever externo, porque legalmente eu sou obrigado somente a conformar a ação, e não também a intenção com a qual cumpro a ação, segundo a lei, enquanto o dever moral é dito interno porque moralmente eu sou obrigado não somente a conformar a ação mas também a agir com pureza de intenção, cf. BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, Universidade de Brasília : Brasília, 1993, p. 54 e 57.

³⁶ Didaticamente, poderíamos elencar as características que esse Direito, hoje já com caráter tradicional, tomou a partir das modificações acima citadas : a) crença no Direito como entidade autônoma; crença no governo das leis; b) atenção especial sobre a norma e sua clareza : busca da racionalidade; c) foco no

distintas de qualquer outro modelo anteriormente observado, formando uma espécie de dogmática jurídica liberal, eis que concebida com base e em harmonia com os ditames do ideal liberal e capitalista então dominante e vigente³⁷.

Para este estudo interessa sobremaneira a questão da adoção da lei como instrumento manifestante, em si mesmo, da legitimidade necessária às ações estatais, elas próprias pautadas pela mesma lei. Como já dito, é uma legitimidade típica do Estado de Direito, algo observado até hoje com nuances diferenciadas, mas essencialmente nesta configuração ora exposta³⁸. De todo modo, o direito concebido neste ambiente tornava-se ele próprio também dependente das características ali encontráveis e perceptíveis.

Bem por isso, o direito abandonava um aspecto fundamental, que era sua construção no fazer, na prática, um certo empirismo que foi nota fundamental do direito natural e agora perdia espaço.

A funcionalidade, a performance, a dinâmica do direito passava a ser mais importante que a obtenção da justiça, algo agora concebido como uma consequência desejável, mas não essencial nesta estrutura. A ideia supostamente paradoxal, segundo a qual o direito não oferece como resultado de seu próprio exercício necessariamente à Justiça, poderia bem exprimir o que pretendemos aqui dizer. Immanuel Kant é bastante didático ao comentar este aspecto:

procedimento e na racionalidade, liberando o jurista de aplicações "sociais" da norma; d) legitimidade e legalidade como sinônimos. O que é legal é legítimo. Itens retirados, por interpretação do autor, da obra de CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia : a regra da maioria como critério de legitimação política*, São Paulo : EDUSP, 1991;

³⁷ Esta dogmática jurídica liberal tem por elementos característicos : a) *estatização do Direito* : só o Estado podia dizer o Direito e não mais o Rei e a Igreja, como antes; b) *formalismo/procedimentalismo* : valorização dos procedimentos e das formas de encaminhamento dos pleitos e dos processos em geral, bem como da própria vivência do Direito. A forma pré-determinada e igualmente conhecida de modo prévio, ganhava contornos de essencialidade; c) *previsibilidade* : conhecimento prévio não só do conteúdo do comando normativo em si, mas também dos processos e procedimentos necessários à proteção ou tutela dos direitos; d) *segurança jurídica* : decorrência natural da previsibilidade e da legalidade, transmitia a ideia de que haveria um decisão e de que esta seria baseada em regras pré-estabelecidas e; e) *legalidade* : só é jurídico, a partir dessa nova dogmática, o que está na lei. A lei confere, por si, legitimidade às ações nela próprias baseadas. Legalidade passa a ser sinônimo de legitimidade. A presente disposição foi retirada de CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 57-58;

³⁸ Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, em preciosa lição sobre o tema, diz que *"a lei é uma relação entre idéias, entre abstrações, e não entre coisas concretas. A lei unifica o diverso. A lei só existe no mundo da inteligência, pois não é particular nem individual. A lei é o plano concebido do que vai acontecer. É a fórmula da ordem. Não é por menos que se tem a lei como um ato geral e impessoal. [...] A lei é uma espécie do gênero norma jurídica. E duas são as espécies de normas jurídicas. A primeira relativa a ações que podem ser exigidas. A segunda relativas às ações proibidas. Na primeira categoria, as normas mandam que as ações sejam praticadas, sob pena de serem prejudicadas aquelas pessoas em benefício das quais as normas preconizaram as ações. Aos lesados é autorizada a reação, isto é, a exigir as ações não praticadas. Daí, as normas da primeira categoria serem mandamentos e autorizações"* disponível em <http://www.uff.br/direito/artigos/perling2.htm>, acesso em 14 de novembro de 2010. O tema, contudo, está longe de representar uma ilha de paz no universo jurídico. Muitos são os que contestam não apenas a ligação lei-legitimidade, mas até mesmo a ligação entre povo e legitimidade ou a concepção de que se a lei é feita a partir de uma demanda popular, é ela justa de forma apriorística. Um renomado doutrinador afirma que *"É inútil acrescentar que a vontade do povo não é soberana no sentido espúrio de que tudo o que agrada ao povo deve ter força de lei. Uma lei não se torna justa pelo simples fato de exprimir a vontade do povo. Uma lei injusta, ainda que exprima a vontade do povo, não é lei"*, MARITAIN, Jacques. *El Hombre y el Estado*, Buenos Aires : Guillermo Kraft, 1952, p. 47;

O jurisconsulto pode, certamente, conhecer e declarar o que venha a ser o direito (*quid sit iuris*), ou seja, o que as leis, num certo lugar e numa certa época, prescrevem ou prescreveram; mas se é justo o que estas leis prescrevem e o critério universal por meio do qual é possível reconhecer em geral o que é justo ou injusto (*iustum et iniustum*), permanece-lhe completamente obscuro, se não abandonar por um certo tempo aqueles princípios empíricos, e se (ainda que possa servir-se daquelas leis como excelentes fios condutores), não buscar as origens daqueles juízos na razão pura como único fundamento de qualquer legislação positiva possível³⁹

O Direito, ainda mais, deixa de exibir aquele caráter mais livre, informal, típico do direito natural, para se tornar algo eminentemente racional e, como diz Tércio Sampaio Ferraz Junior, “*isso não quer dizer que o Direito passasse a ser criado e construído pelos professores, mas sim que a doutrina passava a ocupar um lugar mais importante do que a praxis e os doutrinadores a terem uma precedência sobre os práticos*”⁴⁰.

Neste modelo de legitimidade formal e presumida, desenvolveu-se o Estado de direito e desenvolveu-se também o próprio direito ao longo de largo período de tempo.

No entanto, especialmente a partir das revoluções do início do século XX, notadamente a russa, mas também a mexicana e a “revolução” de ideias trazidas pela constituição alemã de Weimar, somadas, posteriormente aos dois pós-guerra (1914-1918 e 1939-1945) que incrementaram fortemente as demandas por conquistas sociais, veremos um Estado de direito que não mais se sustenta singelamente numa legitimidade formal e se vê obrigado a não somente introduzir de modo forte, expresso e ostensivo o elemento da democracia, como igualmente se vê na contingência de articular tais elementos de modo a legitimar-se, apercebendo-se de modo incontornável do fato de que esta realidade, a da legitimidade, é essencialmente dinâmica, como comentamos acima.

Sem prejuízo do elemento democrático como aspecto inovador dentro desta vivência do Estado de direito, mostra-se de boa cautela destacar que também o Estado democrático de direito, ponto a ser tratado no texto logo adiante, pode se mostrar igualmente formalista, até porque, sendo contemplado num instrumento de caráter formal, a constituição terá aspectos formais a serem observados. Como informa Cademartori⁴¹:

A única coisa que decide a legitimidade da autoridade política é o fato de ter sido obtida de acordo com princípios formais gerais, como por exemplo, regras eleitorais [...] o poder legitimador das regras constitucionais formais vigora enquanto as elites governantes as cumprirem e enquanto os

³⁹ *apud* BOBBIO, *op. cit.*, p. 67;

⁴⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*, São Paulo : Max Limonad, 1999, p. 54-55;

⁴¹ *op. cit.*, p. 112.

governados evitem modos de conduta política não cobertos pelo leque de opções oferecido pela constituição

Mas, como dito, veremos logo adiante de que modo se articulará e se dará a dinâmica do Estado democrático de direito como expressão de um passo evolutivo na linha de existência do Estado de direito visto neste tópico.

Muitas vezes, ignora-se, na análise do Estado de direito e mesmo na evolução do liberalismo que inspirou e gerou condições para a criação deste modelo estatal, que a democracia moderna ou liberal, hoje vista como par constante ou qualificativo imperioso do Estado de direito, não o acompanhou desde sempre ou desde seu surgimento.

Essa ligação direta entre um e outro elemento, historicamente e em seus primórdios, não existiu. Bem por isso podemos recordar, sobre tal ponto, que *“a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito”*⁴²

Tal perfil é inclusive de utilidade marcante ao se analisar a própria democracia liberal ou democracia moderna, uma vez que a titularidade do poder nas mãos do povo, tomando-se o acima comentado em referência, não se dava exatamente por uma suposta ou potencial admiração pelos traços originais da democracia original, oriunda da Grécia antiga, mas muito mais pela constatação de que estando a titularidade do poder político com o povo, muito mais dificuldade haveria e menos espaço teria o governante para tomar para si tal titularidade e governar de modo autoritário.

Desse modo, *“a democracia moderna nasce como democracia liberal. Assim, na visão ‘ocidental’ da democracia, governo pelo povo e limitação do poder estão indissoluvelmente combinados”*⁴³. Neste contexto, o elemento democrático cumpre uma função muito mais formal e de garantia no atingimento de uma meta principal, a limitação do poder e a proteção ao arbítrio, do que uma genuína inserção popular nos negócios do Estado, como seria de se supor numa abordagem inicial.

3. PODER JUDICIÁRIO E SUA LEGITIMIDADE PARA A CONFORMAÇÃO DE VALORES SOCIAIS NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO

A efetivação do direito à alimentação não se apresenta como uma alternativa para a administração pública, mas é um dever que deve ser cumprido. A liberdade da administração consiste tão somente em sua escolha dentre as várias possibilidades existentes de fixação de políticas públicas, sendo lícito, portanto, a ela, optar por aquela que julgar mais eficiente.⁴⁴

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, São Paulo : Saraiva, 1991, p. 16;

⁴³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, São Paulo : Saraiva, 1989, p. 275.

⁴⁴ Nesse sentido, oportunas as lições trazidas por Flávio Luis de Oliveira e Carlos Eduardo de Freitas Fazoli, ao analisarem a atuação do Poder Judiciário no tocante a discricionariedade na aplicação dos direitos fundamentais: “Tratando-se de direitos fundamentais, não há que se falar em discricionariedade

De outro lado, o Poder Judiciário assiste uma possibilidade de conformação de valores constitucionais, com a realidade social, superando, assim, uma visão simplista de que ele seja mero aplicador da Lei, e que não possa exercer uma atividade interpretativa no momento de suas decisões; portanto, o Juiz, no momento de sua decisão, está apto a conformar os direitos sociais aos anseios de um Estado democrático de direito.⁴⁵

Robert Alexy destaca que se deve firmar entendimento no sentido de que de modo algum poderá um Poder Judiciário estar impotente frente a um legislador inoperante ou mesmo a um administrador omissivo ou ineficaz. Assim sendo, em face da constatação de alguma violação da Constituição, deverá o Poder Judiciário atuar de maneira direta no sentido de ordenar o cumprimento do dispositivo constitucional.⁴⁶

Os direitos fundamentais (a exemplo da dimensão cultural do direito à alimentação), não estão sujeitos a qualquer discricionariedade no momento de sua aplicação, pois preexistem com relação à manifestação estatal, razão pela qual não carecem de qualquer decisão judicial para serem concretizados.⁴⁷ Todavia, o que se pode reconhecer em termos de discricionariedade repousa na avaliação (estatal) em relação ao “modo” de se cumprir melhor um direito fundamental, ou seja, nesse caso, a opção não está entre fazer e deixar de fazer, mas apenas em “como fazer”.

Sobre discricionariedade judicial em face do seu ativismo, leciona Elival da Silva Ramos que ela “floresce no espaço em que os balizamentos normativos autorizam o julgador a se movimentar, porém com a sensível diferença de que o controle, nesse caso, compete ao próprio órgão ao qual foi deferido o poder discricionário”.⁴⁸

Para Clarissa Tassinari, o ativismo judicial apresenta-se como um problema inerente a teoria do direito, de modo que representa uma questão de interpretação que deveria ser vista sob o prisma do resultado de um “projeto compreensivo no interior do qual se opera constantes suspensões de pré-juízos que constitui a perseguição do melhor (ou correto) sentido para a interpretação”, dessa forma, a autora afasta qualquer posicionamento que vise contemplar o instituto (ativismo judicial) como uma interpretação de um ato de vontade de intérprete.⁴⁹

Lenio Streck observa uma tendência para uma maior atuação do Poder Judiciário, vez que em seu entendimento, sob o prisma do Estado Democrático de

na sua aplicação. Preexistindo a qualquer manifestação estatal, a busca ao Poder Judiciário deve ser tão-somente para a realização dos atos executórios tendentes à sua concretização, inclusive nas hipóteses em que os Poderes Executivo e Legislativo omitirem-se”. In: OLIVEIRA; FAZOLI, 2007, p. 189.

⁴⁵ Nesse sentido, as lições de Zagrebelsky, que em sua consagrada obra leciona a favor da maliabilidade do direito, a qual enseja a aplicação dos princípios pelo intérprete ao caso concreto, como forma de conformar valores. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2007, p. 136: “La discrecionalidad de que goza el intérprete para reconducir a la ley las exigencias de regulación que presenta el caso no sólo depende de los métodos de interpretación y de su número, sino también de la estructura de la propia ley”.

⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001, p. 496-497.

⁴⁷ OLIVEIRA; FAZOLI, 2007, p. 185.

⁴⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

⁴⁹ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 56.

Direito, aquele deveria atuar com independência e mais fortemente como forma de efetivar direitos fundamentais.⁵⁰

De toda forma, é possível afirmar que ao intérprete, no exercício de sua atuação, compete certo grau de discricionariedade ou mesmo de criatividade (mesmo que não havendo uma liberdade absoluta). Isso, porém, não possibilita uma atuação arbitrária do intérprete-juiz; afinal, ele não está completamente livre de vínculos, sujeitando-se aos *aspectos processuais* (essenciais a ponto de envolver a própria natureza do processo judiciário) e *substanciais* (precedentes judiciais, opiniões de juriconsultos, dentre outros).⁵¹

Nas críticas inerentes à discricionariedade judicial, não há intento algum em estabelecer uma proibição ao ato de interpretar, mas apenas reforça o fato de que interpretar tenha o significado de dar sentido, afastando por certo quaisquer subjetivismos que possam surgir. Afinal, a concretização desses textos não pode sujeitar-se a esta subjetividade.⁵²

Por tais razões, é possível afirmar que “a adequada hermenêutica constitucional fundada nos princípios afasta a discricionariedade”. Tomando como exemplo a colisão de direitos fundamentais, a ser resolvida à luz da proporcionalidade, cumpre lembrar que tais direitos já existem, de modo que não haverá margem de discricionariedade quanto ao seu conteúdo.⁵³

4. DIREITO À ALIMENTAÇÃO *VERSUS* ORÇAMENTO PÚBLICO: A NECESSIDADE DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E O OBSTÁCULO ORÇAMENTÁRIO

Não há como deixar de salientar o fato de que a atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sofrerá mitigações frente à limitação orçamentária do Estado. Assim, a atuação do Judiciário deve ser alvo de controles ainda mais severos, para que o magistrado não atue arbitrariamente.

Um Judiciário generoso pode se tornar desastroso, e prejudicar acintosamente o Estado, desrespeitando seus limites orçamentários⁵⁴, judicializando

⁵⁰ STRECK, 2007, p. 54. No mesmo sentido, outro escrito do autor: STRECK, Lenio Luiz. *Comprender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 158.

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999, p. 23-24.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 93.

⁵³ OLIVEIRA; FAZOLI, 2007, p. 185.

⁵⁴ Sobre as medidas judiciais – efetivando direitos fundamentais - e a observância dos limites orçamentários para o fornecimento de medicamentos, bem lecionam Eliana Franco Neme e Ney Lobato Rodrigues: “Ressalta-se que as medidas judiciais não são estabelecidas sobre parâmetros orçamentários; os juízes, ao considerarem os pedidos apresentados, não observam as contas municipais, o orçamento municipal ou ainda as responsabilidades já assumidas pelos municípios, simplesmente determinando o fornecimento do material, sob pena de desobediência. A situação é grave. Mesmo que os princípios da administração estatal velem pela publicidade, moralidade, eficiência e pela regra estrutural do procedimento público para a aquisição de materiais e serviços, o fato é que as ordens judiciais de prestação de medicamentos são cumpridas ao total arrepio da lei, sem qualquer formalidade, uma vez que não há tempo hábil para o cumprimento desta decisão nos termos do

políticas públicas inadequadas dentre outras atuações arbitrárias sob o pretexto de efetivar direitos fundamentais⁵⁵. Mas como saber se uma política pública é adequada ou não, no momento da atuação do Poder Judiciário?

Para Canotilho⁵⁶, o Estado apresenta-se como Estado-garantidor, mas que possui corpo de Estado-social e alma de empresa, e enquanto empresa não pode afastar-se do orçamento, sob pena de ter reflexos extremamente nocivos para todo seu sistema. Então, a solução poderia estar (em havendo a partilha de competência) no fato de primeiramente o julgador conhecer o orçamento público para que somente após concedesse ou não as medidas pleiteadas; porém, reconhecemos que diante de algumas situações de urgência não é possível para o julgador aquilatar tais aspectos, de modo que se o deferimento do pleito é necessário, torna-se inevitável que ocorra, e, para esses casos, parece-nos que a única solução seja aquela apontada por Eliana Neme e Ney Lobato⁵⁷: a cooperação e compensação financeira de despesas entre os demais entes federativos que não foram demandados na ação judicial.

Nos dizeres de Eros Roberto Grau: “buscar o impossível, isso é para o poeta ou para o revolucionário que deveria habitar em cada homem. Mas a Constituição e o constitucionalismo não podem ser concebidos senão no quadro da realidade”.⁵⁸ (*grifos inexistentes no original*)

Todavia, a situação é complexa e merece bastante atenção, pois se apresenta sob dois vieses: de um lado os administradores, que se escudam na falta de recursos para negar efetividade aos direitos fundamentais e de outro aqueles que necessitam da prestação do Estado, sendo titulares de um direito aclamado pelo texto constitucional.⁵⁹

A Corte Constitucional Federal da Alemanha, em 18 de julho de 1972, teve oportunidade de analisar (pela primeira vez), por ocasião do controle concreto de constitucionalidade (BVerfGE 33, 303 – “*Numerus Clausus*”), dois casos apresentados pelos Tribunais Administrativos de Hamburg e da Baviera, ambos envolvendo a pretensão de candidatos para admissão no curso de medicina em universidades

estabelecido pela lei das licitações”. (*destaques inexistentes no original*) – NEME, Eliana Franco; RODRIGUES, Ney Lobato. Algumas considerações sobre o fornecimento de medicamentos pelo Estado como instrumento de efetivação do direito constitucional à saúde. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; GOTTEMS, Claudinei J. (Org.) *Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição brasileira*. Birigui: Boreal, 2008, p. 116. No mesmo sentido BRANDÃO, 2007, p. 332.

⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. As relações entre receita e despesas na Constituição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 360: “O Judiciário, ao contrário do que ocorreu com a receita pública, adotou visão generosa na entrega de prestações públicas, especialmente as ligadas aos direitos sociais, aos quais muitas vezes atribuiu o *status* de direitos fundamentais, incluindo-os no rol da judicialização das políticas públicas”.

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. O Estado garantidor: claros – escuros de um conceito. In: AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, José Nelson de Miranda (Coord.). *O direito e o futuro – o futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008-b, p. 573.

⁵⁷ NEME; RODRIGUES, 2008, p. 118.

⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. Realismo e utopia constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Org.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 126.

⁵⁹ BRANDÃO, 2007, p. 318.

públicas. Ocorre que havia insuficiência de vagas para aquele curso de ensino superior naquele momento, tudo em face ao aumento da demanda.⁶⁰

Naquela ocasião, a questão apresentada pautava-se na insuficiência de vagas oferecidas pelo sistema universitário alemão, de modo que não atenderia à demanda crescente e necessária em alguns cursos, o que acabava por prejudicar alguns candidatos que, não sendo aprovados, teriam de aguardar nova abertura de vagas em momentos posteriores, o que, conforme os argumentos apresentados pelos candidatos, seria de grande nocividade para o desenvolvimento profissional daqueles estudantes.⁶¹

No julgamento, o Tribunal reconheceu a insuficiência quanto ao número de vagas oferecidas em relação à demanda necessária para alguns cursos (naquele caso, para o curso de medicina). Todavia, considerando que os postulantes almejavam a concessão de vagas a favor deles próprios, com respectivas ordens de matrículas, a Corte entendeu que se concedesse tal pleito estaria prestigiando os autores da demanda em detrimento de outros candidatos que se encontravam na mesma situação (afrontando o princípio da igualdade). Considerou ainda que haveria um enorme risco em relação à concessão, pois isso poderia desencadear a possibilidade do ajuizamento de inúmeras ações nesse sentido, o que poderia levar a excessos nas concessões, colocando em risco a própria Administração, pelo cumprimento dessas ordens judiciais.⁶²

Foi nesse contexto que surgiu a tão aclamada reserva do possível, que deveria representar a limitação das possibilidades financeiras do poder público, sendo que, havendo o esgotamento dos recursos do Estado para a concretização de um direito fundamental, ou ainda, para exercer as prestações inerentes ao Estado, estaria ele dispensado deste dever em face de sua impossibilidade financeira, mesmo que considerando um dever a ser prestado à sociedade.

Não há nenhuma dúvida, acerca da dificuldade de interpretação quanto a este fenômeno (reserva do possível), quando invocado como limite para a efetivação dos direitos sociais, pois se trata de matéria tão importante para o cidadão (a exemplo do direito à alimentação), que seu reconhecimento merece bastante reflexão e cautela.⁶³

Para Andreas Krell, essa teoria representa uma adaptação da jurisprudência constitucional alemã (*Der Vorbehalt des Möglichen*), que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos.⁶⁴

⁶⁰ MARTINS, Leonardo (org.). Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. (coletânea original: Jurgen Schwabe). Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p. 656-657.

⁶¹ MARTINS, 2005, p. 657-658.

⁶² MARTINS, 2005, p. 666-667.

⁶³ KELLER, Arno Arnoldo. *A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no Estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 233.

⁶⁴ KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 52: “Essa teoria, na verdade, representa uma adaptação de um *tópos* da jurisprudência constitucional alemã (*Der Vorbehalt des Möglichen*), que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos”.

A implementação dos direitos sociais envolve a disponibilidade de grandes importâncias financeiras, sendo que por isso, “[...] rapidamente se aderiu à construção dogmática da **reserva do possível** (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”⁶⁵. Para Ingo Sarlet, a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice que deve ser observada, a qual envolve: a) a efetiva *disponibilidade fática dos recursos* para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a *disponibilidade jurídica dos recursos* materiais e humanos; c) *proporcionalidade da prestação* (em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade)⁶⁶.⁶⁷

Dai o reconhecimento da possibilidade de limitação econômica do poder público quando da efetivação dos direitos sociais à prestação (respeitada a dimensão tríplice apresentada por Sarlet), a qual representa um dos maiores obstáculos à designada reserva do possível, sendo que, nesses casos, demonstra-se impossível tal efetivação.

Porém, há que se destacar que a reserva do possível, nos moldes evidenciados pelo julgamento no Tribunal Constitucional Alemão, mostra-se bastante diferente da realidade brasileira, pois a Alemanha, nas décadas que se seguiram a Segunda Grande Guerra, apresentou significativos avanços quanto aos indicadores sociais, de modo que ela (reserva do possível) foi colocada em situação bem mais avançada que no Brasil, nesse quesito.⁶⁸

A efetivação dos direitos sociais sob a *reserva dos cofres cheios* equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica, ou seja, a simples colocação da reserva do possível como obstáculo à efetivação dos direitos sociais, não basta, vez que se assim entendêssemos haveríamos de aceitar a efetividade dos direitos sociais somente quando estivéssemos sob os auspícios de um Estado com os cofres cheios.⁶⁹

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 481.

⁶⁶ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 30: “O mínimo existencial e os direitos sociais sujeitam-se ao princípio da razoabilidade”.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 304: “[...] há como sustentar que a assim designada **reserva do possível** apresenta pelo menos uma **dimensão tríplice**, que abrange a) a efetiva *disponibilidade fática dos recursos* para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a *disponibilidade jurídica dos recursos* materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da *proporcionalidade da prestação*, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade”. (*grifos inexistentes no original*)

⁶⁸ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos: reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, I vol., p. 149: “A despeito de suas dimensões territoriais reduzidas, a Alemanha conseguiu tornar-se o maior exportador mundial, ostentando competitividade em setores econômicos os mais variados. O crescimento alemão nas décadas que se seguiram à Segunda Grande Guerra foram significativos também no que se refere aos indicadores sociais”.

⁶⁹ CANOTILHO, 2003, p. 481. No mesmo sentido KRELL, 2002, p. 54: “Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de **caixas cheias** do Estado significa **reduzir a sua eficácia a zero**; a subordinação aos ‘condicionantes econômicos’ relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados ‘direitos de segunda categoria’. Num país com um

Tem-se ciência de que os direitos sociais a prestações geram enormes custos para o Estado; de outro lado, garantir a liberdade, a segurança e a propriedade (a exemplo) também exige uma grande parcela de investimentos por parte dele. Inegável, porém, que os direitos sociais requerem maior investimento, sendo incoerente, então, desconsiderar a reserva do possível neste cenário; mas de outro lado, ela não deve representar um impeditivo absoluto⁷⁰, pois assim haveria um desvirtuamento excessivo em seu reconhecimento.⁷¹

Sintetiza Eros Roberto Grau que a Constituição não deveria prometer o impossível, pois a efetivação dos direitos sociais encontra limites em questões econômicas, ficando à mercê de recursos disponíveis.⁷²

O nível de efetivação dos direitos sociais, portanto, deve ser maximizado, de modo que não ocorra o total desvirtuamento da reserva possível; afinal, nos moldes alemães, a questão que a envolve se pauta na delimitação do teto máximo, enquanto no Brasil, a questão volta-se para o mínimo essencial.⁷³

Neste cenário, deve-se observar o grau de essencialidade e o grau de excepcionalidade, de modo que quanto mais essencial for a pretensão almejada, mais excepcional deverão ser os motivos justificadores para que não seja ela atendida.⁷⁴

Conforme Canotilho, a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social, mesmo considerando que tal garantia resulta de um dever indeclinável dos poderes públicos, os quais têm o dever de primar pela efetivação da dignidade da pessoa humana.⁷⁵

Temos, em regra, que os direitos sociais devem ser efetivados, incumbindo aos três poderes: legislativo, executivo e judiciário envidar esforços para tal efetivação, obviamente respeitando as reservas econômicas e orçamentárias. Porém, quando provocado, o judiciário deve atentar-se com imensa cautela quando invocada a reserva do possível, afinal não poderá esta ser utilizada simplesmente como obstáculo à efetivação dos direitos sociais.⁷⁶

Considerando que os recursos não sejam suficientes “[...] deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida), onde sua

dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, o conceito de ‘redistribuição’ (*Umverteilung*) dos recursos ganha uma dimensão completamente diferente”.

⁷⁰ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 99-100: “Então, se for certo que a competência orçamentária do legislador deve ser ponderada com os direitos fundamentais sociais, ela não pode constituir um princípio absoluto, posição inclusive sufragada pelo Supremo Tribunal Federal”. (*grifos inexistentes no original*)

⁷¹ SABEDRA, Lisianne. Direitos sociais, aplicação judicial e ponderação. In: **Revista da Ajuris**, vol. 35, n. 112, dez/2008, p. 170-171. No mesmo sentido HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 220-221.

⁷² GRAU, 2005, p. 123-124.

⁷³ SGARBOSSA, 2010, I vol., p. 149-152.

⁷⁴ AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 214-216.

⁷⁵ CANOTILHO, 2003, p. 481.

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 369: “A realização dos direitos fundamentais é, neste sentido, um importante *problema de competência constitucional*: ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as <<prestações>> integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais”.

aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde”.⁷⁷

Mas, mesmo diante da escassez de recursos públicos, o Estado não se isenta de responsabilidades quanto à efetivação dos direitos sociais, devendo promover ao menos o mínimo nessa seara.⁷⁸

Em relação ao caso concreto, incumbe-se, então, ao Poder Judiciário a análise da questão orçamentária (pois cabe ao Estado comprovar as limitações orçamentárias) para que somente assim, possa decidir de maneira adequada. De toda sorte, alguns casos certamente irão clamar decisões mais céleres, para as quais não haverá aquela possibilidade, mas sempre a prioridade deve ser favorável a maior reflexão.⁷⁹

Com isso, é possível concluir que mesmo diante da escassez orçamentária do Estado, estará ele ainda obrigado a efetivar os direitos sociais, mesmo que em condições minimamente essenciais para a coletividade, pois somente assim estará se desincumbindo de sua atividade estatal, sendo que ao Judiciário incumbe o dever de exigir tal cumprimento dos poderes responsáveis.

Ao magistrado resta o dever constitucional de conferir proteção aos direitos sociais, incumbindo a ele (enquanto destinatário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva) um dever-poder de atuação.⁸⁰

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio. *A gestão urbana do medo e da insegurança: violência, crime e Justiça Penal na sociedade brasileira contemporânea*, São Paulo : EDUSP, 1996.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001.
- AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BECKER, Werner. *El liberalismo clásico y el liberalismo democrático*, Madrid : Revista Sistema, nº 47, Marzo 1982.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Universidade de Brasília : Brasília, 1993.
- _____. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2009.

⁷⁷ KRELL, 2002, p. 53.

⁷⁸ OLIVEIRA, 2007, p. 322.

⁷⁹ RUIZ, 2008, p. 47.

⁸⁰ ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Salvador: Juspodvm, 2006, p. 183.

- BRANDÃO, Paulo de Tarso. Falta de recursos do estado, direitos fundamentais e escolhas democráticas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BRITO, Carlos Ayres. *Distinção entre 'controle social de poder' e 'participação popular'*. Revista Trimestral de Direito Público, vol. II, 1993.
- CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição*. Coimbra : Coimbra, 1994.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia : a regra da maioria como critério de legitimação política*. São Paulo : EDUSP, 1991.
- COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo) constitucionalismo : un analisis metateorico, in "Neoconstitucionalismo"*, Miguel Carbonnel (org.), Madrid : Trotta, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007, 1 vol.
- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- _____. O Estado garantidor: claros – escuros de um conceito. In: AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, José Nelson de Miranda (Coord.). *O direito e o futuro – o futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.
- FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade: uma introdução à política do direito*. São Paulo : EDUSP, 1976.
- _____. *A crise constitucional e a restauração da legitimidade*. Porto Alegre : Fabris, 1985.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição de 1988. Legitimidade. Vigência e eficácia. Supremacia*. São Paulo : Atlas, 1989.
- _____. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo : Max Limonad, 1999.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, São Paulo : Saraiva, 1989.
- FERREIRA, Silvia Sette Whitaker. *Participação Popular: a cidadania ativa e a produção do direito*. São Paulo : EDPUC-SP, 1994.

- FIORI, José Luís. *O federalismo diante do desafio da globalização*, in “*A federação em perspectiva : ensaios selecionadas*”, Orgs. Rui Brito Álvares Affonso e Pedro Luiz Barros Silva, São Paulo : FUNDAP, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. Realismo e utopia constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Org.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- HRBEK, Rudolf. *Federalismo e processo de integração na Europa*, in “*Federalismo na Alemanha e no Brasil*”, Orgs. Wilhelm Hofmeister e José Mário Brasiliense Carneiro, Série Debates, nº 22, Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 2002.
- KELLER, Arno Arnoldo. *A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no Estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.
- KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- KYMLICKA, Will. *Multiculturalismo liberal e direitos humanos*, in “*Igualdade, diferença e direitos humanos*”, Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (orgs.), Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2008.
- YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Morimizato. *O novo papel do judiciário e dos magistrados na sociedade contemporânea: reflexões em tempos de reforma*. Curitiba: Juruá, 2006.
- LÁZARO, Ángel. *Los principios de discriminación positiva y protección de las minorías como fundamento de una representación política específica de las mujeres*. Tradução livre. In: RIDAURA MARTÍNEZ, Maria Josefa; AZNAR GOMES, Mariano J. (coord.) *Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LEIS, Héctor Ricardo. *Globalização e democracia : necessidade e oportunidade de um espaço público transnacional*, in “*Revista Brasileira de Ciências Sociais*”, São Paulo, nº 28, ano 10, 1995.
- MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*. Notre Dame Press: University of Notre Dame, 1984.
- MADRUGA, Sidney. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- MAGALHAES, José Luiz Quadros de. *Poder Municipal : paradigmas para o estado constitucional brasileiro*, Belo Horizonte : Del Rey, 1997.
- MARITAIN, Jacques. *El Hombre y el Estado*. Buenos Aires : Guillermo Kraft, 1952.
- MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. (coletânea original: Jurgen Schwabe)*. Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005.
- MELLO, Celso Antônio B. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. 7ª tirag. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, tomo IV.
- MULLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

- NAVES, Márcio Bilharinho. *Marx : ciência e revolução*. São Paulo : Moderna, 2000.
- NEME, Eliana Franco; RODRIGUES, Ney Lobato. Algumas considerações sobre o fornecimento de medicamentos pelo Estado como instrumento de efetivação do direito constitucional à saúde. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; GOTTEMS, Claudinei J. (Org.) *Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição brasileira*. Birigui: Boreal, 2008, p. 116. No mesmo sentido BRANDÃO, 2007.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- NINO, Carlos S. *Derecho, moral y política*, Barcelona : Ariel, 1994.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino. Administração pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. In: CLÈVE. Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coords.). *Direitos Humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- OLIVEIRA, Flávio Luís de; FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. O direito fundamental ao procedimento adequado: o procedimento interdital como garantia de inclusão social. In: ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (Orgs.). *Constituição e inclusão social*. Bauru: Edite, 2007.
- OHMAE, Kenichi. *O fim do Estado-Nação*. Rio de Janeiro : Campus, 1999.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Ética pública-ética privada. Anuario de Filosofía del Derecho, XIV, Madrid: Doxa, 1997.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.
- PLATÃO. *A República*. Martins Fontes : São Paulo, 1991.
- PRIETO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, in "Neoconstitucionalismo", Miguel Carbonnel (org.), Madrid : Trotta, 2003.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997. p. XIII – XIV.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo : Saraiva, 1986.
- RIDAURA MARTÍNEZ, Maria Josefa; AZNAR GOMES, Mariano J. (coord.) Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROCHA, Carmem Lúcia A. *O município no sistema constitucional brasileiro*. Belo Horizonte : EDUFMG, 1982.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca do sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia*. Novos estudos jurídicos. Vol. 13, n. 2, jul-dez/2003. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí. p. 77-92.
- RUIZ, Alicia E. C. La realización de los derechos sociales en un Estado de derecho. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues; et all (Orgs.). *Constituição e Estado social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SABEDRA, Lisianne. Direitos sociais, aplicação judicial e ponderação. In: *Revista da Ajuris*, vol. 35, n. 112, dez/2008, p. 170-171.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos: reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, I vol.
- SILVA, José A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Malheiros, 1999.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *A dimensão cultural do direito fundamental à alimentação*. Birigui: Boreal, 2013.
- _____. *Tutela coletiva do direito à saúde*. Franca: Lemos e Cruz, 2010.
- _____; GOTTEMS, Claudinei J. (Org.) *Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição brasileira*. Birigui: Boreal, 2008.
- _____; PICCIRILO, Miguel Belinati (Org.). *Inclusão social e direitos fundamentais*. Birigui: Boreal, 2009.
- _____; ATIQUE, Henry (Org.). *Ensaio sobre direitos fundamentais e inclusão social*. Birigui: Boreal, 2010.
- _____; ANSELMO, José Roberto (Org.). *Estudos sobre direitos fundamentais e inclusão social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea*. Birigui: Boreal, 2010.
- _____; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (Org.). *Estudos contemporâneos de direito: desafios e perspectivas*. Bauru: Canal6, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- VIERA, Oscar Vilhena A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, nº 6, ano 4, 2007, pp. 29-52.
- VILLALÓN, Pedro Cruz. *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, in “Legitimidade e legitimação da justiça constitucional”, 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra : Coimbra, 1995.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- TORRES, Ricardo Lobo. As relações entre receita e despesas na Constituição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2007.
- ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Salvador: Juspodvm, 2006.