

Princípio da proibição da insuficiência: o dever do Estado de proteção mínima aos direitos sociais fundamentais

Carolina Maria Gurgel Senra*

Sumário

1. Introdução. 2. Da dimensão positiva dos direitos fundamentais. Dos deveres estatais de prestação. Dos direitos sociais subjetivos. 3. Do princípio da proibição da proteção insuficiente. Conceito e aplicabilidade. 4. Da objeção à reserva da possível frente à omissão plena ou parcial do Estado na efetivação de direitos sociais. 5. Da atuação do Ministério Público e do papel do Judiciário na concretização dos direitos sociais. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo tem como tema o princípio da proibição da insuficiência ou da proteção insuficiente, sob a perspectiva do dever do Estado de efetivação mínima dos direitos sociais previstos na Constituição de 1988, definidos como direitos subjetivos *prima facie* à realização de políticas públicas prioritárias. Analisa-se a dimensão positiva dos direitos fundamentais e os parâmetros para a verificação da inconstitucionalidade decorrente da omissão total ou parcial do Poder Público no cumprimento de seus deveres prestacionais aos quais se encontra vinculado. A abordagem se insere no contexto histórico iniciado no período pós 2ª Guerra, de ascendência do neoconstitucionalismo, na aceção de que a previsão constitucional almeja real concretude na efetivação do seu caráter dirigente, visando o alcance dos valores primordiais estabelecidos na Lei Maior. Revisitamos a definição de núcleo essencial da Constituição, cotejando-o com o conceito de mínimo existencial, com o objetivo de mitigar a defesa da reserva do possível, frente aos imperativos dos direitos fundamentais e da existência humana digna. Para tanto, vimos expor os princípios da proibição da proteção insuficiente ou deficiente (*Untermassverbot*) e da proibição do excesso (*Übermassverbot*) no caso concreto, como dupla dimensão da regra da proporcionalidade, em sua subdivisão, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ao final, examina-se a instrumentalização do princípio da proibição da proteção insuficiente através dos meios de controle e de limitação do poder público

* Pós-graduanda em Tutela Coletiva e Políticas Públicas pelo Instituto de Educação e Pesquisa do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – IEP MPRJ. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

pela atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas afetas a direitos sociais consagrados no texto constitucional.

Abstract

The present article has as its theme the principle of prohibition of insufficiency or insufficient protection, under the perspective of the State's duty of minimum realization of the social rights provided for in the 1988 Constitution, defined as subjective rights prima facie to the realization of priority public policies. The positive dimension of fundamental rights and the parameters for verifying unconstitutionality resulting from the total or partial omission of the Public Power in the performance of its service duties to which it is linked are analyzed. The approach is inserted in the historical context initiated in the post-WWII period, of ascendancy of neoconstitutionalism, in the sense that the constitutional provision aims at real concreteness in the realization of its leading character, aiming at reaching the primordial values established in the Major Law. We revisit the definition of an essential core of the Constitution, comparing it with the concept of an existential minimum, with the objective of mitigating the defense of the reserve of the possible, in face of the imperatives of fundamental rights and dignified human existence. Therefore, we have exposed the principles of the prohibition of insufficient or deficient protection (Untermassverbot) and the prohibition of excess (Übermassverbot) in the specific case, as a double dimension of the proportionality rule, in its subdivision, adequacy, necessity and proportionality in the strict sense. In the end, we examine the instrumentalization of the principle of prohibition of insufficient protection through the means of control and limitation of public power through the action of the Public Ministry and the Judiciary in the implementation of public policies related to social rights enshrined in the constitutional text.

Palavras-chave: Direitos Sociais Fundamentais. Políticas Públicas. Proibição da Proteção Insuficiente. Vinculação. Controle.

Keywords: Fundamental Social Rights. Public policy. Prohibition of Insufficient Protection. Linking. Control.

1. Introdução

A previsão constitucional dos direitos fundamentais no segundo pós-Guerra emergiu como resposta oportuna às violações de direitos pelo Estado Totalitário, inicialmente com efeito no absenteísmo estatal frente às liberdades individuais e, mais adiante, na configuração do Estado de Bem-estar Social, caracterizado por uma atuação estatal positiva no sentido da satisfação do dever de proteção dos cidadãos frente às injustiças sociais.

Nessa linha de evolução histórica, surge o movimento do neoconstitucionalismo, definido pela doutrina como superação da antinomia entre o naturalismo e o positivismo¹, o qual apresenta o novo papel da Constituição, que deixa de ser um documento

¹ MORAES, G. P. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2018. p. 23.

eminentemente político, de baixa imperatividade, para assumir posição de supremacia, com a previsão de valores associados à dignidade da pessoa humana e a direitos fundamentais, materializados em princípios com eficácia normativa e superioridade hierárquica sobre as demais iniciativas do Poder Público, que a eles ela passa a estar vinculado.²

Assim, em seguida aos primeiros direitos fundamentais reconhecidos, classificados como de defesa ou a ações negativas (abstenções) do cidadão contra o Estado, surgem os direitos fundamentais que demandam uma ação estatal positiva, decorrentes de normas que garantem direitos a prestações em sentido amplo.³

Voltando-se para a clássica concepção geracional dos direitos fundamentais, temos nos direitos de primeira geração a ideia de limitação dos poderes do Soberano, cujo poder de agir circunscreve-se à lei.⁴ A concepção de igualdade fundamenta o surgimento dos chamados direitos fundamentais de segunda geração, atrelados ao exercício promocional de direitos econômicos, sociais e culturais pelo Estado. Mais adiante, os direitos difusos, decorrentes do pluralismo e do dever de solidariedade passam a compor os denominados direitos fundamentais de terceira geração, os quais vêm demonstrar a ineficácia dos tradicionais instrumentos jurídicos de proteção, não havendo aqui a determinação específica dos titulares das pretensões.

As gerações, como cediço, não representam o reconhecimento estanque de direitos fundamentais diversos em determinado momento histórico, pelo contrário, as categorias de direitos associam-se no processo evolutivo de democratização nos sucessivos momentos vivenciados pela sociedade e, à luz do princípio da máxima efetividade, ampliam seu espectro, dando-lhes a devida extensão sufragada pelo Estado Democrático de Direito.

O ponto de especial interesse deste artigo toca os direitos fundamentais a prestações (dimensão positiva) do Estado, correlatos aos direitos sociais sistematizados na Constituição de 1988, não obstante o reconhecimento pela doutrina de direitos sociais de defesa (dimensão negativa), de não intervenção do Estado na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados constitucionalmente.⁵

A pluralidade de direitos fundamentais previstos na Constituição torna inevitável o conflito entre esses direitos, sobretudo através da colisão entre princípios, que deve ser solucionada pela técnica da ponderação preconizada por Alexy, à luz do caso concreto, de forma flexível, ante o caráter compromissório dos textos constitucionais contemporâneos, guiada pelo princípio da proporcionalidade.⁶

² BARCELLOS, A. P. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e políticas públicas. *In*: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. 240: 83/103. abr./jun. 2005. p. 85.

³ ALEXY, R. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 433.

⁴ SHAFFER, J. Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 31.

⁵ SARLET, I. W. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Direitos Fundamentais de Justiça nº 1 – out./dez. 2007. p 174.

⁶ ANDRADE, C. G. C. Coelho de. Mandados Implícitos de Criminalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 45.

O princípio ou regra da proporcionalidade tem uma dupla dimensão, podendo ser aplicado como instrumento para concretização das normas de direitos fundamentais, mediante o controle contra os excessos estatais ou, para finalidade oposta, contra a omissão ou a ação insuficiente dos poderes do Estado. Fala-se, destarte, em princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*) e princípio da proibição da insuficiência (*Untermassverbot*)⁷⁻⁸

Consoante asseverado por Carlos Gustavo Coelho de Andrade, citando o autor alemão Claus Wilhelm Canaris, na dimensão da vedação da insuficiência, parte-se do reconhecimento da existência de um imperativo de tutela estatal de um direito fundamental, cuja efetivação depende da suficiência dos meios a serem empregados para essa proteção, sendo vedada a proteção deficiente.⁹

O princípio da proibição da proteção insuficiente está, assim, relacionado ao reconhecimento do dever do Estado de proteção mínima aos direitos fundamentais, ou seja, ao provimento de um mínimo existencial, em observância ao postulado da dignidade da pessoa humana. Tal princípio é ainda pouco abordado na doutrina pátria, sobretudo em relação a direitos sociais, encontrando maior menção quando aplicado na esfera penal, considerando os bens jurídicos penalmente tutelados como concretização de valores constitucionais ligados a direitos fundamentais.¹⁰ No entanto, é pertinente a sua aplicação aos direitos fundamentais de natureza social de caráter prestacional¹¹, hipótese mais recorrente na doutrina e jurisprudência alienígena, sobretudo de origem germânica.¹²

⁷ SILVA, V. A. O proporcional e o razoável, Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50. p. 28. Segundo o autor Virgílio Afonso da Silva, "O termo *Untermassverbot* foi utilizado pela primeira vez, ao que tudo indica, por Claus-Wilhelm Canaris, "Grundrechte und Privatrecht", AcP 184 (1984), p. 228, e ganhou importância na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão a partir da segunda decisão sobre o aborto. Cf. BVerfGE 88, 203 [245]".

⁸ Conforme acentua SARLET, ob. cit. p. 192, no que diz respeito à terminologia adotada que, no seu caso, é a de proibição de insuficiência, "são várias as opções disponíveis na literatura, como dão conta as contribuições de J. J. G. Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 267 e ss. (proibição por defeito, entre nós adotada por L. L. Streck, "Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente...", p. 243 e ss. e L. Feldens, "A Constituição Penal...", p. 108 e ss., que fala em proteção deficiente, e J. Freitas, "O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais", p. 38 e ss (proibição de inoperância).".

⁹ ANDRADE, C. G., Op. cit. p. 50.

¹⁰ STRECK, L. L. Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 97, Porto Alegre: AJURIS, 2005. p. 171/202.

¹¹ Ao longo da pesquisa desenvolvida para elaboração deste artigo, foram encontrados inúmeros trabalhos de autores pátrios que, apesar de apenas mencionarem o princípio da proibição da proteção insuficiente em seus textos ou, por vezes, sequer nomeá-lo, adentram no tema da omissão estatal na implementação de direitos fundamentais de natureza social e dos legítimos instrumentos de controle e efetividade de tais direitos (i.g. os artigos citados dos autores Daniel Sarmiento, Ingo Wolfgang Sarlet, Ana Paula de Barcellos).

¹² Para maior aprofundamento no direito comparado, v. Virgílio Afonso da Silva, op. cit. p. 28, nota 16: "Sobre a aplicabilidade da regra da proporcionalidade também aos casos de medidas insuficientes, cf. a resposta de Robert Alexy aos questionamentos de Christian Calliess, seguidos à conferência do próprio Robert Alexy, "Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit". O texto da conferência e a transcrição dos debates serão publicados no próximo volume da VVDSTRL (uma tradução da conferência, feita por Luis Afonso Heck, será publicada, provavelmente ainda em 2002, na Revista dos Tribunais). Cf. também Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 115-122 e 151 ss. Sobre a discussão acerca do conceito de *Untermaßverbot*, cf. Erhard Denninger, "Vom Elend des Gesetzgebers zwischen

Assevera-se que os direitos sociais previstos na Constituição não se enquadram nas espécies de normas programáticas ou de eficácia limitada, mas configuram verdadeiros direitos subjetivos *prima facie*, os quais, em razão da sua natureza principiológica, demandam um processo de ponderação no caso concreto para que haja o seu reconhecimento definitivo.¹³

Para auxiliar esse processo, fazemos uma breve análise acerca da incidência das sub-regras da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), conscientes do desafio do estabelecimento de parâmetros de instrumentalização de controle do poder político estatal na implementação de direitos sociais fundamentais.

Ainda, por entendermos estar diretamente ligado ao tema e às suas consequências práticas, nos pronunciamos acerca do argumento da reserva do possível para justificar a omissão estatal ou insuficiência das políticas públicas eleitas para concretização de direitos sociais de natureza fundamental e de suas prioridades.

Por fim, enfatizamos a importância da atuação do Ministério Público na tutela dos direitos sociais violados pela omissão do Estado e o papel do Poder Judiciário em prol da efetividade de direitos sociais fundamentais, à luz do princípio da proibição da proteção insuficiente, dos princípios da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

A presente pesquisa tem seu desenvolvimento baseado no método hipotético dedutivo, a partir de estudos bibliográfico e jurisprudencial, com a observação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, da qual decorre o postulado da proibição da proteção insuficiente por parte do Estado. Buscamos identificar as providências estatais mínimas com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação e a sindicabilidade de tais direitos pelos órgãos legitimados para efetivação das políticas públicas fundamentais.

2. Da dimensão positiva dos direitos fundamentais. Dos deveres estatais de prestação. Dos direitos sociais subjetivos

As constituições contemporâneas, especialmente aquelas promulgadas após a Segunda Guerra Mundial, inserem-se no conceito de neoconstitucionalismo, que, diversamente do positivismo prevalente nos regimes autoritários, apresenta, em seu aspecto material, dispositivos com elevados valores éticos e morais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais,

Übermaßverbot und Untermaßverbot, p. 561 ss.; Johannes Dietlein, "Das Untermaßverbot: Bestandaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur", ZG 10 (1995), p. 134 ss.; Karl-E. Hain, "Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot", DVBl. (1993), p. 982 ss.; do mesmo autor, "Das Untermaßverbot in der Kontroverse: eine Antwort auf Dietlein", ZG 11 (1996), p. 80 ss., além da já citada obra de Canaris. Em língua portuguesa, cf. J.J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da constituição, p. 265. Canotilho, contudo, prefere o termo "proibição por defeito".

¹³ SARMENTO, D. A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros éticos-jurídicos. In: <http://files.camolinaro.net/200000426-33a4135980/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em 28.01.2020, p. 15.

com *status* de norma jurídica dotada de superioridade hierárquica sobre as demais iniciativas do Poder Público, não sujeitos à discricionariedade política ordinária, de tal modo que qualquer agente político deve estar a ele vinculado.¹⁴

Exsurgem do texto constitucional direitos fundamentais cuja observância impõe ao Estado deveres de proteção que exigem uma atuação positiva, materializada em determinada prestação, denominados direitos a prestação em sentido estrito, tidos como os direitos sociais por excelência, enumerados no art. 6º da Constituição¹⁵ – o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção, à maternidade, à infância e o direito dos desamparados à assistência - concebidos com o propósito de atenuar desigualdades e permitir o exercício da liberdade pelos indivíduos mais necessitados.

Majoritariamente, a doutrina sustenta que, em regra, os direitos sociais previstos na Lei Maior dependem de conformação legislativa para produção de efeitos plenos, dado o seu natural condicionamento à conjuntura econômica nacional em cada momento histórico, não havendo um comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, decisões que devem ficar a cargo de órgão político, e não judicial. Tais normas, entretanto, não seriam desprovidas de eficácia, eis que servem de parâmetro de controle de constitucionalidade de medidas restritivas desses direitos, ou seja, teriam um caráter de defesa, enfatizado pelos autores que sustentam a existência de uma cláusula da vedação do retrocesso.¹⁶

Assim, a partir da análise da dimensão econômica histórica do país, é comum a arguição da reserva do possível para eleição de prioridades pelo órgão político, ao qual, considerando a escassez de recursos e a impossibilidade de implementar todos os direitos simultaneamente, competiria eleger a realização de ações e programas de governo para a consecução dos fins sociais a que aludem à Constituição.

Mais adiante, adentraremos na análise da tese da reserva do possível, uma vez que com este trabalho pretendemos mitigar sua oponibilidade pelo Estado, sobretudo quando é arguida genericamente como defesa para justificar a não realização de ações de governo tendentes ao cumprimento do dever de proteção a direitos sociais de natureza fundamental.

Apesar de defender que os direitos sociais dependeriam, em regra, da atuação do Legislativo e do Executivo para que passem a ter plena eficácia, Gilmar Mendes menciona que a doutrina tenta extrair uma garantia a um grau mínimo de efetividade dos direitos a prestação material. O mínimo social vem expressamente acolhido pela Constituição brasileira, no art. 201, parágrafo 2º, quando estabelece o salário-

¹⁴ BARCELLOS, A. P. Op. cit. 85/86.

¹⁵ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁶ MENDES, G. F. Curso de Direito Constitucional. 14ª edição. Brasília: Saraiva. 2019. p.164.

mínimo como piso dos benefícios previdenciários, e o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência sedimentada no sentido de que essa norma é autoaplicável.¹⁷

Com efeito, existem importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal que reconhecem obrigações mínimas do Estado na concretização de direitos sociais, as quais autorizam a imposição judicial de providências concretas, sem implicar violação à separação dos poderes nem se obstar pela defesa da reserva do possível, a exemplo do direito à educação infantil, por meio do acesso de crianças a creches e unidades de pré-escola (CRFB, art. 208, V).¹⁸

Assim, há determinados direitos sociais consagrados na Constituição que consubstanciam direitos subjetivos oponíveis ao Estado, dada a sua vinculação aos direitos fundamentais e ao postulado da dignidade da pessoa humana, em relação aos quais a eficácia da norma não ficaria condicionada à legislação ordinária e ao poder executivo, sendo, portanto, sindicáveis pela via judiciária.

Isso não significa, no entanto, que haveria direitos sociais subjetivos definitivos, eis que sua configuração dependeria de um processo de ponderação, pautado na proporcionalidade, mediante a análise dos elementos fáticos e jurídicos do caso concreto, o que os caracteriza como direitos subjetivos *prima facie*, conforme ensina Daniel Sarmento, citando o modelo defendido por Robert Alexy, Martin Borowsky, Ingo Wolfgang Sarlet, Carlos Bernal Pulido, Miguel Carbonell e Paulo Gilberto Cogo Leivas, entre outros autores.¹⁹

Explica o autor o aludido modelo adotado pelos diversos expoentes da doutrina citados acima:

De acordo com ele, os direitos sociais são direitos subjetivos que, contudo, possuem natureza principiológica, sujeitando-se a um processo de ponderação no caso concreto, anterior ao seu reconhecimento definitivo. Nesta ponderação, comparece, de um lado, o direito social em jogo, e, do outro, princípios como os da democracia e da separação de poderes, além de eventuais direitos de terceiros que seriam afetados pela garantia do direito contraposto. A possibilidade da tutela judicial, bem como o seu conteúdo, dependerão do resultado da ponderação, que, como sói acontecer, deve ser pautado pelo princípio da proporcionalidade. Esta solução é profundamente comprometida com a efetivação dos direitos sociais, mas leva em consideração todas as dificuldades fáticas e jurídicas envolvidas neste processo, bem como a existência de uma ampla margem de liberdade para os poderes políticos neste

¹⁷ CANOTILHO, J. J. G., *apud* MENDES, op. cit. p. 165.

¹⁸ RE 410.715, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005.

¹⁹ Op. cit. p.16/17.

campo, decorrente não só da sua legitimidade democrática, como também da sua maior capacidade funcional.²⁰

Deste modo, a interpretação do parágrafo 1º do art. 5º da Constituição deve se dar no sentido de que as normas definidoras de direitos sociais, previstos em seu art. 6º - as quais, para Fabio Konder Comparato, significam, sob o aspecto concreto, a implementação de políticas públicas (*policy*) pelo Poder Público²¹ - têm eficácia imediata, não se sujeitando à conformação legislativa para que possa se exigir seu cumprimento, ou seja, correspondem a direitos subjetivos, notadamente de natureza coletiva, cuja tutela jurisdicional, todavia, deve perpassar pelo método da ponderação, utilizando-se a regra da proporcionalidade.

3. Do princípio da proibição da proteção insuficiente. Conceito e aplicabilidade

Na doutrina consolidada, é conhecida a classificação das normas em regras e princípios, os quais se diferenciam não com base em critérios como generalidade e especialidade da norma, mas levando em conta sua estrutura e forma de aplicação. Regras apresentam comandos definitivos e aplicam-se pela simples subsunção. Por sua vez, princípios dependem, para aferição de seu conteúdo definitivo, do sopesamento com princípios colidentes, conceituando-se, assim, como “normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”, intitulados por Alexy como “mandamentos de otimização”.²²

Ainda, segundo Alexy, existe clara conexão entre a natureza dos princípios e a máxima da proporcionalidade, mais conhecido como princípio da proporcionalidade no direito pátrio. Isso porque a proporcionalidade, com suas sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, advém logicamente da natureza dos princípios. Para o doutrinador alemão, “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas”.²³

No direito pátrio, para boa parte da doutrina, a aplicação do princípio da proporcionalidade encontra fundamento no chamado princípio do Estado de Direito, havendo, ainda, quem o fundamente nos mais diversos dispositivos constitucionais,

²⁰ Op. cit. p.17.

²¹ COMPARATO, F. K. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 67/89. 2001. p. 77.

²² Op. cit., p. 23.

²³ Op. Cit. p. 116/118.

como o art. 5º, II (legalidade) e o art. 1º, III (dignidade)²⁴, havendo manifestações na jurisprudência sobre sua aplicação como princípio geral do direito.²⁵

Para o autor Virgílio Afonso da Silva, citando a tese de Alexy, a busca por uma fundamentação jurídico-positiva da regra²⁶ da proporcionalidade é fadada ao insucesso, eis que sua exigibilidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais.²⁷

Diversos autores, citando, inclusive o direito constitucional germânico, tendem a utilizar o princípio da proporcionalidade como sinônimo da proibição do excesso (*Übermassverbot*)²⁸, entendido como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais. No entanto, vem sendo reconhecida a incidência da dupla dimensão do princípio da proporcionalidade, do qual derivam a proibição do excesso (*Übermassverbot*) e a proibição da insuficiência (*Untermassverbot*), com finalidades opostas, na última hipótese para os casos de omissão ou ação estatal insuficiente.²⁹

Conforme preleciona Ingo Wolfgang Sarlet, em sua dupla acepção o princípio da proporcionalidade atua sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.³⁰

Nas palavras de Sarlet:

Os responsáveis pela efetivação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso de direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão pela ou parcial do legislador e administrador) causam impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício) – pra alguns, da razoabilidade no que diz com a relação entre os meios e os fins, respeitando o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer proteção a outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia

²⁴ SILVA, V. A. O proporcional e o razoável. In Revista dos Tribunais n. 798. Ano 91, abr. 2002. p. 42.

²⁵ MENDES, G. F. Op. cit. p. 225.

²⁶ O autor discorre, em seu citado artigo intitulado “O proporcional e o razoável”, sobre diversos posicionamentos acerca do conceito técnico-jurídico adequado de proporcionalidade e conclui que proporcionalidade não é sinônimo de razoabilidade e que não pode ser considerada como princípio, conforme a classificação de Alexy, uma vez que não tem como produzir efeitos em várias medidas, ao contrário, é aplicado de forma constante, utilizando o método da subsunção.

²⁷ Op. cit. p. 43.

²⁸ MENDES, G. F. Op. cit. p. 225.

²⁹ SILVA, V. A. Op. cit. p. 26/27.

³⁰ Op. cit. p. 192.

do direito. Neste sentido, vale o registro de que a proibição a insuficiência assume particular ênfase no plano da dimensão positiva (prestacional) dos direitos fundamentais, o que remete, por sua vez, à questão do mínimo existencial (...).³¹

O princípio da proibição da proteção insuficiente, nesse contexto, está intrinsecamente ligado ao conceito de mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana, como resultante do dever do Estado de garantir condições materiais indispensáveis para uma vida digna a todos os cidadãos.

Somado a isso, consoante destaca Daniel Sarmiento, o princípio da máxima efetividade aplicável em relação a todos os demais direitos fundamentais, dentro do que seja fática e juridicamente possível, permite que pretensões que vão além do mínimo existencial sejam submetidas ao Judiciário, sujeitas à ponderação de interesses a ser feita em cada caso, entre o direito social em questão e os princípios concorrentes.³²

Na perspectiva subjetiva, definida por Guilherme Peña De Moraes, os direitos fundamentais conferem aos titulares a pretensão a que se adote um determinado comportamento, positivo ou negativo, em respeito à dignidade da pessoa humana.³³

Em nosso trabalho, utilizamos a análise da proporcionalidade como instrumento para verificação, no caso concreto, da violação de direitos fundamentais positivos, ou seja, de direitos a prestações pelo Estado, que venham a impor, no legítimo exercício do controle estatal, determinação judicial de ações estatais tendentes à satisfação de pretensões afetas a políticas públicas educacionais, assistenciais, na área da saúde, entre outras.³⁴

Na previsão constitucional dos direitos sociais fundamentais, considerados integrantes do núcleo essencial da Constituição, existe uma ordem de prioridades que vincula o legislador e o administrador, não passível à invocação apriorística de argumentos como reserva do possível ou escassez orçamentária, sobre os quais discorreremos com mais detalhes no próximo tópico deste trabalho.

Virgílio Afonso da Silva critica com absoluta razão a invocação da regra da proporcionalidade com caráter meramente retórico e não sistemático, o que se observa em decisões judiciais, inclusive do STF, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva ou inconstitucional, sem fazer referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, além de equipará-la, equivocadamente, com o conceito de razoabilidade.³⁵

³¹ Op. cit. p. 192/193.

³² Op. cit. p. 30.

³³ MORAES, G. P. Op. cit. p. 483.

³⁴ Entendemos que não há um rol pré-definido de direitos sociais de natureza fundamental, podendo, além dos direitos previstos no art. 6º, da CRFB, ser identificados outros no corpo da Constituição, de natureza prestacional que estejam atrelados ao postulado da dignidade da pessoa humana e à garantia do mínimo existencial.

³⁵ Op. cit. p. 31/32.

Conforme ensina Luiz Roberto Barroso, a razoabilidade é baseada no devido processo legal substancial e traduz-se na exigência de “compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins”.³⁶

Assim, retomando nosso tema, conclui-se que, em sendo a proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*) considerada uma das dimensões da regra da proporcionalidade, sua violação deverá ser aferida no caso concreto, mediante análise estruturada de suas sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, subdivisão esta que, conquanto não aplicada pelo STF, já se encontra bem salientada pela doutrina pátria.³⁷

Destarte, segundo a teoria de Alexy, perpassa-se, nesta ordem, pela análise do ato para saber se é o meio adequado para alcançar ou pelo menos fomentar o objetivo pretendido (adequação); se a realização do objetivo perseguido não pode ser promovida com a mesma intensidade por meio de outro ato que limite em menor medida o direito fundamental atingido (necessidade); se a medida tem peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido, mediante “um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.³⁸

No caso dos direitos sociais, diferentemente da hipótese de colisão entre direitos fundamentais, a possibilidade de tutela judicial pautada na regra da proporcionalidade dependerá do resultado da ponderação, em que comparece, de um lado, o direito social em jogo, e, do outro, princípios como os da democracia e da separação de poderes, além de eventuais direitos de terceiros que seriam afetados pela garantia do direito contraposto.³⁹

Não obstante ainda estarmos longe do ideal, dada a ausência da aplicação sistemática acima pelo STF, atualmente, a posição dominante na doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores é no sentido da inocorrência de ofensa ao princípio da separação dos poderes pelas decisões judiciais proferidas contra o Estado na efetivação de direitos fundamentais de natureza social consagrados na Lei Maior.⁴⁰

³⁶ BARROSO, L. R. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 23 (1998): 65-78. p. 66.

³⁷ SILVA, V. A. Op. Cit. p. 34.

³⁸ As referências à ideia de sopesamento no Direito Alemão e na teoria de Robert Alexy estão no citado artigo de Virgílio Afonso da Silva, nota de rodapé 60, p. 40.

³⁹ SARMENTO, D. Op. cit. p. 17.

⁴⁰ Neste sentido, emblemática decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, no Supremo Tribunal Federal: “A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal

Sob tal aspecto, a invocação do princípio da proibição da proteção insuficiente funciona perfeitamente como fundamento para o exercício do controle jurisdicional na hipótese de omissão total ou parcial do Estado na tutela de direitos sociais, sobretudo quando podemos aferir o seu genuíno significado, ainda que não expressamente, no posicionamento atual dos tribunais, conforme julgados mencionados no último tópico deste artigo.

4. Da objeção à reserva da possível frente à omissão plena ou parcial do Estado na efetivação de direitos sociais

Há ainda outra razão, não por simples retórica, mas de ordem essencialmente pragmática, para abordagem do Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente quando se almeja a tutela dos direitos sociais fundamentais no caso concreto, qual seja, fixar-se um contra-argumento à tese da reserva do possível ou da limitação orçamentária do Estado como impeditivo da sindicabilidade de tais direitos através do Poder Judiciário.

Não se pretende, por certo, abolir a avaliação da possibilidade orçamentária na realização de políticas públicas, que naturalmente envolve custos, por vezes elevados, admitindo-se a incidência da reserva do possível, compreendida “não como bloqueio à tutela jurisdicional dos direitos sociais, mas como um critério importante para a sua parametrização”⁴¹.

É cediço que a verificação do descumprimento da máxima da proporcionalidade sob a ótica da vedação da proteção deficiente dos direitos prestacionais perpassa, necessariamente, pela dimensão economicamente relevante desses direitos, pois dependem sempre da disponibilidade financeira daquele quem deva promover a implementação de políticas públicas. Entretanto, não é crível a justificativa apriorística de incapacidade financeira para o descumprimento pelo Estado de deveres constitucionais aos quais se encontra juridicamente vinculado, como se condicionados à “reserva do possível”, argumento comumente relacionado, entre outros aspectos,

que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. (Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário nº 410. 715-5/SP, julgado em 22/11/2005).

⁴¹ SARMENTO, Op. cit. p. 20.

com as competências constitucionais, o princípio da separação de poderes, a reserva de lei orçamentária e o princípio federativo.⁴²

Além de imoral, as omissões do agente público no atendimento de direitos básicos, como saúde, educação e assistência social à população que, autonomamente – em observância ao princípio da subsidiariedade –, não tem acesso a esses direitos, são vedadas por violação direta do texto constitucional. Portanto, quando verificado o desatendimento dessas prioridades essenciais, em favorecimento a direitos não fundamentais, impõe-se a adoção de medidas para tutela eficaz daqueles direitos, inclusive para a realização de políticas públicas prestacionais adequadas não ofertadas em razão de más escolhas feitas pelo legislador e pelo administrador.

Por certo, como dito alhures, é complexa a tarefa de definir prioridades, sobretudo nos Estados, como o brasileiro, com sérios problemas de escassez, sabendo-se que a alocação de recursos em determinado segmento, ainda que afeto a direitos essenciais, importa em retirar ou impedir o incremento de outras demandas igualmente essenciais.

Tais questões, todavia, merecem ser analisadas e dirimidas pelas sub-regras da proporcionalidade, em especial, pela técnica da ponderação, atentando-se para o princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, CRFB), que impõe ao Estado a busca pela otimização da gestão de políticas públicas, sobretudo quando venha a lidar diretamente com a efetivação de direitos sociais fundamentais consagrados na Lei Maior.

Ingo Wolfgang Sarlet resume, de maneira precisa, nossa objeção à utilização de forma falaciosa da reserva do possível, dada a problemática da escassez, frente à efetivação dos direitos sociais:

Neste contexto, dada a íntima conexão desta problemática com a discussão em torno da assim designada “reserva do possível” na condição de limite fático e jurídico à efetivação judicial (e até mesmo política) de direitos fundamentais – e não apenas dos direitos sociais, consoante já frisado – vale destacar que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível. Isso significa, em primeira linha, que se a reserva do possível há de ser encarada com reservas, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e

⁴² Sobre a origem, no direito alemão, da reserva do possível e suas dimensões, com farta citação de doutrina e jurisprudência alienígenas e maior aprofundamento do tema, veja-se SARLET, I.; FIGUEIREDO, M., *Op. cit.*, p. 186 e ss.

desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.⁴³

E continua Sarlet, mais adiante, em seu brilhante trabalho:

Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem “governa” – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais.⁴⁴

De igual sorte, na doutrina alienígena, José Joaquim Gomes Canotilho é crítico da concepção de reserva do possível, asseverando que:

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. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.⁴⁵

Em países como o Brasil, em que a desigualdade social é marcada pela precariedade do acesso por grande parte da população a direitos sociais absolutamente essenciais, como educação fundamental e saúde pública de qualidade, não obstante previsão constitucional expressa, impõe-se a adoção de medidas emergenciais voltadas ao alcance de patamares aceitáveis de equidade e ao alcance do bem comum, conforme objetivos consagrados no art. 3º da CRFB⁴⁶, sempre em busca do ideal de evolução, visando estancar a contínua violação dos ditames do Estado Democrático de Direito.

Fábio Konder Comparato igualmente aborda com veemência o que denomina desvio de perspectiva da doutrina, ao afirmar que vigoraria em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais o pressuposto implícito da “reserva do possível”:

⁴³ Ob. Cit., p. 191.

⁴⁴ Ob. Cit., p. 194.

⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2004. p. 481.

⁴⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É preciso, com urgência, corrigir esse desvio de perspectiva, pois ele equivale a esvaziar de toda força jurídica aquele conjunto de direitos fundamentais, da mais alta relevância em países subdesenvolvidos. Se o Estado não dispõe, como é óbvio, de condições materiais para atender a totalidade das demandas individuais de bens indispensáveis a uma vida digna, ele tem não obstante, inquestionavelmente, o dever constitucional de pôr em prática, com todos os meios ao seu alcance, as políticas públicas dirigidas à consecução desse objetivo. O desempenho dessa relevante função estatal não está, de modo algum, submetido à “reserva do possível”.⁴⁷

Em sede jurisprudencial, o Ministro Celso De Mello discorreu acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais:

[...] 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 essencial de fundamentalidade [...].⁴⁸

Destarte, é imperioso que o legislador e o administrador, no exercício de suas competências, voltem sua atuação, com absoluta prioridade, para a proteção dos direitos sociais, à preservação da dignidade da pessoa humana e à garantia do mínimo existencial, mediante enfrentamento sério e direto de todas as questões inerentes a sua violação, desde a busca pela disponibilização orçamentária até a consecução de ações e programas direcionados a diminuir os altos índices de descumprimento de deveres fundamentais impostos constitucionalmente ao Estado.

5. Da atuação do Ministério Público e do papel do Judiciário na concretização dos direitos sociais

Nas três vertentes da missão constitucional outorgada pelo art. 127 da Constituição de 1988 ao Ministério Público – defesa da ordem jurídica, do estado democrático e dos interesses sociais – encontra-se fundamento para sua legitimidade na busca pela concretização dos direitos sociais previstos na Lei Maior.

⁴⁷ Op. Cit. p. 74.

⁴⁸ ADPF n. 45, DJU de 04/05/2004.

Concretamente, deve o Ministério Público agir sempre que houver violação dos direitos sociais subjetivos expressamente garantidos pela Constituição, inclusive exigindo judicialmente o cumprimento do dever constitucional de se implementarem políticas públicas, o que perpassa pelo exame das peças orçamentárias e pela verificação do cumprimento pelo Poder Executivo das diretrizes, metas e objetivos dos orçamentos plurianuais, por exemplo, para impedir a redução de gastos nas áreas ligadas a direitos fundamentais.⁴⁹

Os instrumentos utilizados para exercício de seu *mister* estão previstos como funções institucionais na Constituição da República e Legislação Infraconstitucional, sendo, neste caso, precipuamente, a instauração de inquérito civil⁵⁰, a expedição de recomendações⁵¹, a celebração de compromisso de ajustamento de conduta⁵² e a propositura de ação civil pública⁵³.

Desse modo, a tutela coletiva dos direitos sociais pelo Ministério Público pode se dar extrajudicialmente ou pela via judicial, devendo, conforme entendimento atual, apenas subsidiariamente submeter-se a questão ao Judiciário, na impossibilidade de solução consensual pelos órgãos competentes.⁵⁴

Além disso, incumbe ao Ministério Público a propositura de ação civil para responsabilização dos agentes públicos por ato doloso, inclusive por omissão, que atente contra princípios administrativos e importe em retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício⁵⁵, com a aplicação das sanções legais correspondentes, na forma do art. 12, III, da Lei nº 8.429/92.

Por sua vez, a possibilidade da atuação do Poder Judiciário quando instado a tutelar direitos sociais consagrados na Constituição decorre, primeiramente, do princípio constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB) que, em se tratando da defesa de direitos fundamentais, autoriza a determinação judicial para implementação de políticas públicas pelo Estado, sendo este o entendimento da Suprema Corte brasileira, conforme recente julgado destacado no Informativo 957 do STF⁵⁶.

⁴⁹ COMPARATO, F. K. Op. cit. p. 80/84.

⁵⁰ Art. 129, III, CRFB/88.

⁵¹ Art. 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625/93.

⁵² § 6º, do art. 5º, da Lei nº 7.347/85.

⁵³ Art. 129, III, CRFB/88.

⁵⁴ A Resolução nº 179/17 do CNMP, que disciplina, no âmbito do Ministério Público, a tomada de termo de ajustamento de conduta, tem por fundamento expresso a “utilidade do compromisso de ajustamento de conduta como instrumento de redução da litigiosidade, visto que evita a judicialização por meio da autocomposição dos conflitos e controvérsias envolvendo os direitos de cuja defesa é incumbido o Ministério Público e, por consequência, contribui decisivamente para o acesso à justiça em sua visão contemporânea”.

⁵⁵ Em seu citado artigo, Fábio Konder Comparato ressalta essa possibilidade: “Não se deve afastar a hipótese de considerar o procedimento comissivo ou omissivo das autoridades públicas, em violação do dever constitucional de realizar as políticas públicas ligadas aos direitos fundamentais, como ato de improbidade administrativa, nos termos do disposto no art. 11 - II da Lei nº 8.429, de 2/7/1992: ‘retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.’” (COMPARATO, F. K. Op. cit. p. 85).

⁵⁶ AG. REG. NO ARE N. 1.124.063-DF. RELATOR: MIN. EDSON FACHIN. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 14.04.2019. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA. IMÓVEL PÚBLICO. OCUPAÇÃO IRREGULAR. INÉRCIA DO PODER PÚBLICO. DIRETRIZES E INSTRUMENTOS

O controle judicial sobre os atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo (controle de constitucionalidade) advém do próprio sistema de freios e contrapesos, que estabelece o controle recíproco entre os Poderes de Estado (art. 2º da CRFB), funcionando como condição de legitimidade do Governo, mediante a garantia de manutenção do equilíbrio constitucional em face de determinada ação ou omissão do Executivo, do Legislativo e do Judiciário.⁵⁷

Nessa linha de raciocínio, prevalece na doutrina o entendimento de que as políticas públicas afetas a direitos fundamentais são satisfeitas por condutas da Administração Pública direcionadas à consecução de programas previstos em normas constitucionais ou legais, suscetíveis de controle judicial no tocante à eficiência dos meios empregados e avaliação dos resultados alcançados.⁵⁸

Atualmente, está sedimentada na jurisprudência do STF posição no sentido da vinculação da Administração Pública à implementação de políticas públicas que venham a concretizar os direitos fundamentais consagrados na Constituição, com fundamento no postulado da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, em especial aqueles afetos à saúde e à educação fundamental, competindo ao Poder Judiciário, nesses casos excepcionais, o controle da omissão estatal, não havendo que ser falar em violação à Separação de Poderes.

Perfeitamente cabível e absolutamente necessário, assim, o controle judicial de políticas públicas, de modo a assegurar a efetividade dos direitos sociais fundamentais em cumprimento aos mandamentos consagrados na Constituição, incumbindo ao Judiciário, em última análise, sindicat a atuação do Estado, importante *mister* atribuído a esse Poder em prol da concretização dos ideais democráticos do Estado de Direito.

Nesse sentido, transcrevemos trecho de decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, em que cita diversos julgados do STF, proferida no RE 997640/RO, julgado em 13/03/2018:

[...] a questão relativa ao princípio da separação dos poderes e à implementação de políticas públicas não exige maiores ilações, uma vez que a jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que o Poder Judiciário, em casos excepcionais e configurada a inércia ou morosidade da Administração, pode determinar a implementação pelo Estado de políticas públicas para assegurar o exercício de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação ao princípio da separação

DA POLÍTICA URBANA. APLICABILIDADE. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais. 2. O exercício do poder de polícia de ordenação territorial pode ser analisado a partir dos direitos fundamentais, que constituem, a toda evidência, o fundamento e o fim da atividade estatal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

⁵⁷ MORAES, G. P. Op. cit., 10ª ed. p. 21.

⁵⁸ MORAES, G. P. Op. cit., 10ª ed. p. 19.

dos poderes (artigo 2º da Constituição da República). Nesse sentido, confirmam-se, à guisa de exemplo, os seguintes julgados: “DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. POLÍTICAS PÚBLICAS. ACESSIBILIDADE DE DEFICIENTES FÍSICOS EM AMBIENTE ESCOLAR. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal já assentou a possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento.” (RE 877.607-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 13/3/2017) “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 14.6.2016. DIREITO CONSTITUCIONAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. INOCORRÊNCIA. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSIÇÃO DE MULTA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar ao Estado a obrigação de fazer reparação em escolas, quando estas se encontrarem em condições precárias, por se relacionarem a direitos ou garantias fundamentais, sem que isso ofenda o princípio da separação dos poderes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento, com majoração de honorários advocatícios, com base no art. 85, § 11, do CPC, e aplicação de multa, nos termos do art. 1.021, § 4º, do CPC.” (ARE 942.573-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe de 13/2/2017) “AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO À POPULAÇÃO NO HOSPITAL MUNICIPAL SOUZA AGUIAR – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS MUNICÍPIOS (CF, ART. 30, VII) – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA

RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA ‘RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES’ (OU DA ‘LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES’) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS ‘ESCOLHAS TRÁGICAS’ – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ‘DEFENSOR DO POVO’ (CF, ART. 129, II) – DOCTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.” (AI 759.543-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 12/2/2014).

Apesar de não ser corriqueira no STF a menção expressa do princípio da proibição da proteção insuficiente nas decisões judiciais que envolvem o descumprimento dos deveres sociais pelo Estado, há um julgado emblemático sobre o tema (STA 241/RJ), da lavra do Ministro Gilmar Mendes, em que faz breve digressão sobre a dupla vertente da regra da proporcionalidade, como Proibição do Excesso (*Übermassverbot*) e Proibição da Insuficiência (*Untermassverbot*) na tutela dos direitos fundamentais, aplicando a última hipótese para autorizar determinação da implementação de política pública educacional em face do Estado:

[...] Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, JuS, 1989, p. 161).

Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (*Recht auf Organization und auf Verfahren*), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

Parece lógico, portanto, que a efetividade do direito ao ensino fundamental obrigatório e gratuito, especialmente para crianças e adolescentes, não prescinde da ação estatal positiva no sentido da criação de certas condições fáticas, sempre dependentes dos recursos financeiros de que dispõe o Estado, e de sistemas de órgãos e procedimentos voltados a essa finalidade.

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de um espaço amplo de discricionariedade estatal, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Por outro lado, alega-se, nesta suspensão de segurança, possível lesão à ordem e economia públicas, diante de determinação judicial para que o Estado restabeleça a prestação do serviço de ensino, com qualidade, de modo a suprir a carência de professores na rede estadual de ensino do Município de Queimados.

Nesse sentido, o argumento central apontado pelo Estado do Rio de Janeiro reside na violação ao princípio da separação de poderes (art. 2º, CF/88), formulado em sentido forte, que veda intromissão do Poder Judiciário no âmbito de discricionariedade do Poder Executivo estadual.

Contudo, nos dias atuais, tal princípio, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz da realidade constitucional brasileira, num círculo

em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam.

Assim, entendo inexistente a ocorrência de grave lesão à ordem pública, por violação ao art. 2º da Constituição. A alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo estadual do Rio de Janeiro em cumprir seu dever constitucional de garantia do direito à educação e dos direitos da criança e do adolescente, com a absoluta prioridade reclamada no texto constitucional (art. 206, VII, art. 208, I e §§ 1º e 2º, art. 211, § 3º, e art. 227).

Da mesma forma, não vislumbro a ocorrência de grave lesão à economia pública. Cumpre ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão da absoluta prioridade determinada na Constituição, deixa expresso o dever do Poder Executivo de dar primazia à consecução daquelas políticas públicas, como se apreende do seu art. 4º:

“Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de primazia compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;*
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;*
- c) preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas;*
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”*

Não se pode conceber grave lesão à economia do Estado do Rio de Janeiro, diante de determinação constitucional expressa de primazia clara na formulação de políticas sociais nesta área, bem como na alta prioridade de destinação orçamentária específica, concretamente delineada pelo ECA.

A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto no ECA. As determinações acima devem ser seriamente consideradas quando da formulação orçamentária estadual, pois se trata de comandos vinculantes.

Ressalte-se que, aos comandos constitucionais e infraconstitucionais pátrios, agregam-se os compromissos assumidos pela República Federativa do Brasil no âmbito internacional.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (promulgado pelo Decreto nº 591, de 6.07.1992), estabelece em seu artigo 13 o compromisso dos Estados signatários em assegurar o pleno exercício do direito à educação.

A Declaração Mundial sobre Educação para Todos, firmada na Tailândia em março de 1990, compromete o Brasil à elaboração do Plano Nacional de Educação. O artigo 214 da Constituição determina que Lei estabeleça o Plano Nacional de Educação nos seguintes termos:

“Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à:

- I – erradicação do analfabetismo;
- II – universalização do atendimento escolar;
- III – melhoria da qualidade de ensino;
- IV – formação para o trabalho;
- V – promoção humanística, científica e tecnológica do País.”

Ademais, a decisão impugnada está em consonância com a jurisprudência dessa Corte, a qual firmou entendimento, em casos como o presente, de que se impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, a efetiva proteção de direitos constitucionalmente assegurados, com alta prioridade, tais como: o direito à educação infantil e os direitos da criança e do adolescente. Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados: AI 677.274/SP, 2ª Turma, Ministro Celso de Mello, *DJ* 30.09.2008; AI-AgR 474.444/SP, 1ª Turma, Ministro Marco Aurélio, *DJ* 17.08.2007; RE-AgR 410.715/SP, 2ª Turma, Ministro Celso de Mello, *DJ* 03.02.2006; RE 431.773/SP, Ministro Marco Aurélio, *DJ* 22.10.2004. [...]

O Ministro Gilmar Mendes enfrenta, na supracitada decisão, a um só tempo, questões ligadas ao conceito de núcleo essencial, mínimo existencial, prioridades constitucionais e reserva do possível, para, ao final, concluir pela possibilidade de determinação judicial que imponha “ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, a efetiva proteção de

direitos constitucionalmente assegurados, com alta prioridade, tais como: o direito à educação infantil e os direitos da criança e do adolescente.”

No STJ, é mais frequente encontrar julgados tendo por fundamento a proibição da insuficiência no cumprimento pelo Estado dos deveres afetos à segurança pública, na esfera penal⁵⁹, bem como em relação a pretensões individuais concernentes à previdência social⁶⁰, ambos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição de 1988.

Assim, na esteira dos julgados mencionados, demonstra-se relevante a aplicação do princípio da proibição da insuficiência para aprimoramento do papel desempenhado pelo Poder Judiciário nas demandas envolvendo a implementação de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais fundamentais.

6. Conclusão

O ordenamento normativo da Constituição de 1988 encontra-se erigido sobre o alicerce do valor da dignidade da pessoa humana, que deve ser prioritariamente promovido pelo Estado para a efetiva satisfação dos direitos fundamentais e a garantia do mínimo existencial, através da realização de políticas públicas voltadas à realização dos direitos sociais, com o objetivo de minimizar as desigualdades e alcançar maior equilíbrio social.

Os enunciados da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da intangibilidade do núcleo essencial são pressupostos de toda atuação estatal, que tem por dever constitucional a concretização dos avanços positivados constitucionalmente, sendo vedado o retrocesso e proibida a omissão ou atuação insuficiente na proteção de tais direitos.

Na aplicação dos princípios constitucionais, há de haver naturalmente conflito entre suas categorias, em maior ou menor escala, sobretudo quando estiver relacionado com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, materializada nos direitos sociais

⁵⁹ No HC 333.322-PR, DJ 25.09.2015, destaca-se o seguinte trecho do fundamento da decisão do STJ relativa a processo envolvendo acusado da Operação Lava Jato “[...] Proibição de infraproteção ou proibição de proteção deficiente: a outra vertente do princípio de proporcionalidade. Por fim, a outra modalidade do princípio de proporcionalidade, esta praticamente desconhecida na doutrina e jurisprudência nacionais, é a da ‘proibição da proteção deficiente’ ou princípio da proibição da infraproteção (*Untermassverbot*, dos alemães), pela qual se compreende que, uma vez que o Estado se compromete pela via constitucional a tutelar bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra etc.), deve fazê-lo obrigatoriamente na melhor medida possível. Desse modo, assegura-se não somente uma garantia do cidadão perante os excessos do Estado na restrição dos direitos fundamentais (princípio da proibição de excesso) a chamada ‘proteção vertical’, na medida em que os cidadãos têm no princípio da proporcionalidade (modalidade proibição de excesso) um anteparo constitucional contra o poder do Estado (verticalizado, portanto, de ‘cima para baixo’) mas também uma garantia dos cidadãos contra agressões de terceiros ‘proteção horizontal’, no qual o Estado atua como garantidor eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões (tutelando eficazmente o valor ‘segurança’, garantido constitucionalmente) ou punindo os agressores (valor ‘justiça’, assegurado pela Constituição Federal). Dessa forma, pelo ‘princípio da proibição da infraproteção’, toda atividade estatal que infringi-lo seria nula, ou seja, inquina-se o ato jurídico violador do princípio com a sanção de nulidade. [...]”. Ainda, na área penal, podem ser citados os seguintes arestos do STJ: HC 333.322-PR, DJ 25.09.2015; AREsp1219142-SP, DJ 07.02.18; HC 429534-RS, DJ 18.12.2017; AREsp 1770349-RS, DJ 10.10.2017.

⁶⁰ V. REsp 1679885-RS, DJ 13.13.2017; AREsp 1077556, DJ 26.05.2017; REsp 1919705, DJ 22.08.2016; AREsp 1006592, DJ 08.11.2016.

previstos na Constituição, denominados direitos a prestação, devendo o embate ser dirimido pela técnica da ponderação, observada a máxima da proporcionalidade.

O Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente, ao lado do Princípio da Vedação do Excesso, integra a dupla dimensão da Proporcionalidade, regra aplicável na implementação dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, segundo a qual haverá violação desses direitos tanto pela extrapolação dos limites da atuação do Estado, como pela omissão ou atuação insuficiente, atingindo a esfera fundamental dos indivíduos e da coletividade.

Conforme entendimento avançado da doutrina e jurisprudência, os direitos sociais fundamentais são normas de eficácia plena, que não estão condicionadas à conformação legislativa para produção dos seus efeitos, além de gerarem para seus titulares direito subjetivo à sua prestação. Não obstante, devem se sujeitar a um processo de ponderação no caso concreto antes do seu reconhecimento definitivo.

O problema da escassez é sabidamente inerente à atividade de implementação de políticas públicas de natureza prestacional, as quais naturalmente envolvem custos, sobretudo diante das conhecidas mazelas existentes nos sistemas de saúde, educação, assistência social etc. do Brasil. Tal questão tem que ser enfrentada pelo Poder Executivo desde o momento da elaboração nas normas orçamentárias, com a previsão de diretrizes, metas e objetivos necessários à concretização dos direitos sociais, seguida de medidas para incremento da disponibilização financeira, observância da afetação constitucional de verbas a determinadas áreas como saúde e educação, até a fixação de prioridades e a criação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

A aplicação da reserva do possível deve se dar com cautela quando se trata de ações voltadas à validação de direitos fundamentais inseridos no núcleo essencial da Constituição, jamais podendo servir de outorga para descumprimento do dever de implementação dos direitos sociais, sob pena de ofensa aos seus altos valores e inviabilização do alcance da almejada justiça social em meio ao mar de desigualdades em que vivemos.

O Ministério Público, como órgão constitucionalmente destinado à defesa dos interesses sociais, desempenha missão de destaque na busca pela concretização dos objetivos fundamentais da República previstos no art. 3º da Constituição de 1988, como a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem comum, cabendo-lhe utilizar todos os instrumentos normativamente previstos para o exercício de suas funções institucionais, nas esferas extrajudicial e judicial, sempre que detectar violação do Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente, por omissão total ou parcial, na promoção de políticas públicas concretizadoras dos respectivos ditames constitucionais.

O controle judicial de políticas públicas sociais é o meio pelo qual o Poder Judiciário, uma vez provocado pelos órgãos legitimados, desempenha seu papel de sindicat as omissões e atuações insuficientes da Administração Pública na proteção dos direitos sociais fundamentais, com fundamento no princípio constitucional da

inafastabilidade da prestação jurisdicional. Tal controle não configura ofensa à Separação dos Poderes, uma vez aplicada a técnica da ponderação e a regra da proporcionalidade, pondo-se em funcionamento o sistema de freios e contrapesos, necessário ao aprimoramento do legítimo exercício dos Poderes do Estado Democrático de Direito.

A assertiva acima está em perfeito alinhamento com a jurisprudência atual do STF e do STJ. A evolução jurisprudencial, contudo, é no sentido de identificar com mais acuidade as hipóteses de violação do Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente nos casos concretos concernentes à promoção de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais e adentrar com maior profundidade na análise das sub-regras da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), sobretudo quando estiver diante de conflito envolvendo a aplicação de tais direitos com outros princípios igualmente consagrados na Lei Maior.

A evolução social, humana e espiritual de um povo impescinde, preliminarmente, da elevação dos valores éticos e morais que permeiam os direitos fundamentais necessários à construção do ideal de igualdade e justiça social. Na busca pela persecução da efetividade dos direitos sociais, a força normativa do texto constitucional reclama diuturno esforço no combate à resistência à evolução, sendo esta a fase em que vivemos, estando em curso o processo necessário ao amadurecimento, tanto social, como das instituições de Estado.

Para tanto, o reconhecimento do princípio da proibição da proteção insuficiente, atrelado ao postulado da dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, advém como mandamento aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para que se voltem à falta de efetividade dos direitos sociais com um olhar transformador, a fim de que sejam dados passos concretos para o estabelecimento das reais prioridades, servindo como um norte à sociedade no caminho irreversível rumo aos imperiosos ideais fundamentais consagrados na Constituição.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados Implícitos de Criminalização*. Ed. Lumen Juris. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e políticas públicas*. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro. 240: 83/103. abril/jun. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 23 (1998): 65-78.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão. *Gestão da Carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental – EPPGG*:

documento de referência para a gestão da carreira de EPPGG, dezembro de 2008. Brasília, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. p. 67/89. 2001.

GIOVANNI, Geraldo Di; NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Dicionário de políticas públicas*. 2ª ed. São Paulo: Editora da Unesp; Fundap, 2015.

GODINHO, Robson Renault. *A admissibilidade da tutela jurisdicional e a efetividade dos processos envolvendo políticas públicas*. Rio de Janeiro. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 28

MAIA, Kadma; MEDEIROS, Richard de Araújo; SANO, Hironobu; ALLOUFA, Jomária Mata. *NOVA GESTÃO PÚBLICA E MOTIVAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO: A CARREIRA DE EPPGG COMO ALTERNATIVA PARA AS DISFUNÇÕES BUROCRÁTICAS*. Revista Gestão Pública: Práticas e Desafios, Recife, v. III, n. 6, dez. 2012. p. 123-155.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª edição. Brasília: Saraiva, 2019.

MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde*. In: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 1, n. 1, p. 171-213, 25 mar. 2007.

SARMENTO, D. *A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros éticos-jurídicos*. In: <http://files.camolino.net/200000426-33a4135980/A-Protacao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>.

SHAFFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: Revista dos Tribunais n. 798. Ano 91, abr. 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (Ubermassverbot) à proibição da proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem*

contra normas penas inconstitucionais. In: Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 97, Porto Alegre: AJURIS, 2005.

STRECK, Maria Luiza Schafer. *O direito penal e o princípio de proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais.* São Leopoldo, 2008.