

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA” – FEESR  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD  
MESTRADO EM DIREITO

Lívia Pacheco de Freitas Juliasz

**A FUNDAMENTALIDADE DA ALIMENTAÇÃO ESPECIAL COMO DIREITO  
PRIMORDIAL PARA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE**

Marília, SP  
2021

Lívia Pacheco de Freitas Juliasz

**A FUNDAMENTALIDADE DA ALIMENTAÇÃO ESPECIAL COMO DIREITO  
PRIMORDIAL PARA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua Área de Concentração em Teoria do Direito e do Estado, Linha de Pesquisa Construção do Saber Jurídico, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

Marília, SP  
2021

Autor: Livia Pacheco de Freitas Juliasz

**Título: A FUNDAMENTALIDADE DA ALIMENTAÇÃO ESPECIAL COMO  
DIREITO PRIMORDIAL PARA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua Área de Concentração em Teoria do Direito e do Estado, Linha de Pesquisa Construção do Saber Jurídico, e aprovada pela banca examinadora.

Marília, SP, 05 de fevereiro de 2021.

---

Título, Nome e IES do Coordenador do Curso

---

Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, Centro Universitário  
Eurípides de Marília - UNIVEM

---

Título, Nome e IES do Membro da Banca Examinadora

---

Título, Nome e IES do Membro da Banca Examinadora

Dedico ao meu marido Fábio, pelo incentivo e suporte dispensado a mim durante toda essa  
jornada.

Dedico aos meus pais, por toda confiança e contribuição aos meus estudos por toda a minha  
vida.

## AGRADECIMENTOS

Ao Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, que desde meu ingresso no corpo discente da Instituição, como mestranda, foi extremamente acolhedora, por meio dos tão renomados docentes e funcionários.

Ao meu orientador, Professor Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, que me recebeu de braços abertos quando iniciei em sua disciplina como aluna especial, sendo o grande responsável por todo meu crescimento acadêmico, com contínua paciência e disponibilidade de tempo para orientar-me da melhor forma.

A todos os professores do mestrado, com os quais aprendi imensamente, cada um com sua trajetória exemplar e conhecimentos ímpares.

Aos professores Dr. Edinilson Donisete Machado e Dr. Roberto da Freiria Estevão pela análise e crítica à minha pesquisa quando da minha banca de qualificação, as quais contribuíram imensamente para o aprimoramento do trabalho.

À funcionária da secretaria do mestrado, Marilena Neto Nakadaira, a Leninha, com quem tive o primeiro contato na Instituição e que nunca mediu esforços para nos ajudar em todos os esclarecimentos necessários.

Ao meu grande incentivador, meu marido Fábio Strina Juliasz, pelo apoio incondicional e por ter me proporcionado todo o suporte necessário para minha dedicação ao mestrado, muitas vezes furtando de nosso tempo juntos, nunca permitindo que o cansaço e os problemas do dia a dia deixassem abalar a conclusão desse sonho, o qual vem em um momento muito especial de nossas vidas, em que aguardamos a chegada de nossa filha Maria Clara.

Aos meus pais, Denival e Solange, e ao meu querido irmão, Denival Júnior, por terem me incentivado em meus estudos por toda a minha vida, sempre acreditando em mim e sonhando junto todos os meus sonhos.

Aos meus familiares, minha amada Vó Ana, meus queridos tios e tias, primas, cunhadas e aos meus sogros, Vilma e Jorge, por se alegrarem a cada conquista e me incentivarem diariamente.

A todos os meus amigos, em especial à minha grande amiga Tarcilla, que mesmo de longe sempre me apoiou e vibrou comigo nos louros obtidos durante minha trajetória acadêmica.

Aos colegas da turma de mestrado, pelo companheirismo, amizade e pelos momentos que vivenciamos juntos, muitas vezes nos dando um suporte mútuo diante dos obstáculos encontrados.

A toda equipe do escritório Arêa Leão Advogados, meus queridos colegas de trabalho, por toda compreensão e respeito nas vezes em que me isolei para dedicar-me à escrita da dissertação.

E não poderia deixar de agradecer à DEUS, que tornou a realização deste sonho possível, me guiando nos caminhos corretos e colocando em minha vida pessoas que me ajudaram nessa conquista.

## RESUMO

Dentre os direitos sociais fundamentais reconhecidos expressamente em nossa Constituição vigente, o direito à alimentação, apesar de ter sido inserido posteriormente, compõe o rol do artigo 6º, além, ainda, de sua previsão em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. O problema característico ao tema proposto versa sobre a alimentação especial, ou seja, alimentos especiais dos quais necessitam certos indivíduos, e sua interligação com o direito à saúde, que, apesar de com este não se confundir acaba sendo tratada por nossos tribunais como se direito à saúde fosse, fazendo menção tão somente aos dispositivos constitucionais garantidores da saúde, não realizando qualquer análise referente ao direito à alimentação em si, o que resta claramente demonstrado por meio dos julgados colacionados. Analisa-se a obrigação estatal frente ao direito à alimentação especial, fazendo jus os cidadãos que não possuem condições econômicas de arcar com os custos de uma alimentação especializada a cobrar do Poder Público que a forneça. O objetivo é discutir a importância que deve ser dada ao direito à alimentação especial, o qual garante até mesmo a saúde preventiva do grupo de indivíduos que dela necessita ou garante a qualidade de vida àqueles que carecem de uma suplementação adequada, sendo, portanto, indispensável a realização de políticas públicas nesse sentido, haja vista fazer parte do mínimo necessário à subsistência e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana. A linha de pesquisa adotada é “Construção do Saber Jurídico”. Adota-se o método hipotético-dedutivo, verificando por meio da legislação vigente, doutrina e jurisprudência como ocorre a aplicação do direito à alimentação especial e sua interligação ao direito à saúde. Ao final procura-se esclarecer a importância da atuação do Poder Judiciário, quando instado a fazê-lo, diante da omissão estatal no que tange à prevalência dos direitos sociais fundamentais, bem como o da alimentação especial, e a alegação pelo Estado da teoria da reserva do possível frente a direitos que compõem o mínimo existencial e garantidores da dignidade humana, princípio nuclear de todo o ordenamento jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Alimentação especial; Direito à saúde; Mínimo Existencial; Dignidade da Pessoa Humana; Reserva do Possível.

## ABSTRACT

Among the fundamental social rights expressly recognized in our current Constitution, the right to food, despite having been inserted later, is part of the list of article 6, in addition to its provision in international treaties to which Brazil is a signatory.. The characteristic problem with the proposed theme is that of special food, that is, special foods that certain individuals need, and their interconnection with the right to health, which, although not to be confused with it, ends up being treated by our courts as if right health care, mentioning only the constitutional provisions guaranteeing health, not carrying out any analysis regarding the right to food itself, which remains clearly demonstrated by the judged collectors. The state's obligation regarding the right to special food is analyzed, with the right of citizens who do not have the economic conditions to bear the costs of a specialized food to be collected from the government that provides it. The objective is to discuss the importance that should be given to the right to special food, which guarantees even the preventive health of the group of individuals who need it or guarantees the quality of life for those who need an adequate supplementation, being, therefore, indispensable the realization of public policies in this sense, in view of being part of the minimum necessary for subsistence and, consequently, of the dignity of the human person. The line of research adopted is "Construction of Legal Knowledge". The hypothetical-deductive method is adopted, verifying through the current legislation, doctrine and jurisprudence how the application of the right to special food and its interconnection to the right to health occurs. At the end, it seeks to clarify the importance of the Judiciary's performance, when urged to do so, in view of the state's omission regarding the prevalence of fundamental social rights, as well as that of special food, and the claim by the State of the theory of reserve the possible in the face of rights that make up the minimum existential and guarantee human dignity, a core principle of the entire legal system.

**KEYWORDS:** Special food; Right to health; Existential Minimum; Dignity of human person; Possible Reserve.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPITULO 1 – O DIREITO SOCIAL À ALIMENTAÇÃO ESPECIAL E SAÚDE.....</b>	<b>14</b>
1.1 Os direitos sociais e fundamentais .....	14
1.2 O papel do Estado na proteção dos direitos sociais fundamentais.....	26
1.3 A alimentação especial como um direito fundamental social.....	34
<b>CAPITULO 2 – O DIREITO À ALIMENTAÇÃO ESPECIAL COMO GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....</b>	<b>41</b>
2.1 A garantia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.....	41
2.2 O direito à alimentação especial e o mínimo existencial.....	52
2.3 A alegação estatal da Teoria da “Reserva do Possível”.....	61
<b>CAPITULO 3 – A IMPORTANTE INTERLIGAÇÃO ENTRE O DIREITO À ALIMENTAÇÃO ESPECIAL E O DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>73</b>
3.1 O direito à alimentação especial como forma de garantir o direito à saúde.....	73
3.2 A análise de julgados referentes ao direito à alimentação e à saúde.....	76
3.3 Reserva do possível <i>versus</i> mínimo existencial: análise das decisões dos Tribunais Superiores e dos princípios constitucionais.....	80
<b>4 CONCLUSÃO.....</b>	<b>88</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>93</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Trata-se da Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Fundação “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, objetivando a obtenção do Título de Mestre em Direito, cuja área de concentração é “Teoria do Direito e do Estado”, dentro da linha de pesquisa “Construção do Saber Jurídico”.

O presente trabalho visa a destacar a fundamentalidade do direito à alimentação, principalmente no que se refere à alimentação especial, a qual está intrinsecamente ligada ao direito à saúde, ambos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, compondo, portanto, o mínimo existencial.

A necessidade de olhar atentamente para os indivíduos que carecem de uma alimentação especializada, devido ao déficit de determinado nutriente no organismo, alergias, intolerâncias alimentares ou até mesmo como forma de tratamento de alguma doença, pressupõe tratar também da saúde destes, seja preventivamente, seja para melhorar sua qualidade de vida.

Os direitos sociais devem ser garantidos a todos igualmente e estão previstos tanto no ordenamento jurídico alienígena quanto na nossa Constituição atual, referindo-se a direitos mínimos que devem ser garantidos aos indivíduos, para que possam usufruir de uma vida digna.

Para a efetivação dos direitos sociais, direitos de segunda dimensão, há a necessidade de uma postura ativa por parte do Estado, por meio das políticas públicas, proporcionando, assim, melhores condições de vida aos mais vulneráveis, assegurando a sua dignidade.

Enquanto os direitos negativos geram ao Estado a obrigação de abstenção, os direitos positivos exigem a atuação estatal, possibilitando aos indivíduos exigir a garantia dos pressupostos materiais necessários ao exercício da liberdade, da melhoria de sua condição de vida.

A proposta deste trabalho, baseada no método hipotético-dedutivo, é verificar como se dá a aplicação do direito à alimentação especial, intrinsecamente ligado ao direito à saúde, ambos direitos sociais previstos constitucionalmente, bem como analisar as decisões judiciais com relação à alimentação especial e à saúde, a alegação da “reserva do possível” frente ao mínimo existencial e à dignidade humana.

Importante salientarmos que uma alimentação especial não concerne a fármacos, a medicamentos, porém, a nutrientes especiais dos quais necessitam certos indivíduos, os quais, quando não possuem condições econômicas de arcar com os custos dessa alimentação especializada, fazem jus a cobrança do Estado que a forneça, desde que comprovem, através de receituários nutricionais e médicos, tal necessidade. Todavia, caso o Poder Público não atenda ao pleito, não estará sendo omissos apenas com relação ao direito à alimentação, e sim também ao direito à saúde, visto que a garantia deste, consequentemente, interfere diretamente na garantia daquele, assim como no próprio direito à vida.

Os julgados trazidos no corpo do texto derivam de pesquisa feita, a fim de exemplificar a menção dos tribunais apenas ao direito à saúde, mesmo quando este se encontra diretamente ligado à alimentação especial, não se tratando, portanto, de estudo de caso, sendo imprescindível para demonstrar as decisões acerca do tema.

No que tange ao direito à alimentação, direito este cuja inserção no texto constitucional ocorreu somente no ano de 2010, por meio da Emenda Constitucional nº 64, não visa tão somente a assegurar a alimentação, em seus aspectos quantitativo, qualitativo e cultural, mas também a uma alimentação especializada àqueles que dela precisam e que, se tiverem suas necessidades nutricionais atendidas em tempo, poderão usufruir de uma vida com qualidade e ter sua saúde assegurada.

O direito à alimentação, por ser um direito pluridimensional, irradiando seus efeitos para direitos outros, quando assegurado, indubitavelmente estará garantindo o direito à saúde, ou seja, ambos os direitos sociais previstos constitucionalmente, compondo o mínimo existencial e almejando a garantia de uma vida com dignidade, motivo pelo qual é inadmissível aceitar uma omissão estatal, ao aludirmos a tais direitos.

Assegurar os direitos sociais é o mesmo que assegurar a dignidade humana, princípio este que não cabe ser relativizado, haja vista não poder ser a dignidade destacada do ser humano, justamente por qualificá-lo como tal.

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 10 de dezembro de 1948, pelas Nações Unidas, reconheceu preambularmente a dignidade como sendo inerente a todas as pessoas, em seu artigo 1º, ao prever a igualdade e dignidade entre todos os seres humanos. E a Constituição da República do Brasil de 1988 a previu expressamente, em seu inciso III, artigo 1º, estabelecendo-a como um de seus fundamentos. Portanto, resta indissociável a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais do indivíduo, devendo ser este o norte a ser traçado por toda ordem jurídica.

As prestações materiais aptas a assegurar à pessoa uma vida digna compreendem o mínimo existencial, que, diferentemente da dignidade humana, não está previsto expressamente no texto constitucional, mas corrobora os demais dispositivos constitucionais, sendo indispensável a sua observância para a garantia de uma vida condigna.

O chamado mínimo existencial, de origem alemã, compreende direitos sem os quais não é possível a fruição de uma vida digna, estando, portanto, diretamente associado à concretização dos direitos fundamentais, correspondendo a uma fração da dignidade da pessoa humana, uma vez que é formado pelas condições básicas de existência.

No conceito de mínimo existencial, insere-se o direito à alimentação especial, pois garantir ao indivíduo os nutrientes especiais dos quais necessita é o mesmo que garantir-lhe uma vida digna. E, diante da sua incapacidade financeira em arcar com os custos dessa alimentação, poderá cobrar do Estado, o qual tem obrigação de prestar tal auxílio material em observância aos ditames constitucionais e aos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Diante da obrigação estatal em oferecer aos cidadãos o mínimo necessário a subsistirem com dignidade, é inaceitável a alegação de insuficiência de recursos, através da teoria da reserva do possível, como escusa para o cumprimento desse dever.

A referida teoria, também de origem germânica, a chamada teoria da “reserva do possível”, tem relação direta com as limitações econômicas por parte do Poder Público e é por este constantemente invocada, quando das discussões sobre as restrições impostas à efetivação dos direitos sociais fundamentais. Todavia, no país de origem da aludida teoria, a mesma se deu em um contexto completamente diverso, qual seja: sobre a limitação do número de vagas para o ensino superior alemão. Já no Brasil, sua importação ocorreu, na grande maioria das vezes, para ser utilizada como escusa estatal no cumprimento de direitos básicos dos indivíduos, os quais compõem o mínimo existencial, estando, assim, diretamente atrelado à dignidade humana.

O escopo desta investigação é a demonstração da valorização que deve ser concedida ao direito à alimentação, mesmo que haja sua inegável interligação com o direito à saúde; ao negá-lo, ou prestá-lo de forma ineficiente, estará havendo negativas ou prestações deficientes de ambos os direitos sociais, ou seja, são direitos diversos a serem considerados, apesar de interligados. Assim, a situação se agrava, pois, se o Estado não é capaz de garantir a alimentação especial necessária à saúde do indivíduo, além de negar o direito social à saúde, também o estará fazendo com relação ao direito à alimentação.

Em suma, a literatura acerca do tema, consistente em doutrina jurídica e artigos científicos, que, apesar de abordarem o direito à alimentação e sua interligação ao direito à saúde, ao mínimo existencial e à dignidade humana, não discorrem especificamente sobre o direito à alimentação especial, e a jurisprudência, mesmo ao focalizar a dita alimentação, menciona tão somente o direito à saúde e os dispositivos constitucionais que preveem sua garantia.

Almeja-se demonstrar que, por meio da alimentação especial a ser assegurada pelos órgãos estatais, estará garantindo-se uma vida digna ao ser humano que dela necessita, sendo esta responsabilidade e dever do Estado. Não se deve, portanto, como ocorre nas decisões do Poder Judiciário, considerar tão somente o direito à saúde, inserindo, inclusive, o direito à alimentação no conceito de medicamentos. O que se objetiva, ao final, é comprovar que, assegurando uma alimentação especializada àqueles que dela necessitam, conseqüentemente, será garantida também a saúde preventiva destes, evitando, assim, complicações futuras, o que, indubitavelmente, trará uma economia aos cofres públicos nessa área.

## **CAPÍTULO 1 – O DIREITO SOCIAL À ALIMENTAÇÃO ESPECIAL E À SAÚDE**

Os direitos sociais fundamentais devem ser garantidos a todos, de forma igualitária, seja no âmbito nacional, seja internacional. É imperioso ressaltar que, no âmbito nacional, a incorporação desses direitos ocorreu na chamada “Constituição-Cidadã”, nascida durante a redemocratização do país, por meio da qual se vislumbrou o retorno a um Estado Democrático de Direito, assegurando direitos individuais dos cidadãos. Mas, para que o Estado brasileiro possa dizer-se verdadeiramente democrático, mister se faz a garantia, aos cidadãos, dos direitos materiais que lhes foram assegurados constitucionalmente, não sendo permitida a omissão estatal nesse sentido. Assim, a fim de assegurar os direitos sociais minimamente necessários à subsistência humana digna, o Estado deverá fazê-lo através de políticas públicas, visando à proteção e benefícios a toda a coletividade. E, indubitavelmente, deverá ser também garantida a alimentação especial àqueles que dele necessitam, posto que o direito à alimentação compõe o rol dos direitos sociais do artigo 6º da Constituição da República de 1988 e está intrinsecamente ligado a outro direito social fundamental, o da saúde.

### **1.1 Os direitos sociais e fundamentais**

A origem histórica dos direitos sociais remete aos primórdios do capitalismo industrial, período em que as relações econômicas eram embasadas nos institutos jurídicos da propriedade privada e autonomia da vontade. Havia o domínio capitalista, através do qual o direito de propriedade era evocado, em relação aos meios de produção. Ademais, o referido instituto era integrado pela autonomia da vontade, conferindo a todos a liberdade de contratar, ao passo que, após a celebração do pacto, havia o dever de obediência ao acordo firmado, sendo este, portanto, o modelo seguido pelas relações comerciais e trabalhistas, dentre outras (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 50).

O reconhecimento do *status* de cidadão a membros do povo surgiu na Europa, com a transição do feudalismo para o capitalismo, implicando o reconhecimento da cidadania em direitos e deveres mútuos entre cidadão e Estado, reconhecendo desde a igualdade humana até a participação do indivíduo na comunidade. Contudo, a cidadania não incluía para a toda a população a igualdade e a liberdade, no que tange ao gozo dos direitos políticos e sociais. Pelo contrário, pelos liberais, a proteção estatal atinente aos problemas de cunho social foi vista como uma calamitosa intervenção do Estado, com

consequências graves para a autorregulação do mercado. Portanto, às duras lutas travadas pela classe trabalhadora, visando à ampliação da noção de igualdade, é que se atribui a conquista dos direitos sociais (TEIXEIRA, 1986, p.121).

Nas palavras de Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 51):

O surgimento dos direitos sociais, como se vê, está atrelado, de um lado, ao capitalismo industrial embrionário, que, organizado com base em uma economia de mercado liberta de amarras jurídicas, produziu relações trabalhistas tirânicas, marcadas por um intenso processo de violação à dignidade do operariado; e, de outro, pelos movimentos de resistência e de afirmação de direitos, que se contrapuseram ao quadro de opressão configurado.

Realmente, a concentração operária, a situação de submissão a que estavam sujeitos e a ausência de cláusulas legais que impedissem arbitrariedades patronais acabaram por ensejar fortes movimentos de resistência que culminaram no reconhecimento dos direitos sociais.

Como se vê, os direitos sociais nasceram de uma aspiração de alforria da classe operária, em um cenário marcado por abusos nas relações constituídas sobre as duas pilstras que sustentavam a ordem jurídica de então: a propriedade privada e a autonomia da vontade.

Os direitos sociais devem ser garantidos a todos, igualmente e indistintamente. Tais direitos foram reconhecidos como direitos civis e políticos desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em 1948. No caso do Brasil, a incorporação dos direitos sociais se deu na Carta Magna de 1988, cuja previsão vai dos artigos 6º ao 11 (MACHADO, 2017, p. 55).

A nossa atual Constituição (CRFB/1988), que surgiu em um processo de redemocratização do país, possui um extenso rol de direitos sociais, os quais foram inscritos em diversas partes do texto constitucional. E esse numeroso rol de direitos sociais, elencados na Carta Magna de 1988, acabou por gerar na sociedade uma ânsia pelo reconhecimento de seus direitos (SCAFF, 2010, p. 22-23).

Nesse sentido são as palavras de Zambone e Teixeira (2012, p. 66-67):

A elaboração da Constituição vigente resultou do processo de redemocratização do país e do compromisso das lideranças políticas e sociais com o retorno a um Estado Democrático de Direito. Esse ideal levou à elaboração de um texto analítico, porém avançado e com preocupações ideológicas que têm levado o país, em vários aspectos, a um progresso significativo no que se refere à previsão e ao exercício dos direitos individuais e de cidadania.

Os direitos sociais tiveram sua previsão ampliada e compatível com os objetivos atribuídos ao Estado brasileiro, a erradicação da pobreza, o desenvolvimento nacional e a diminuição das desigualdades regionais e sociais. Outro aspecto importante foi a previsão da participação popular na gestão e controle das atividades de previdência e assistência social, saúde e educação.

Ressaltam, também, Flavia Piovesan e Renato Stanzola Vieira (2006, p. 130):

A Constituição Brasileira de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país. O texto

constitucional demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático "pós ditadura". Após vinte e um anos de regime autoritário, objetivou a Constituição resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, a luz do princípio da dignidade humana.

Prescreve o artigo 6º da Constituição da República de 1988 os direitos mínimos a serem assegurados ao indivíduo, a fim de que possua uma vida digna, compondo o rol desses 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.

Com relação à titularidade dos direitos sociais, o artigo 6º da CF utiliza alguns termos que a identificam: assim, em “assistência aos desamparados”, apesar de não ter o constituinte dito quem é o desamparado, e dificilmente poderia fazê-lo, ele os especificou como sendo os titulares do direito, tratando-se, assim, de um problema de demarcação de fronteiras econômicas. Pode-se afirmar que os titulares são aqueles que necessitam das prestações pertinentes à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, dentre outras (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 78-79).

A Constituição Brasileira de 1988 foi a primeira que integrou os direitos sociais e econômicos aos direitos fundamentais, conferindo-lhes, portanto, aplicabilidade imediata. Além de estabelecer, no artigo 6º, os direitos sociais, a Constituição de 1988 apresenta um grande universo de normas de ordem social, as quais enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins que, pelo Estado e pela sociedade, devem ser perseguidos (PIOVESAN; VIERA, 2006, p. 131).

Os direitos fundamentais tendem a ser garantidos internamente, nos ordenamentos jurídicos, sob uma perspectiva de extensão dos mesmos a todos os indivíduos, ou seja, uma generalização. O elevado ponto do processo de positivação dos direitos fundamentais foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. E, no que tange à garantia dos direitos fundamentais, a Constituição Brasileira de 1988 é um marco, que vai desde os direitos fundamentais de primeira geração, quais sejam, direitos negativos, ou individuais, passando pelos direitos de segunda geração, os chamados direitos sociais ou direitos a prestações positivas, tal qual o direito à saúde, até os direitos difusos, denominados direitos de terceira geração (CARVALHO, 2003, p. 17).

Ao abordar a fundamentalidade dos direitos sociais, esclarece Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 3):

Assim, considerando a perspectiva dogmático-jurídica (mas não formal-positivista) da abordagem, reafirma-se a necessidade de uma leitura



constitucionalmente adequada também da fundamentação (inclusive filosófica), da fundamentalidade e do conteúdo dos direitos sociais. É a Constituição Federal de 1988 (doravante referida como CF/88) o referencial que nos servirá de guia, assim como os compromissos (ou eventuais "descompromissos") expressa e/ou implicitamente firmados pelo Constituinte em relação a determinadas concepções de justiça (abarcando a própria noção de justiça social) e com determinada ordem de valores, já que, de acordo com concepção amplamente consagrada, os direitos fundamentais (e os sociais não fogem à regra) expressam uma ordem de valores objetivada na e pela Constituição.

Uma primeira constatação que se impõe e que resulta já de um superficial exame do texto constitucional, é a de que o Constituinte acabou por reconhecer um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais) sociais, o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional) acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais.

Quando tratamos do tema “direitos fundamentais”, é importante fazermos a abordagem, no que concerne às suas “dimensões”, salientando que alguns autores ainda utilizam a nomenclatura “gerações”, a qual sofre inúmeras críticas, por trazer a ideia de superação da geração anterior, o que não condiz com a realidade, ao pensarmos em direitos fundamentais. Assim, faremos uso do termo “dimensões” dos direitos fundamentais.

Como a primeira dimensão dos direitos fundamentais, temos as chamadas “liberdades públicas”, consistentes no direito de abstenção estatal na liberdade de atuação dos indivíduos, como, por exemplo: liberdade de expressão, de imprensa, de religião, de reunião, de associação, dentre outras. Também se inserem na categoria de direitos fundamentais de primeira dimensão o direito à segurança e à participação política, bem como os direitos políticos. Já nos direitos de segunda dimensão estão inseridos os direitos sociais e econômicos, que decorrem de uma maior participação dos cidadãos nas decisões políticas, além do provimento das condições materiais aptas ao exercício das liberdades públicas, exigindo, para tanto, uma prestação estatal (SILVA, 2005, p. 547- 548).

Quanto aos direitos de terceira dimensão, apesar de não haver um consenso doutrinário a respeito, podemos defini-los como direitos difusos, tais como o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente. Dessa forma, é possível considerar tais direitos como os pilares da Revolução Francesa, isto é, *liberdade* referente às liberdades públicas, *igualdade* atinente aos direitos sociais e *fraternidade* para os direitos de terceira geração (SILVA, 2005, p. 551).

Destarte, conforme supramencionado, os direitos sociais correspondem a direitos de segunda dimensão, os quais visam a proporcionar ao cidadão condições materiais para

que possa gozar de suas liberdades públicas e exercer a cidadania. Todavia, para a efetivação desses direitos, mister se faz uma postura ativa do Estado, devendo o mesmo agir, a fim de garantir aos cidadãos os direitos sociais constitucionalmente assegurados.

Portanto, enquanto focalizamos a não interferência estatal, no que tange aos direitos de primeira dimensão, contrariamente, é necessária tal interferência, para a efetividade dos direitos de segunda dimensão, mais especificadamente, os direitos sociais e econômicos.

Para a efetividade dos direitos sociais, os quais são direitos de segunda dimensão, há a necessidade de uma atuação positiva do Poder Público e, desse modo, por ser própria do Estado Social de Direito, busca-se o alcance da tão almejada igualdade social, para a qual não basta a mera igualdade formal, mas é imperiosa a material (BÜHRING, 2015, p. 57).

No que concerne às perspectivas para a efetividade dos direitos sociais, um modelo que bem se adapta à dogmática brasileira seria o de “normas sociais como garantias institucionais” e como “direitos subjetivos”, pelo fato de possuímos a constitucionalização de tais direitos, o que acaba por traduzir-se em uma imposição ao legislador, obrigando-o a respeitar a essência da instituição e a protegê-la. E os direitos sociais, por estarem em nível constitucional, adquirem dimensão subjetiva e podem ser considerados “imposições” constitucionais, dos quais derivam para o cidadão direitos reflexos (KELLER, 2007, p. 262-263).

Resta claro que, até os dias hodiernos, não fomos ainda capazes de garantir todos os direitos sociais fundamentais assegurados pela “Constituição Cidadã”, contudo, a busca incessante de seu alcance deve ser tanto da família quanto da sociedade e do Estado, pois todos os direitos previstos na Magna Carta são necessários para a garantia de uma vida digna, não sendo permitido haver nenhum retrocesso nesse sentido.

Assinala Marcia Andrea Bühring (2015,p.58):

Interpretando-se o espírito do legislador à luz do artigo 5º, § 2º, da Carta Magna, verifica-se a intenção de que os direitos fundamentais não ficassem limitados aos expressamente previstos no texto constitucional, mas sim que houvesse um processo contínuo de extensão desses direitos. Visto que, a República Federativa, consiste num Estado Social e Democrático de Direito, razão pela qual lhe é intrínseca a existência e garantia de direitos fundamentais sociais, com vistas ao alcance da igualdade material, vez que, direitos fundamentais não podem existir “sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada”.

Afirme-se: os direitos sociais não são meras normas programáticas, (muito embora, haja quem considere), não se pode encarcerar os direitos fundamentais sociais no conceito frágil e patético de normas programáticas, “uma vez que os valores sociais são os pilares do Estado Democrático de Direito”.

São preciosas as lições de José Afonso da Silva, a propósito dos direitos sociais (2009, p. 286-287):

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível como exercício efetivo da liberdade.

Consoante o disposto alhures, ao proporcionar aos mais fracos economicamente uma melhor condição de vida, pela garantia de seus direitos fundamentais, almeja-se o alcance da verdadeira igualdade, da chamada igualdade real, não bastando para tanto a igualdade material assegurada constitucionalmente, mais precisamente, no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

Ao garantir aos cidadãos os seus direitos sociais fundamentais, estar-se-á observando tanto o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana quanto o princípio da igualdade, desde que, conforme preconiza a máxima aristotélica, sejam os desiguais tratados desigualmente, na medida de suas desigualdades.

Ensina Aristóteles (1997, p. 228):

Pensa-se, por exemplo, que justiça é igualdade – e de fato é, “embora não o seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si...” [...] “Para pessoas iguais o honroso e justo consiste em ter a parte que lhes cabe, pois nisto consistem a igualdade e a identificação entre pessoas; dar, porém, o desigual a iguais, e o que não é idêntico a pessoas identificadas entre si, é contra a natureza, e nada contrário à natureza é bom”.

Na lição de José Afonso da Silva (2009, p. 286-287),

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Possui o Estado o dever de superar as desigualdades sofridas por determinado grupo, sendo, exatamente, contrários à manutenção dessas desigualdades os princípios constitucionais. Diante de uma situação de injustiça, provocada quer por origem histórica, quer por social, cabe ao Estado brasileiro minimizar a distância existente entre os grupos, trabalhando, dessa maneira, a igualdade material (ARAÚJO; BALERA, 2017, p. 48).

Assim, os direitos sociais visam à prestação do auxílio material por parte do Estado à população mais carente, devendo ser observado o mínimo necessário à subsistência desses indivíduos e garantido, dessa forma, o tratamento igualitário e digno entre os cidadãos.

Afirmam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2009, p. 57-58):

O termo “direitos sociais” se justifica porque seu objetivo é a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social. Mas isso não o torna um direito coletivo. Enquanto direitos públicos subjetivos, os direitos fundamentais não são só individualizáveis como, em primeira instância, direitos individuais (dimensão subjetiva).

Nada obstante, as prestações estatais (dimensão objetiva) que realizam os direitos sociais podem ser de duas espécies. Primeiro, pode ser prestações materiais (na terminologia alemã “ações fáticas positivas” – *positive faktische Handlungen*) que podem consistir, primeiro, no oferecimento de bens ou serviços a pessoas que não podem adquiri-los no mercado (alimentação, educação, saúde etc.) e, segundo, no oferecimento universal de serviços monopolizados pelo Estado (segurança pública).

Segundo, podem ser prestações normativas (na terminologia alemã “ações normativas positivas” – *positive normative Handlungen*) que consistem na criação de normas jurídicas que tutelam interesses individuais.

Em suma, os direitos sociais possibilitam ao indivíduo exigir uma postura ativa do Estado, o qual deve colocar-se à disposição daquele prestações aptas a implementar condições fáticas capazes de igualar os que se encontram em situações sociais desiguais, permitindo, assim, o exercício das liberdades fundamentais, proporcionando aos desprovidos de recursos materiais melhores condições de vida (CUNHA JÚNIOR, 2012, p.759).

No Estado Democrático de Direito, são os direitos sociais reconhecidos como fundamentais, porque são relevantes materialmente e cujas exigências objetivam o alcance da dignidade da pessoa humana, de sorte que, em alguns Estados, tal reconhecimento ocorre na própria Constituição (NOVAIS, 2010, p. 33).

Preleciona Enzo Bello (2007, p.147):

Ademais, a simples existência de normas constitucionais que consagram direitos sociais de cidadania não garante a sua conseqüente implementação concreta no mundo dos fatos, pois direitos não são auto-realizáveis e demandam mobilização política e social para serem concretizados em níveis democraticamente satisfatórios. Prova disso é o fato de que nunca existiu no Brasil algo parecido com um Welfare State, portanto não basta, per si, a mera proclamação normativa de um modelo de estado e de direitos para que estes sejam materializados. Eis a importância de se conjugar a política com o direito constitucional.

Embora inúmeras tentativas de supressão formal dos direitos sociais dos sistemas constitucionais ocidentais tenham fracassado, a melhor forma que se encontrou para asseverar a ideologia neoliberal foi a utilização de práticas

políticas, econômicas e culturais (os velhos “fatores reais de poder”) (LASSALE, 2000) que inviabilizam a sua efetividade, isto é, como não se conseguiu eliminar a previsão constitucional dos direitos sociais, trata-se de ignorá-los e fazê-los “letra morta”.

[...]

Considerando o minimalismo da visão estritamente jurídica da cidadania e o fato de que os direitos não são auto-realizáveis, peca por deficiência qualquer compreensão unicamente normativa ou de orientação moral da cidadania, porque despe-a das suas condições de produção e efetividade. Afinal, estas somente se manifestam no plano real, na vida em sociedade e em meio a possibilidades políticas de realização. Assim, não assegura sua concretização a mera previsão normativa de demandas sociais como direitos e garantias e sua caracterização como de igual patamar em relação aos direitos da tradição liberal.

Portanto, é imprescindível observar e analisar a natureza dos direitos de cidadania e o modo como se distribui o poder numa determinada sociedade, de maneira a ficarem claros os processos de reconhecimento e utilização política dos direitos sociais. Isso significa que, com base nas relações de poder e nas correlações de forças existentes em determinados contextos, o problema a ser enfrentado é o das condições políticas e sociais que se tem e se deve criar – para além do âmbito jurídico, pois o direito não fará isso per si – para viabilizar os direitos sociais, afinal não basta a sua proclamação normativa (legitimidade na legalidade) para que lhes sejam garantidas efetividade e universalidade concretas.

De maneira geral, os direitos sociais e os direitos fundamentais somente começaram a ser tomados a sério após a Segunda Guerra Mundial, com o fenômeno de reconstitucionalização dos Estados, associado à ascensão do *Welfare State*, período no qual se reconhece o surgimento da constitucionalização do direito infraconstitucional, a técnica de interpretação conforme a Constituição, os princípios jurídicos na interpretação jurídica, dentre outros fenômenos. A fundação do Estado Democrático de Direito surge do acoplamento entre o Estado Social e o Estado Liberal e é vista para resolução de problemas eminentemente práticos, na esfera política, tais como as sucessivas crises econômicas, que causaram desemprego e um empobrecimento em massa, nos anos de 1873, 1929 e pós-guerra, e a ascensão dos Estados comunistas com viés socialista. E, hodiernamente, os direitos sociais devem ser encarados como verdadeira teia de proteção social, perante os riscos existentes da mudança das relações de trabalho, globalização, inovação tecnológica etc. (FONTE, 2013, p.89-90).

Salienta Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 96):

A Constituição de 1988 foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado – em homenagem ao especial significado e função destes – na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. Mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material.

Por seu turno, enfatiza Vidal Serrano (2009, p. 33): “Os direitos fundamentais pretendem, como dito, a proteção da dignidade humana, entendida à luz de uma análise do indivíduo em si e na sua relação como o meio social.”

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins assim definem os direitos fundamentais (2009, p. 46-47):

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Resta cristalina a fundamentalidade existente nos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, haja vista objetivarem tais direitos a garantia de uma vida condigna.

Asseveram Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro (2012, p. 602):

Os direitos sociais contidos em normas programáticas possuem uma dimensão objectiva que permite invalidar direito infraconstitucional contrário aos seus fins e que supõe a emissão de directrizes e tarefas ao legislador e à administração tendo em vista a garantia dos mesmos direitos dentro da reserva do possível. Mas, sendo os poderes públicos os seus destinatários imediatos (porque são esses poderes que, nos termos constitucionais, adoptam medidas para lhes dar efectividade) verifica-se que os referidos direitos não irradiam qualquer efeito nas relações particulares e, também, não definem pressupostos de titularidade, não conformam uma posição activa no quadro de obrigações definidas, pelo que tão pouco atribuem direitos subjectivos frente aos poderes públicos. Um direito subjectivo tem uma delimitação minimamente precisa e garante a sua execução contra demoras infundadas já que se conforma com um poder abstracto que fundamenta pretensões determináveis e concretas, previamente definidas.

Ao lado da prevalência dos direitos fundamentais, o constituinte brasileiro também procurou assegurar a sua independência com relação ao Legislativo, Judiciário e Executivo. Sabe-se que as normas garantidoras de direitos e garantias fundamentais exige aplicação imediata, conforme dispõe o § 1º do artigo 5º da CF<sup>1</sup>, ou seja, não podem tais normas, por inexistência de lei ou qualquer ato normativo, ter sua aplicabilidade diferida.

A denominação “direitos fundamentais sociais” se deu historicamente, pois partiu da ideia de intervenção do Estado na vida social. O Estado, diante de seu protagonismo, encontra-se obrigado a dispor aos cidadãos os meios necessários para o alcance de suas finalidades, podendo ocorrer como forma de autorrealização ou participação nos processos sociais de forma livre, igualitária e respeitada (COSTA; REIS, 2011, p. 24-25).

---

<sup>1</sup> Artigo 5º [...]: § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

A fundamentalidade de certos direitos depende da sua força formal constitucional e não de seu conteúdo, conforme uma definição mais ampla adotada por parte da doutrina, motivo pelo qual um direito criado pelo legislador ordinário não pode ser considerado fundamental, pois é passível de revogação. Não podem também ser tidos como fundamentais somente aqueles direitos protegidos por cláusulas pétreas (§4º, art. 60, CF), haja vista ter a Constituição Federal de 1988 atribuído aos direitos fundamentais o mesmo valor jurídico, não existindo qualquer espécie de hierarquia entre eles (DIMITRI; MARTINS, 2009, p. 47-49).

Sustenta, por sua vez, Jorge Reis Novais (2010, p. 69):

A fundamentalidade dos direitos constitucionais perde, de resto, a referência originária material exclusiva ao núcleo constituído pelos direitos inalienáveis do homem, pré e supra-estaduais, para assentar, sobretudo, na legitimação material e formal que lhe é conferida pela escolha democrática, positiva, livre e diferenciadamente acolhida por cada Constituição.

O alargamento dos direitos fundamentais constitucionais aos direitos sociais era, então, uma das dimensões da resposta do Estado Social de Direito, à questão social herdada da revolução industrial e às reivindicações de um movimento operário para quem, sobretudo nas difíceis condições econômicas e sociais da época, não havia verdadeira proteção da liberdade e autonomia do cidadão (e não já apenas do cidadão-burguês) sem garantia de trabalho, segurança e assistência social.

Todavia, as normas de direitos fundamentais que demandam uma regulamentação expressa, assim como políticas públicas aptas a concretizá-las, são inúmeras. E a superação de tais faltas, por meio do Poder Judiciário, acaba por criar problemas e indagações, no sentido de ter ou não o Judiciário legitimidade democrática e capacidade técnica para substituir os outros poderes (Legislativo e Executivo). O fato é que o texto constitucional traz a ideia de que pode o Poder Judiciário proferir a última palavra, consoante o disposto no inciso XXXV do artigo 5º, não significando, portanto, que não deve o magistrado respeitar as escolhas do Parlamento, mas ciente de que se trata de uma linha divisória muito tênue a existente entre o papel do legislador e do magistrado (VIEIRA, 2017, p. 37-38).

Preleciona Arno Arnaldo Keller (2007, p. 13):

Os direitos fundamentais-sociais, como sendo a questão central do estudo foram destacados considerando a positivação dos mesmos na Constituição e, em razão da positivação dos mesmos na Constituição e, em razão da posição que ocupam no contexto. A conclusão a que se chegou é a de que não se constituem em meras “normas programáticas” ou “normas compromissárias”, como mero compromisso político a ser implementado quando os recursos orçamentários assim o permitirem, mas, em normas impositivas, que devem ser cumpridas como os demais direitos fundamentais elencados.

Os direitos fundamentais inseridos no texto constitucional consubstanciam-se em três valores essenciais da dignidade humana, quais sejam: a liberdade, a democracia política e a democracia econômica e social. Assim, ao reconhecer os direitos de liberdade, de participação política e os direitos sociais, a Constituição Federal o faz, pretendendo consubstanciar os valores citados (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 34).

Todas as disposições constitucionais relacionadas a direitos e garantias fundamentais são direta e imediatamente vinculantes, consistindo na obrigação do legislador de dar cumprimento imediato aos seus deveres de regulamentação, enquanto, dos tribunais, de obrigá-lo a respeitar essa norma e, através do controle de constitucionalidade, suprir a sua deficiência e das demais garantias fundamentais (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 93).

Leciona Ana Paula de Barcellos (2010, p. 104):

Os direitos fundamentais têm um *status* diferenciado no âmbito do sistema constitucional e, *a fortiori*, do sistema jurídico como um todo. Fala-se da *centralidade* dos direitos fundamentais, como consequência da centralidade do homem e da sua dignidade. Isso significa, de forma simples, que, em última análise, tanto o Estado como o Direito existem para proteger e promover os direitos fundamentais, de modo que tais estruturas devem ser compreendidas e interpretadas tendo em conta essa diretriz.

Destacam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins a presença de três elementos necessários para abordar os direitos fundamentais (2009, p. 21-23):

a) *Estado*. Trata-se do funcionamento de um aparelho de poder centralizado que possa efetivamente controlar determinado território e impor suas decisões por meio da Administração Pública, dos tribunais, da política, das forças armadas e também dos aparelhos de educação e propaganda política. Sem a existência de Estado, a proclamação de direitos fundamentais carece de relevância prática. Estes não poderiam ser garantidos e cumpridos e perderiam sua função precípua, qual seja, a de limitar o poder do Estado em face do indivíduo.

[...]

b) *Indivíduo*. Pode parecer supérfluo dizer que a existência dos indivíduos é um requisito dos direitos fundamentais. Não existem pessoas desde o início da humanidade? Do ponto de vista da filosofia e da teoria política, a resposta aqui é negativa. Nas sociedades do passado, as pessoas eram consideradas *membros* de grandes ou pequenos coletivos (família, clã, aldeia, feudo, reino), sendo subordinadas a tais coletivos e privadas de direitos próprios.

[...]

c) *Texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos*. O papel de regulador entre os dois elementos *supra* descritos é desempenhado pela Constituição no sentido formal, que declara e garante determinados direitos fundamentais, permitindo ao indivíduo conhecer sua esfera de atuação livre de interferências estatais e, ao mesmo tempo, vincular o Estado a determinadas regras que impeçam cerceamentos injustificados das esferas garantidas da liberdade individual. O texto deve ter validade em todo território



nacional e encerrar supremacia, isto é, força vinculante superior àquela das demais normas jurídicas.

Devido à expansão dos direitos fundamentais e suas garantias, na Constituição Brasileira de 1988, a chamada “Constituição-Cidadã”, a mesma representa um marco na história constitucional brasileira, tendo sido elegido, na referida Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio norteador e unificador dos direitos fundamentais, os quais, por sua vez, possuem aplicabilidade imediata, conforme previsto no §1º, artigo 5º da Carta Magna (GOTTI, 2012, p.52-54).

Expressam os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 59):

Tendo em vista que a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente mediada, isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional. Os direitos fundamentais, consoante oportunamente averbou Hans-P. Schneider, podem ser considerados, neste sentido, *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático. Além disso, como já havia sido objeto de previsão expressa na declaração de direitos da ex-colônia inglesa da Virgínia (1776), os direitos fundamentais passaram a ser simultaneamente a base e o fundamento (*basis and foundation of government*), afirmando, assim, a ideia de um Estado que, no exercício de seu poder, está condicionado aos limites fixados na Constituição.

Consoante explana Oscar Vilhena Vieira (2017, p. 30):

“Direitos fundamentais” é a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por determinada ordem constitucional. A Constituição de 1988 incorporou essa terminologia para designar sua generosa carta de direitos. Embora incorporados pelo direito positivo, os direitos fundamentais continuam a partilhar de uma série de características com o universo moral dos direitos da pessoa humana. Sua principal distinção é a positividade, ou seja, o reconhecimento por uma ordem constitucional em vigor.

A terminologia “direitos fundamentais” não é a única existente para a designação de tais direitos. Tanto no direito constitucional quanto nas Constituições, há termos outros para tal designação, tais como: “liberdades individuais”, “liberdades públicas”, liberdades fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos constitucionais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos naturais”, “direitos subjetivos”. E, apesar de a Constituição Federal de 1988 ter utilizado alguns desses termos, não o fez de uma forma consequente. Todavia, são fundamentais os direitos garantidos pela Carta Magna, posto que se encontram no texto que regulamenta os fundamentos da organização política e social e, por ser genérico, pode abranger direitos individuais e coletivos, direitos sociais e políticos, bem como os direitos de liberdade e igualdade. Por conseguinte,

constituem os direitos fundamentais um mínimo de direitos garantidos, os quais podem ser acrescentados pelo legislador ordinário, entretanto, não podem ser abolidos (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 45-46).

Verifica-se uma relação de interdependência e reciprocidade entre os direitos fundamentais e a democracia, o que não afasta a existência de tensões entre aqueles e algumas das dimensões desta. É atribuído aos direitos fundamentais um caráter contramajoritário, pois, mesmo sabendo que a democracia verdadeira só existe com a garantia dos direitos fundamentais, não deixa de estar em permanente conflito com o processo decisório político, embora se encontrem no exercício do poder de forma democrática e legítima, mas pelo fato de não poderem ser subtraídos pelos poderes constituídos (SARLET, 2012, p. 62).

Rogério Luiz Nery da Silva e Daiane Garcia Masson (2015, p. 191) ressaltam:

Os direitos fundamentais, portanto, são a primeira e mais importante forma de concretização do princípio da dignidade humana, que consiste numa cláusula aberta capaz de respaldar o aparecimento de novos direitos na dogmática constitucional, já que a prioridade do Estado deve ser a pessoa, em todas as suas dimensões.

Destarte, é impossível a concretização dos direitos sociais fundamentais sem que haja também a concretização do princípio da dignidade, posto que andam de mãos dadas. E, para tanto, o Estado deve voltar ao indivíduo um olhar atento, pormenorizado, a fim de garantir que suas necessidades sejam satisfeitas, visando, dessa forma, à garantia de uma vida condigna.

## **1.2 O papel do Estado na proteção dos direitos sociais fundamentais**

Registrava-se no Brasil, em meados da década de 30 do século XX, uma intensificação do processo de industrialização e um impulso rumo ao desenvolvimento econômico, social, político e cultural, ocorrendo as mudanças sociopolíticas econômicas brasileiras, as quais tiveram início com a Revolução de 1930. Desde esse tempo, houve um maior desenvolvimento econômico do país, e à medida que a industrialização avançava, juntamente com ela crescia a concentração da renda e a ampliação das desigualdades sociais, o aumento das tensões nas relações trabalhistas e o agravamento da questão social (BULLA, 2003, p. 5).

Apona Antonio Carlos Wolkmer *apud* Eduardo K. Carrion (1990, 48-49) que

[...] a relevância e a especificidade do papel do Estado brasileiro na emergência do capitalismo industrial do país, principalmente a partir de 1930, ainda que os primórdios de nosso intervencionismo devem ser reconhecidos desde o império. Torna-se essencial, segundo Carrion,

compreender que “...na passagem ao modo de produção capitalista, a burguesia industrial nascente não pode prescindir da intervenção constante do Estado. No caso específico do Brasil, tratando-se de uma industrialização tardia, o Estado se transforma num dos principais agentes do processo econômico. Admitindo a peculiaridade de nosso mecanismo estatal na passagem de um novo modo de produção, pode-se tipificar o protótipo do nosso modelo de Estado, quer apareça transparente, quer apareça camuflado, como: um permanente agente real revestido pelo paternalismo provedor e pelo intervencionismo dirigista.

Dentre as diversas roupagens assumidas pelo Estado brasileiro, verifica-se desde um Estado oligárquico e patrimonial, no começo do século XX, até a transição de um Estado Autoritário para um Estado Democrático. A política deixa, portanto, de ser tão somente para as elites, dando-se início a uma democracia da sociedade civil, na qual a opinião pública possui peso, não se tratando mais de uma sociedade senhorial, isto é, de senhores e escravos, assumindo-se as características de uma sociedade pós-industrial (BRESSER-PEREIRA, 2001).

Realça Bonavides (2001, p. 57-58):

Democracia, ao nosso ver, é processo de participação dos governados na formação da vontade governativa; participação que se alarga e dilata na direção certa de um fim todavia inatingível; a identidade de governantes e governados, meta utópica, que traz à memória a imagem amortecida de Rousseau configurada na hipótese da democracia como governo de deuses.

[...]

A democracia aponta, invariavelmente, em todas as épocas, para uma progressão participativa e emancipatória, que avança com lentidão, mas em grau e qualidade que surpreende.

De sorte que possamos dizer que o Estado brasileiro é, nos dias hodiernos, um Estado verdadeiramente democrático, é imperioso observar se o mesmo garante a todos os cidadãos os direitos materiais aos quais fazem jus. Não basta que o Estado dê voz aos cidadãos, atenda a seus interesses políticos, se não lhes proporcionar uma condição de vida condigna e em igualdade.

O Estado deve manter uma postura ativa, a fim de proporcionar aos cidadãos direitos mínimos necessários à sua subsistência e, conseqüentemente, o alcance do princípio da dignidade, elencado no texto constitucional, mais precisamente no inciso III do artigo 1º da Constituição da República de 1988.

Não é discricionariedade do Estado a sua atuação com relação aos direitos fundamentais, visto que o poder público possui o poder-dever de atuar frente aos mesmos, seja positiva,, seja negativamente (SIQUEIRA, 2013, p. 24).

Os chamados direitos de *status negativus* permitem ao indivíduo resistir, em caso de atuação estatal, tendo em vista serem direitos que protegem a liberdade do indivíduo, motivo pelo qual as possibilidades de atuação do Estado são limitadas. Portanto, o direito negativo gera para o Estado a obrigação de abstenção, ou seja, uma obrigação negativa, que, ao traduzirmos a designação feita pela doutrina constitucional alemã, cujo termo é *Abwehrrecht*, ou seja, “direito de defesa”, melhor seria qualificar tal categoria de direitos como “pretensão de resistência à intervenção estatal” ou “direito de resistência”. Já os direitos de *status positivus*, direitos sociais ou a prestações, dizem respeito aos direitos que possibilitam aos indivíduos exigir certa atuação estatal, almejando a garantia dos pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, possuindo o indivíduo o direito de receber algo do Estado, que pode ser material ou imaterial (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 55-57).

Em sua obra Marcos Sampaio *apud* Robert Alexy traz a divisão de quatro *status* de direitos fundamentais desenvolvido a partir da teoria de Jellinek: a) *status passivo*, que representa um conjunto de obrigações individuais impostas ao indivíduo e já definidas pela ordem jurídica, cuja posição é de súdito perante o Estado, o qual, por sua vez, vincula o indivíduo às suas ordens e proibições; b) *status negativus*, que se refere à possibilidade que o cidadão possui de valer-se dos meios legais possíveis para resistir a uma pretensão estatal, protegendo a sua liberdade de uma possível atuação estatal que venha a limitar o seu agir, gerando, dessa forma, uma obrigação de abstenção, de deixar de fazer; c) *status positivus*, também chamado de *status civitatis*, permite ao indivíduo exigir do Estado prestações positivas que possibilitem a satisfação de suas necessidades, promovendo a melhora de sua condição de vida, tendo por consequência tanto a exigibilidade de prestações materiais, com o oferecimento de direitos fundamentais sociais previstos constitucionalmente, tais como saúde, alimentação, educação, dentre outros, quanto com a exigibilidade de prestações normativas positivas, consistentes na criação de normas jurídicas que visam à proteção dos direitos individuais; d) *status activus*, o qual garante a participação do indivíduo como titular de direitos políticos, permitindo ao cidadão interferir na esfera política, aprofundando a sua participação no processo político democrático, ou seja, por meio do *status* de cidadania, possibilita ao indivíduo ter acesso ao centro de decisão estatal (2013, p. 43-47).

Nas palavras de Marcos Sampaio (2013, p. 51):

Assim, enquanto os direitos fundamentais na sua função de defesa (*status libertatis* e *status negativus*) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos fundamentais

em sua função de prestação podem ser reconduzidos ao *status positivus*, visto que implicam postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material.

Os direitos fundamentais têm por finalidade conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, de natureza material, na maioria das vezes, mas também podendo ser de natureza processual, além de limitar a liberdade de atuação estatal, de maneira a corresponder, por conseguinte, a um direito individual que vincula o Estado, podendo o mesmo ser obrigado a fazer algo ou deixar de fazê-lo, sendo, neste último caso, uma competência negativa, a qual restringe as possibilidades de atuação do Estado e constitui, assim, um direito fundamental do indivíduo (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 54).

Ao lecionar a respeito da constitucionalização dos direitos fundamentais, esclarece Anderson Cavalcante Lobato, com relação à mudança ocorrida no papel do Estado (1998, p. 142):

O processo de constitucionalização dos direitos do homem seguiu a mudança de concepção do Estado de Direito que, partindo de uma compreensão estritamente liberal e individualista do homem, passou a compreendê-lo a partir de seu contexto social, econômico e cultural. Trata-se justamente de uma mudança radical do papel do Estado na vida em sociedade que além de garantir os direitos de liberdade, passa a ser compreendido enquanto promotor do bem-estar social, permitindo a necessária correção das desigualdades econômicas e sociais.

Pouco a pouco os direitos do homem adquirem um valor fundamental para a própria compreensão do Estado de Direito. De fato, o Estado de Direito representando o Estado constitucional submisso às regras do Direito, por si só não mais podia expressar a idéia de direito inerente no seio da sociedade que, segundo George Burdeau, permitiria o nascimento do Estado através do processo de institucionalização do poder político, onde “as vontades dos governantes só têm valor jurídico quando atribuídas ao Estado; quer dizer, quando elas estão conformes à idéia de obra a qual o Poder institucionalizado é a energia criadora. Seria pois necessário identificarmos claramente a finalidade do Estado que passa a ser considerada enquanto um elemento constitutivo do Estado moderno.

Enquanto os direitos fundamentais de primeira geração concernem aos *direitos individuais*, isto é, direitos do indivíduo em face do Estado, o que pressupõe o dever de abstenção estatal, os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, são os chamados direitos fundamentais de segunda geração, caracterizados por resgatar a igualdade entre os indivíduos, esperando, para tanto, uma conduta estatal prestacional e não de abstenção. Já os direitos fundamentais de terceira geração visam a preservar o ser humano como parte da humanidade, logo, o valor ético maior na relação entre Estados e povos é a humanidade (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 44-47).

Destaca Andreas Joachim Krell (1999, p. 240):

Depois da revolução industrial do século XIX e das primeiras conquistas dos movimentos sindicais em vários países, os direitos da “segunda geração” surgiram, em nível constitucional, somente no século XX, com as Constituições do México (1917), da República Alemã (1919) e também do Brasil (1934), passando por um ciclo de baixa normatividade e eficácia duvidosa. Seus pressupostos devem ser criados pelo Estado como agente para que eles se concretizem.

Os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos por meio do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais. O Estado, por meio de leis, atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais” (educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

Consoante leciona Felipe de Melo Fonte (2013, p. 86-87):

Nesse passo, os *direitos sociais*, nomenclatura que encerra a abreviação de *direitos sociais, econômicos e culturais*, somente começaram a ganhar corpo nas constituições francesas de 1793 e 1848, brasileira de 1824 e alemã de 1849. Até então o tratamento da problemática social era uma questão deixada às instituições privadas, tais como à família, às igrejas e às ordens de caridade, e estavam fora da gestão pública. As prestações de assistência social não poderiam ser reconhecidas como genuínos direitos públicos, pois eram ideologicamente compreendidas como ligadas a vocações de caráter afetivo, ético e/ou espiritual. A publicização e juridicização de tais prestações decorreram da atuação conjunta e desordenada de diversos fatores.

O processo de industrialização promoveu a migração de um grande contingente de pessoas para as grandes cidades, já que as indústrias precisavam de mão de obra barata e em larga escala. Com o passar do tempo e a superveniência de crises econômicas, formou-se um excedente de trabalhadores desempregados, de modo que os empresários e empregadores acabaram por desejar transferir ao Estado os encargos de cuidar destas pessoas. O assistencialismo estatal tornou-se, assim, uma vontade da burguesia. Além disso, os sindicatos e associações de trabalhadores, durante as crises de emprego, encontraram no Estado uma resposta rápida para as demandas de suas classes. Uma terceira causa para a encampação da questão social pelo Estado concerne à crescente necessidade de legitimação da atividade legislativa. A ampliação das esferas de atuação da Administração Pública e a realização de políticas fiscais de arrecadação crescente demandavam contrapartidas que pudessem justificá-las, e os direitos sociais foram uma delas. Por fim, a própria democratização do poder, realizada na medida em que o sufrágio ia se expandindo, permitiu que os interessados nas ajudas estatais exercessem sua influência por meio da representação política.

Estão inscritos no rol dos direitos fundamentais dos países que se dizem democráticos de direito, os direitos sociais, mesmo que resumidos ao denominado mínimo vital. Todavia, não se afirma que o alcance dos direitos sociais à categoria de fundamentais somente ocorreria, quando os mesmos estiverem restringidos ao mínimo vital. O que se pode asseverar é que o direito ao mínimo vital deve existir, mesmo implicitamente, para que, assim, independente do ordenamento jurídico, esteja presente a ideia do estado democrático de direito (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 65).

Não podemos atribuir a noção de Estado democrático de direito ao chamado “Estado social”, haja vista haver exemplos de Estado social de caráter autoritário, tais quais o Estado comunista chinês, os antigos Estados comunistas do bloco soviético, o fascismo italiano e o regime bolivariano da Venezuela, os quais não estão comprometidos com a concretização prestacional de direitos sociais. Lado outro, existem modelos de Estado democrático de direito onde não há a incorporação de uma dimensão social nas constituições, estando as políticas públicas sujeitas à vontade democrática do legislador, assim como dos freios e contrapesos intrínsecos ao equilíbrio do poder, como é o caso dos Estados Unidos da América. Portanto, não dependem necessariamente de previsão constitucional a consagração normativa de direitos sociais e a concretização efetiva de suas prestações, como, por exemplo, podemos citar as constituições sueca ou holandesa, nas quais os direitos sociais previstos são mais escassos do que os previstos nas constituições brasileira ou portuguesa, todavia, sua garantia é mais eficaz e eficiente. Assim, não é cabível afirmar que restaria prejudicada a existência do Estado Social e o comprometimento do Estado democrático de direito, por não ocorrer a constitucionalização de direitos sociais (CORREIA; MACHADO, LOUREIRO, 2012, p. 588-589).

São relevantes as seguintes considerações acerca do Estado Social, feitas por Correia, Machado e Loureiro (2012, p. 612):

O Estado Social de direito é um modelo e uma conquista que, em tempo de incerteza sobre os recursos disponíveis para o alimentar, deve ser garantido mas também reformado, de modo que, com o menor volume de recursos disponíveis, possa ser mantido nas suas prestações fundamentais. Tal deve ocorrer, sob pena de, gastos descontrolados com prestações sociais e carentes de unidade de ação comprometam a solidez do próprio Estado em períodos de escassez de meios, os quais nunca são considerados como possíveis nos tempos de abundância. Isto, sem prejuízo das constituições sociais, como a brasileira e a portuguesa, conterem uma “cláusula de bem-estar” que inibe o Estado de se abster perante as tarefas prestacionais mínimas que a ordem constitucional lhes assina.

Acrescentem-se as palavras de Keller (2007, p. 232-233):

O constitucionalismo do Estado social evidenciou o entendimento da força normativa da Constituição. É a Constituição dirigente que supera a denominação de “normas programáticas” ou “normas compromissárias”, traz um novo paradigma de interpretação dos textos constitucionais. Os direitos sociais positivados nas constituições constituem-se em obrigações positivas, o que lhes confere a característica da exigibilidade. E, como corolário da prestação positiva e da sua exigibilidade, vem a questão da previsão de recursos necessários ao seu atendimento a contento e não parcialmente. Não cabe nenhuma dúvida ou questionamento sobre se tratar de uma das formas mais características de cumprir com obrigação de fazer ou de dar, especialmente em matéria tão importante para o cidadão, como a saúde, a educação, a habitação, a segurança, a previdência social, entre outras.

Logo, por meio das políticas públicas, o Estado deve atuar ativamente, assegurando o auxílio material necessário ao cidadão carente, não sendo aceitável uma postura de omissão estatal diante das necessidades mínimas de subsistência, cuja satisfação precisa ser assegurada aos indivíduos.

Preleciona Sarlet (2007, p. 9-10), nessa linha:

A partir das observações precedentes e considerando que um Estado Democrático de Direito genuíno é necessariamente um Estado "amigo" e não detrator dos direitos fundamentais, já que comprometido justamente com a proteção e efetivação dos direitos fundamentais de todas as pessoas, de modo a prever mecanismos eficientes para que tais violações (inclusive e - importa frisar - não exclusivamente do poder público) sejam, senão completamente evitadas (o que é impossível), pelo menos eficientemente coibidas e reparadas, assume-se hoje como sedimentada a posição de acordo com a qual tanto o Estado quanto os particulares (pessoas físicas e jurídicas) encontram-se, de alguma forma, vinculados aos direitos fundamentais. Refutam-se, portanto, desde logo, as teses - minoritárias, convém frisar, no âmbito do mundo jurídico europeu e latino-americano - que, a exemplo da doutrina norte-americana da *state action*, negam categoricamente qualquer vinculação de atos puramente privados e de entes particulares às cláusulas constitucionais. Assim, se em relação ao modo de incidência (portanto, ao modo pelo qual se dá a vinculação e os efeitos que dela se podem extrair) segue existindo controvérsia mesmo entre nós, quanto ao se (isto é, quando ao fato em si de existir alguma vinculação) há como partir da premissa de que, justamente no contexto de um Estado Democrático de Direito, não há como afastar a existência desta vinculação.

Por outro lado, da mesma forma, que a vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais deve hoje ser compreendida como uma vinculação isenta de lacunas, que, nas palavras de Gomes Canotilho, abrange tanto os órgãos, quanto as funções e os agentes públicos, em todos os níveis e modos de atuação. também a vinculação dos particulares e das entidades privadas em geral aos direitos fundamentais assume a condição de pressuposto para toda a discussão em torno da efetividade (eficácia social) da Constituição. Importa frisar, ainda mais que se está a tratar da eficácia dos direitos sociais, que como estes têm por objeto primacial a promoção da igualdade e liberdade material e compensação de graves desigualdades, bem como - e acima de tudo - a garantia de condições efetivas para uma vida digna, quanto maior a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais (também sociais, portanto) na ordem privada quanto maior a eficácia social dos direitos fundamentais e dos direitos sociais.

Por exigir do Poder Público certas prestações materiais podemos dizer serem os direitos fundamentais direitos por meio do Estado e não contra o Estado, ao qual, por sua vez, cabe definir, executar e implementar as chamadas políticas sociais por meio de instalações de serviços públicos, leis e atos administrativos (KRELL, 1999, p. 240).

Através de políticas públicas que objetivam a observância de direitos mínimos de existência, o Estado deve vincular-se à proteção do direito à vida, garantindo à população uma vida digna. Não cabe ao Estado moderno atuar tão somente definindo e tutelando direitos; mister se faz sua intervenção na ordem social, por meio da fixação de políticas



públicas que tragam benefícios à coletividade, reduzindo, assim, as desigualdades. Saliente-se que tais políticas públicas devem ter efetividade e almejar, mesmo que em longo prazo, a concretude de resultados, pois estes consistem em mera consequência: o importante é que ocorra a atuação estatal (SIQUEIRA, 2013, p. 30).

As políticas públicas são tratadas pelos estudiosos do direito como meios para efetivação dos objetivos sociais, ou seja, os direitos de cunho prestacional. Sendo possível alcançar os resultados exigidos pela Constituição por meios idôneos, bem como construir parâmetros de controle sobre esses meios (FONTE, 2013, p.40-41).

Nas palavras de Felipe de Melo Fonte (2013, p. 45-47):

*A correlação entre ação do Estado e política pública é algo a se remarcar, já que permite assentar que, por regra geral, a execução de políticas públicas depende de gastos públicos. Logo, é no processo político-jurídico de definição do dispêndio público que se encontra a gênese das políticas públicas. É nas leis orçamentárias, nas diretrizes orçamentárias e nos planos plurianuais, todos de iniciativa exclusiva do Poder Executivo e aprovados pelo Poder Legislativo, o ponto de partida das políticas públicas. Não é o ponto de chegada, já que é corrente na doutrina e jurisprudência a natureza meramente autorizativa do orçamento, podendo o Executivo simplesmente contingenciar os valores, deixando de efetuar gastos. O resultado final do procedimento por óbvio, é a real prestação de serviços públicos à população e à edição de atos administrativos voltados a tal finalidade.*

*A definição das prioridades da Administração Pública é, naturalmente, um processo político a ser realizado pelos agentes de cúpula, como Presidente, Governadores e Prefeitos, bem como legisladores. Na tomada de decisões, eles devem levar em conta as disposições da Constituição e das leis, seus princípios e regras. Do ponto de vista estritamente jurídico, ressalvada a hipótese de edição de ato normativo e a questão da competência, este processo político de tomada de decisões tem pouca relevância, mas sua importância é enorme para o controle social. Os agentes políticos devem sempre declinar suas razões e explicitar suas escolhas para que os cidadãos possam fazer um juízo consciente a respeito de sua valia. Porém, para o julgador do caso concreto, é importante olhar para os atos jurídicos, legais ou infralegais, e para o resultado efetivo proporcionado por eles, verificando, desta forma, se estão de acordo com os mandamentos legais e constitucionais, especialmente com os direitos fundamentais.*

A construção de um Estado democrático de direito, durante a elaboração da norma constitucional vigente, que se deu por meio de representantes eleitos pelo povo para esse fim, fundou-se nos princípios do artigo 1º e nos fundamentos do artigo 3º, nos Direitos e Garantias Fundamentais do artigo 5º e Direitos Sociais do artigo 6º, cujo cumprimento não ficando, por conseguinte, restrito aos indivíduos, haja vista a imposição de obrigações ao Estado pela Constituição, que possui força normativa, tanto com relação ao indivíduo quanto com relação ao Estado (KELLER, 2007, p. 239).

Ao focalizar a responsabilidade do Estado na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, Flavia Piovesan explica (2004, p. 37):

Acrescente-se ainda que a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não é apenas uma obrigação moral dos Estados, mas uma obrigação jurídica, que tem por fundamento os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os Estados têm, assim, o dever de respeitar, proteger e implementar os direitos econômicos, sociais e culturais enunciados no Pacto. Esse Pacto, que conta atualmente com a adesão de 145 Estados-partes, enuncia um extenso catálogo de direitos, incluindo o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar sindicatos e filiar-se a eles, o direito a um nível de vida adequado, o direito à moradia, o direito à educação, à previdência social, à saúde etc. Nos termos em que estão previstos pelo Pacto, esses direitos apresentam realização progressiva, estando condicionados à atuação do Estado, que deve adotar todas as medidas, até o máximo de seus recursos disponíveis,<sup>17</sup> com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos (artigo 2o, parágrafo 1o do Pacto).<sup>18</sup> Como afirma David Trubek: “Os direitos sociais, enquanto *social welfare rights*, implicam a visão de que o governo tem a obrigação de garantir adequadamente tais condições para todos os indivíduos”.

Na concretização dos direitos sociais, o Estado é ator primário e, pois, também no que tange ao direito à alimentação, merecendo atenção para sua efetivação a implementação de políticas públicas nesse sentido. A atuação estatal deve ser marcada, nesse modelo atual de Estado de Bem-Estar Social, por práticas executivas que sejam incisivas, estabelecendo políticas públicas e ações governamentais destinadas a efetivar os direitos já elencados na nossa Constituição (SIQUEIRA, 2013, p. 27-28).

### **1.3 A alimentação especial como um direito fundamental social**

Sabe-se que os direitos sociais são prestacionais, ou seja, exigem uma postura ativa do Estado, para sua efetivação. E, dentre os direitos sociais fundamentais previstos na Constituição Cidadã de 1988, encontra-se o direito à alimentação.

Nesse sentido, prelecionam Di Cesare e Oliveira (2016, p.5-6):

Historicamente o direito à alimentação é um direito social prestacional. Os direitos sociais surgem com o advento do capitalismo liberal industrializado que deu origem, num movimento dialético, a identificação de que o direito à igualdade, conquistado em momento anterior, era apenas formalmente garantido.

Em busca da materialidade do direito à igualdade, surgem reivindicações de direitos, em sua grande maioria, de cunho positivo, que exigem um posicionamento Estatal regulamentador e prestacional, garantidor de direitos sem os quais não seria possível o alcance de uma vida digna, livre e igualitária. Sem direitos trabalhistas, sem saúde, sem moradia, sem alimentação, ou seja, sem fomento mínimo de direitos sociais não há existência digna.

O direito à alimentação é previsto expressamente no texto constitucional, bem como em leis infraconstitucionais e outros dispositivos legais. É possível observar sua previsão em diversos textos constitucionais brasileiros: a) a Constituição de 1824 não

trouxe previsão expressa do direito à alimentação, mas possibilitou a consideração de que a boa saúde depende de uma alimentação saudável e adequada; b) a Constituição de 1891 (Constituição Republicana), a qual, apesar de ter retrocedido com relação aos direitos sociais, fixou, em seu artigo 78, a previsão de que garantias e direitos ali expressos não excluem outros não enumerados, possibilitando, assim, o reconhecimento do direito à alimentação; c) a Constituição de 1934 revelou grandes avanços, com relação aos direitos sociais, dando destaque aos direitos econômicos, sociais e culturais, assegurando a todo cidadão o direito de prover sua subsistência e de sua família; d) a Constituição de 1937, marcada por um excesso de autoritarismo, em pouco avançou quanto aos direitos sociais, sendo, inclusive, reduzida a responsabilidade estatal no que tange aos direitos da saúde, educação e trabalho. Não houve previsão expressa do direito à alimentação, mas, o mesmo se encontra presente no que concerne à proteção da infância e juventude, de sorte a possibilitar aos pais, que assim necessitassem, invocar o auxílio estatal à subsistência e educação de seus filhos; e) a Constituição de 1946 afastou-se do modelo autoritário, trazendo um novo momento democrático, evidenciando uma preocupação com os direitos sociais e, mesmo não tendo sido o direito à alimentação previsto expressamente, é possível encontrar espaço para o seu reconhecimento; f) o texto constitucional de 1967 manteve a previsão dos direitos sociais da Constituição antecedente, tendo como norteadora a justiça social, mas também não houve previsão expressa relacionada ao direito à alimentação; g) com a Constituição de 1988 é que o Brasil passou a prever expressamente, por meio da Emenda Constitucional nº 64/2010, o direito à alimentação como direito social, consagrando, dessa forma, a proteção da dignidade humana (SIQUEIRA, 2013, p.35-39).

É importante ressaltar, no entanto, que o direito à alimentação não constou no rol do artigo 6º dos direitos sociais, quando da elaboração do texto constitucional de 1988; sua inserção se deu posteriormente, somente por meio da Emenda Constitucional nº 64, de 04 de fevereiro de 2010<sup>2</sup>, após campanha realizada pelo Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional.

Mas, mesmo antes da inserção expressa do direito à alimentação no texto constitucional brasileiro, o mesmo já era previsto no item 1 do artigo 25 da Declaração

---

<sup>2</sup> Artigo 1º: O art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (NR)

Universal dos Direitos Humanos<sup>3</sup> e no item 1 do artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto nº 591/1992)<sup>4</sup> e artigo 12 do Protocolo de San Salvador (Decreto nº 3.321/1999).<sup>5</sup>

Paula Paschoal Di Cesare e Solange de Oliveira (2016, p. 6-7) salientam, nessa mesma direção:

O direito à alimentação, em especial, obteve destaque após a Segunda Grande Guerra, tendo em vista o quadro de fome e subnutrição que assolou a maior parte do mundo.

No âmbito internacional, em 1945 foi criada a FAO<sup>29</sup> (*The Food and Agriculture Organization of the United Nations*, em português, Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação), com o intuito de erradicação da fome mundial.

Em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>30</sup> adotada e proclamada pela Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas definiu em seu art. 25 que “toda pessoa tem o direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, saúde e bem estar, inclusive alimentação [...]”. Tal disposição foi reiterada, em 1966, pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adotado pela Resolução 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em seu art. 11<sup>31</sup>, que acresceu:

“§ 2. Os Estados-partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessários para:

1. Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais.

2. Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.”

Nesse sentido, elucidam Rosalice Fidalgo Pinheiro e Laura Garbini Both (2017, p. 102):

---

<sup>3</sup> Artigo 25: 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

<sup>4</sup> Artigo 11: 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

<sup>5</sup> Artigo 12: 1. Toda pessoa tem direito a nutrição adequada, que lhe assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual. 2. A fim de tornar efetivo esse direito e de eliminar a desnutrição, os Estados-Partes comprometem-se a aperfeiçoar os métodos de produção, abastecimento e distribuição de alimentos, para o que se comprometem a promover maior cooperação internacional com vistas a apoiar as políticas nacionais referentes à matéria.

No plano internacional, o artigo XXVI da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 afirma o direito à alimentação, dentre outros, tem caráter obrigatório. A vantagem dessa afirmação está, justamente, em seu caráter universalista, pois, hoje, a Declaração é aceita por todos os Estados. Rende-se, então, ao direito à alimentação a característica de um direito universal, passível de proteção em um sistema normativo internacional.

No contexto da garantia dos direitos humanos universais, o direito à alimentação adequada foi, expressamente, acolhido pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, em seu artigo 11, como obrigatório para todos os Estados que o aceitaram ou o ratificaram, dentre os quais o Brasil em 1992. Segundo Islândia Costa Bezerra e Kátya Regina Isaguirre, isso “representa um avanço imensurável”, sendo possível afirmar que “vislumbra o conhecimento e o reconhecimento, por parte de toda a sociedade, de que o acesso a uma alimentação adequada corresponde, por si só, ao direito de existir e coexistir, vinculado diretamente ao valor da dignidade humana”.

[...]

O direito humano à alimentação adequada é acolhido, então, no plano regional. O Protocolo de San Salvador de 1988, que completa a Convenção Americana dos

Direitos Humanos de 1969, reconhece expressamente em seu artigo 12 o direito à alimentação adequada, tendo sido ratificado pelo Brasil.

Portanto, resta claro ser o direito à alimentação um direito humano, o qual deve ser assegurado por cada Estado, por meio de políticas públicas que garantam ao indivíduo uma alimentação de qualidade e suficiente às suas necessidades nutricionais.

Explanam igualmente Cayres e Leão Júnior (2015, p. 90):

O direito fundamental à alimentação adequada, é um direito social de segunda dimensão, exige, para sua efetivação e garantia uma concatenação de esforços entre o Estado e a sociedade civil e da pessoa beneficiária, individualmente considerada. Urge daí o dever de assegurar o acesso à alimentação em qualidade e quantidade suficientes a fim de tornar sustentável a vida.

Quanto à alimentação especial, a mesma se refere a alimentos especiais dos quais necessitam certos indivíduos, devendo ser voltado a estes um olhar atento, tanto pelo Estado quanto pela sociedade e a família.

Indivíduos que possuem necessidades alimentares especiais, se as tiverem atendidas em tempo, poderão ter uma sadia qualidade de vida, somente através da suplementação adequada, tendo garantida, concomitantemente, a sua saúde.

Preconiza Dirceu Pereira Siqueira (2013, p. 3):

O direito à alimentação apresenta-se como direito pluridimensional, irradiando seus efeitos para inúmeros outros direitos, tais como: saúde, cultura, terra, família, moradia, trabalho, previdência, consumidores, entre outros. No entanto, em todo momento ele mantém seus traços de fundamentalidade, apresentando-se como legítimo direito fundamental.

Conforme exposto alhures, o direito à alimentação irradia seus efeitos para inúmeros outros e, no caso da alimentação especial, irradia seus efeitos ao direito à saúde, posto que, ao se garantir a alimentação adequada a quem dela necessita,

consequentemente, estará sendo assegurado também o direito à saúde desse indivíduo, até mesmo a tratando de forma preventiva.

O direito à saúde não pode ser conceituado somente como a ausência de doença, havendo, em acréscimo, a necessidade de sua integração com o meio, a fim de se alcançar o bem-estar em seu sentido completo, ou seja, tanto físico quanto mental e social (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 21).

Nesse sentido, destaca Luiz Alberto David Araújo (1994, p. 53-54) *apud* Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 21-22):

Como consequência primeira do direito à saúde (direito de estar são), deve-se agregar o direito à prevenção de doenças (direito de permanecer são). Assim, o Estado é responsável tanto por manter o indivíduo são, desenvolvendo políticas de saúde, como para evitar que ele se torne doente. O direito à prevenção de doenças é, consequentemente, parte do direito à saúde. O direito à saúde não significa apenas o direito de ser são e de se manter são. Não significa apenas o direito a tratamento de saúde para manter-se bem. O direito à saúde engloba o direito à habilitação e à reabilitação, devendo-se entender a saúde como o estado físico e mental que possibilita ao indivíduo ter uma vida normal, integrada socialmente.

Corroboram os dizeres de Paula Paschoal Di Cesare e Solange de Oliveira (2016, p.11): “A alimentação adequada, com respeito à efetividade das necessidades nutricionais mínimas do indivíduo e da população promovem a saúde, principalmente preventiva, destes indivíduos ou grupos.”

Essas necessidades especiais que possuem certos indivíduos vão desde alergias e intolerâncias alimentares até mesmo a pacientes em tratamentos oncológicos, como no caso de portadores de tumores de esôfago e de cabeça e pescoço, os quais geralmente necessitam de sonda para sua alimentação, além de tratamentos outros, como de anomalias de fissuras labiopalatais, cujo tratamento-modelo se encontra em hospital de nossa região, Hospital de Reabilitação de Anomalias Craniofaciais da USP, em Bauru, o chamado “Centrinho”, o qual é referência em toda a América do Sul, no tocante ao tratamento dessas anomalias, o qual inclui a suplementação alimentar, que, por muitas vezes, ocorre por meio de sondas.

Portanto, o direito à alimentação não resguarda apenas a alimentação de qualidade ou os vários tipos de alimentação existentes, quanto à sua dimensão cultural, mas também deve resguardar a alimentação especial àqueles que dela necessitem, não devendo ser vista como um fármaco, como muitas vezes se dá a sua interpretação, porém, como um direito social, assegurado constitucionalmente, tanto quanto o é o direito à saúde, e que, se atendido em tempo, proporcionará aos indivíduos necessitados uma sadia qualidade de

vida, somente por meio de uma suplementação adequada; não se refere, nesse caso, somente a aspectos quantitativos, contudo, inclui os qualitativos e culturais.

O *caput* do artigo 227 da Constituição explicita que, dentre outros direitos, o direito à alimentação é de responsabilidade do Estado, da sociedade e da família. Todavia, o referido dispositivo vincula essa responsabilidade a grupos vulneráveis, tais quais criança e adolescente, não se referindo a uma coletividade de pessoas. É papel da sociedade fiscalizar e colaborar com os órgãos estatais acerca da melhora das condições sociais de vida das pessoas, devendo, inclusive, assegurar a todos o acesso a uma alimentação adequada (SIQUEIRA, 2013, p. 33-34).

Uma alimentação especial não consiste em um fármaco, um medicamento, significando, de fato, nutrientes especiais dos quais necessitam certos indivíduos. Todavia, pessoas que não possuem condições financeiras de arcar com uma alimentação especializada fazem jus a cobrarem do Estado que as forneça, certamente comprovando as suas necessidades, por meio de receituários médicos ou nutricionais.

Estando o direito à alimentação intimamente interligado ao da saúde, ao negá-lo, ou prestá-lo de forma ineficiente, estará havendo negativas ou prestações deficientes de ambos os direitos sociais, tornando-se, assim, a situação ainda mais gravosa, pois, se o Estado não é capaz de garantir a alimentação especial necessária à saúde do indivíduo, além de negar o direito social à alimentação, também o estará fazendo com relação ao direito à saúde.

Assegurar os direitos sociais e reconhecer a sua fundamentalidade é, além de observar as normas constitucionais, garantir um Estado de Direito verdadeiramente democrático, o qual, através de políticas públicas, mantenha uma postura ativa, a fim de proporcionar aos cidadãos condições de igualdade e de dignidade.

A dignidade humana é princípio apto a embasar todo o ordenamento jurídico. Por conseguinte, não se trata de discricionariedade estatal a observância aos direitos fundamentais, haja vista ser um poder-dever do Estado a garantia dos mesmos, sem os quais não é possível a fruição pelo indivíduo de uma vida condigna.

E o direito à alimentação, principalmente no que concerne à alimentação especial, é direito fundamental indispensável para assegurar a saúde em sua forma plena, proporcionando qualidade de vida ao indivíduo que dela necessita, sendo direito compreendido no mínimo existencial, ou seja, prestações materiais necessárias sem as quais não seria possível a fruição de uma vida digna, sendo inadmissível a alegação estatal de falta de recursos na garantia desses direitos, conforme veremos seguir.

## **CAPÍTULO 2 – O DIREITO À ALIMENTAÇÃO ESPECIAL COMO GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A dignidade humana, princípio constitucional de valor fundamental de todo o ordenamento jurídico, é uma qualidade intrínseca ao ser humano, não podendo ser dele dissociada. É também fundamento estruturante do Estado Democrático de Direito, o que, certamente, deve pautar não somente as ações dos Poderes Legislativo e Executivo, mas também do Judiciário. E, em observância ao princípio da dignidade humana, é imperioso assegurar a alimentação especial ao grupo de indivíduos que dela necessita e o mínimo existencial, de sorte que esse núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais é o motivo pelo qual não poderá ser aceita a invocação da teoria da reserva do possível, quando estiver sob enfoque a efetivação desses direitos.

### **2.1 A garantia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**

Originariamente, a dignidade da pessoa humana tem ascendência bíblica, religiosa, cujo entendimento é o de que o homem é feito à imagem e semelhança de Deus. Posteriormente, com o Iluminismo, a origem do termo passa a ser filosófica, vindo a ter como fundamento a autodeterminação do indivíduo, a razão e a valoração da moral. Todavia, começa a se tornar um objetivo político, ao longo do século XX, tornando-se a dignidade a finalidade tanto do Estado quanto da sociedade. Mas, em razão de dois movimentos, lentamente, a dignidade migra para o mundo jurídico, sendo tais movimentos: cultura pós-positivista, havendo a reaproximação do Direito e das filosofias moral e política; inclusão da dignidade da pessoa humana tanto nas Constituições de Estados democráticos como em diversos documentos internacionais. Diante desse conceito jurídico no qual a dignidade fora transformada, o desafio está em torná-la útil e operacional, seja nacionalmente, seja internacionalmente (BARROSO, 2010, p.4).

O princípio da dignidade da pessoa humana, conforme a filosofia cristã, é elemento indissociável ao ser humano, devendo ser fundamento de todo ordenamento jurídico. A São Tomás de Aquino se atribui a construção da filosofia cristã, segundo a qual a racionalidade é responsável por distinguir o homem das demais criaturas e a dignidade é uma qualidade inerente deste. Mas, na filosofia antiga, foi Jesus o verdadeiro elaborador da doutrina da dignidade, tendo os pensadores ulteriores apenas a amoldado ao momento em que viviam (COTTA; FUNES, 2007, p. 2-3).



Com relação à obra de São Tomás de Aquino, destaca Cleber Francisco Alves (2001, p. 22-23):

Santo Tomás, o doutor angélico, influenciado sobremaneira pela filosofia de Aristóteles, elaborou uma síntese do pensamento cristão sobre a pessoa humana a partir da herança bíblica, da patrística e dos filósofos da escolástica que o precederam. '[...] O núcleo do pensamento de aquinense está no conceito de pessoa: o homem é digno pelo seu próprio ser. O ser do homem é pessoal. É da pessoa que vem ao homem a dignidade radical. Dessa raiz originária, comum a todo homem procedem todas as outras perspectivas da dignidade humana. Sem ela não tem consciência'. Assim, a dignidade do homem advém do fato de ser ele imagem de Deus. Por tal motivo decorre da filosofia tomista que a pessoa é um fim em si mesmo, nunca um meio. As coisas são meios e estão ordenadas as pessoas, a seu serviço; porém as pessoas, ainda que se ordenem, de certo modo, umas às outras, nunca estarão entre si em relação de meio e fim. Pelo contrário, merecem um respeito absoluto e não devem ser instrumentalizados nunca.

No que tange às origens filosóficas da dignidade humana, estas se associam ao romano Marco Túlio Cícero, para o qual os homens devem considerar os interesses uns dos outros, pelo simples fato de serem naturalmente semelhantes, portanto, sujeitos às mesmas leis naturais, sendo proibido que se prejudiquem, o que se vincula à noção de dignidade, visando, entre os seres humanos, ao respeito e considerações mútuas (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 88).

Já a Immanuel Kant atribuímos o pensamento moderno da dignidade, segundo o qual o homem se eleva acima de qualquer “preço”, sendo-lhe conferido um valor interno absoluto. Nas palavras de Kant (2017, p. 247):

Somente o homem considerado como pessoa, isto é, como sujeito de uma razão prático-moral eleva-se acima de qualquer preço; pois como tal (*homo noumenon*) tem de ser avaliado não meramente como meio para // outros fins, nem mesmo para seus próprios fins, mas como fim em si mesmo, isto é, ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto), pelo qual ele constringe todos os outros seres racionais do mundo a ter respeito por ele e pode medir-se com qualquer outro dessa espécie e avaliado em pé de igualdade.

A respeito da filosofia kantiana, explana José Afonso da Silva (1998, p. 90): “A filosofia kantiana mostra que o *homem*, como ser racional, *existe* como fim em si, e *não simplesmente como meio*, enquanto os seres, desprovidos de razão, têm um valor relativo e condicionado, o de *meios*, eis por que se lhes chamam *coisas*.”

Por conseguinte, para a filosofia tomista, a chamada filosofia cristã, o homem, feito à imagem e semelhança de Deus, tem dignidade por ser um fim em si mesmo; conforme a filosofia com origens em Marco Túlio Cícero, os homens devem se respeitar mutuamente, não devendo haver entre eles qualquer tipo de desrespeito, pelo simples fato de serem humanos, e, dessa forma, seres dignos. E, segundo o pensamento kantiano, ao homem não pode ser adjudicado um valor, por estar o mesmo acima de qualquer preço,

bastando haver a “racionalidade”, isto é, ser “pessoa”, para que possa ter reconhecida a sua dignidade, sendo este o pensamento jurídico hodierno.

Explicita Canotilho (1998, p. 380):

As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre *lex divina*, *lex natura* e *lex positiva*, abririam o caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens. Mas como era a consciência humana que possibilitava ao homem aquilatar da congruência do direito positivo com o direito divino, colocava-se sempre o problema do conhecimento das leis justas e das entidades que, para além da consciência individual, sujeita a erros, captavam a conformidade da *lex positiva* com a *lex divina*.

De salutar importância foi a contribuição do espanhol Francisco de Vitoria (no século XVI e no início da expansão colonial espanhola), para afirmação da ideia de dignidade humana, já que ele, baseado no pensamento estoico, principalmente de Cícero e Ovídio, bem como no pensamento cristão, defendia a liberdade e igualdade dos índios, os quais também deveriam ser respeitados como sujeitos de direitos, em função do direito natural e de sua natureza humana, não se baseando no fato de serem cristãos, católicos ou protestantes. Assim como a ideia do direito natural em si, nos séculos XVII e XVIII, âmbito do pensamento jusnaturalista, experimentou um processo de racionalização e laicização, isso aconteceu também com a concepção da dignidade da pessoa humana, mas foi mantida a noção fundamental da igualdade em dignidade e liberdade entre os homens. É relevante destacar, nesse período, a concepção de dignidade de Samuel Pufendorf e Immanuel Kant, sendo que, para o primeiro, até mesmo o monarca teria o dever de respeitar a dignidade da pessoa humana, a qual considera como liberdade de opção do homem, conforme sua razão, agir conforme seu entendimento, enquanto, para o segundo, a dignidade parte da autonomia ética do ser humano, sustentando, ainda, que o indivíduo não pode ser tratado como mero objeto, nem mesmo por ele próprio (SARLET, 2012, p. 99).

Nesse sentido, elucida Daniel Sarmiento (2019, p. 52):

É igualmente antiga a preocupação com a dignidade humana no pensamento dos grandes filósofos: Cícero, Pico della Mirandola e Kant foram apenas alguns dentre muitos pensadores que, de uma maneira ou de outra, se debruçaram sobre o assunto ao longo do tempo. Porém, o que não havia até muito recentemente era a consagração *jurídica* do princípio da dignidade da pessoa humana. Essa é basicamente uma novidade do século XX, especialmente do segundo pós-guerra.

As declarações de direitos, constituições e codificações dos séculos XVIII e XIX não aludiam à dignidade humana. Por conta disso, há quem afirme que a preocupação com a sua garantia era alheia ao discurso dos direitos humanos até a 2ª Guerra Mundial. Não é este o meu entendimento. Tais documentos jurídicos se erguiam sobre pressupostos que são da essência da dignidade humana, como a autonomia, a igualdade – pelo menos a formal – e a

necessidade de limitação do poder estatal. Mais importante que isso, os direitos reconhecidos nesses documentos e nos que vierem depois – direitos individuais, políticos, sociais, culturais etc. – foram resultados de lutas históricas que, nas palavras de Habermas, tiveram como combustível a “indignação dos humilhados pela violação da sua dignidade humana”.

Por seu turno, expõe Luiz Antonio Rizzatto Nunes (2007, p. 49):

A dignidade nasce com a pessoa, é inata e inerente à sua essência. O indivíduo nasce com integridade física e psíquica, cresce e vive no meio social, e tudo o que compõe tem que ser respeitado, concluindo que: a dignidade humana é um valor preenchido a priori, isto é, todo o ser humano tem dignidade pelo fato de ser pessoa.

Destarte, a dignidade é elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacada: é qualidade intrínseca, irrenunciável e inalienável da pessoa (SARLET, 2006, p. 41).

Krystian Complak (2008, p. 119) assinala:

A dignidade do homem tanto na versão laica como cristã encontra resistências e questionamentos. Para evitar todas estas acusações de subjetivismo ou de especulações, proponho a definição da dignidade humana baseada nas suas características descobertas pelas ciências que, devido às suas sequelas práticas, não permitem a sua relativização. A ela contribui designadamente o chamado livre desenvolvimento da personalidade. Sem embargo este livre desenvolvimento do indivíduo é um aspeto da liberdade do homem e deve ser analisado na sua óptica.

Segundo o doutrinador alemão Günter Dürig (1956, p. 125) *apud* Ingo Sarlet (2007, p. 368), a dignidade incide no fato de que

[...] cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 10 de abril de 1948, consagra valores básicos universais, almejando fundamentar toda a ordem pública mundial no respeito à dignidade. Afirma, desde seu preâmbulo, a dignidade como sendo inerente a todo ser humano, o qual é titular de direitos inalienáveis e iguais, bastando ser pessoa para ser titular de tais direitos (PIOVESAN, 2008, p. 137).

É oportuno sublinhar a primeira parte preambular da Declaração Universal dos Direitos Humanos e seu artigo 1º, que prescrevem expressamente a respeito da importância de se ressaltar a dignidade, *in verbis*:

#### **Preâmbulo**

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

[...]

### Artigo 1

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

O reconhecimento expresso do valor fundamental da dignidade da pessoa humana, nas Constituições, é relativamente recente, de maneira que somente a partir da Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal da ONU, de 1948, esse princípio foi consagrado. Mesmo assim, não houve a inserção desse princípio nos textos constitucionais de muitos Estados (SARLET, 2012, p. 96-97).

Ensina Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 84):

Nesse contexto, verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.

A Carta Magna brasileira de 1988, em seu inciso III, artigo 1º,<sup>6</sup> enalteceu o princípio da dignidade como valor fundante de todo o ordenamento jurídico, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

A garantia de uma existência digna, no Brasil, consta do artigo 170, *caput*, da referida Constituição de 1988, no elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica, resgatando, assim, o que já era proclamado na Constituição de Weimar de 1919. O Estado democrático brasileiro estabelece, desde o preâmbulo constitucional, como sua destinação, assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos. A tais valores agrega a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III do artigo 1º da CF/88, assim como a previsão da erradicação da pobreza como sendo um dos objetivos fundamentais da República, consoante o disposto no inciso III do artigo 3º dessa Carta (SARLET; ROSA, 2015, p. 223).

---

<sup>6</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

Nas preciosas lições de Oscar Vilhena Vieira (2017, p. 60) está consignado:

A Constituição brasileira estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nossa República, por intermédio de seu art.1º, III. A expressão não volta mais a aparecer no texto como um direito subjetivo expressamente reconhecido. Talvez essa tenha sido uma posição sábia de nosso constituinte, pois a dignidade é multidimensional, estando associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar etc. Nesse sentido, a realização da dignidade humana está vinculada à realização de outros direitos fundamentais, estes, sim, expressamente consagrados pela Constituição de 1988.

Consoante conclui José Afonso da Silva (1998, p. 91):

Portanto, a *dignidade da pessoa humana* não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

Revelado o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional, demonstrada está a pretensão de torná-lo o principal harmonizador, quer da ordem constitucional, quer de todo o sistema jurídico, fazendo com que haja, desse modo, uma interpretação destinada a buscar sempre a preservação do mesmo, diante da concordância prática com os demais valores constitucionais (MARTINS, 2003, p. 63).

A respeito das funções do princípio da dignidade humana, preleciona Sarmento (2019, p. 77-78):

O princípio da dignidade da pessoa humana é um importante *fundamento da ordem jurídica e da comunidade política*. Esta ideia foi explicitamente consagrada pela Constituição brasileira em seu art.1º, inciso III, que afirmou ser a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos – o mais importante diria eu – da República. Não por outra razão, Paulo Bonavides consignou que “nenhum outro princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição”. No Direito Internacional, tem-se igualmente reconhecido que a dignidade humana é o fundamento dos direitos humanos. É o que proclamam os preâmbulos dos dois mais importantes tratados sobre direitos humanos da ONU, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, que afirmam, em textos idênticos, que tais direitos “decorre, da dignidade inerente à pessoa humana”.

Ao relacionarmos a dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais, aquela opera como limite a estes, além de ser também limitadora dos limites. Portanto, em nome da dignidade humana, é possível e necessário restringir direitos fundamentais, sem, contudo, afetar o seu núcleo essencial e seu conteúdo em dignidade humana (SARLET, 2015, p. 96).

De acordo com as lições de Alexy, os princípios são *mandamentos de otimização*, por isso, a dignidade humana pensada como princípio deve ser recepcionada como tal (1993, p. 112):

*Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. La máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.*

Acerca da dignidade, Jorge Miranda (2008, p. 170) conceitua: “Princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte, dir-se-ia mesmo um *metaprincípio*.”

Ao sustentar ser a dignidade um *metaprincípio*, o autor supracitado visa a explicar a extensão de seu alcance, no ordenamento jurídico, haja vista ser princípio que irradia seus efeitos sobre os demais e que deve ser indubitavelmente respeitado. É princípio apto a embasar todas as demais normas, é valor fundante, cuja observância é obrigatória.

Assevera Elimar Szaniawski (2005, p. 141-142):

A ideia de que todo o ser humano é possuidor de dignidade é anterior ao direito, não necessitando, por conseguinte, ser reconhecida juridicamente para existir. Sua existência e eficácia prescinde de legitimação, mediante reconhecimento expresso pelo ordenamento jurídico. No entanto, dada a importância da dignidade, como princípio basilar que fundamenta o Estado Democrático de Direito, esta vem sendo reconhecida, de longa data, pelo ordenamento jurídico dos povos civilizados e democráticos, como um princípio jurídico fundamental, como valor unificador dos demais direitos fundamentais, inserido nas Constituições, como um princípio jurídico fundamental.

Opera como fundamento do princípio que estrutura o Estado democrático de direito a dignidade da pessoa humana, irradiando seus efeitos por toda a ordem jurídica, trazendo inspiração também para a atuação do Judiciário e não apenas para a atividade legislativa (ROMITA, 2005, p. 251).

Nessa linha, frisa Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (2014, p. 47):

A dignidade atua como força motriz e fio condutor da construção democrática da sociedade contemporânea; é uma conquista do homem e da sociedade; é princípio fundante do Estado Democrático de Direito e do seu sistema jurídico. É ela que legitima as políticas públicas e dá validade aos comportamentos estatais, tornando-os aceitáveis dos pontos de vista social, político e jurídico.

Sabendo que a dignidade é inerente ao ser humano, portanto, incondicionada, bastando para tanto ser humano, o valor da mesma terá projeção por todo o sistema internacional e, mesmo que assuma a roupagem do Positivismo Jurídico, incorpora o valor da dignidade humana (PIOVESAN, 2003, p. 188).

Possui múltiplos usos a palavra “dignidade”, tendo sido empregada, ao longo do tempo, com três sentidos diferentes: como *status*, como *virtude* e como *valor intrínseco*. Como *status*, a dignidade era atribuída a poucos, inserida num contexto de sociedades estamentais e hierarquizadas, não era associada aos direitos humanos e não possuía uma conotação universal. E, até mesmo nos dias de hoje, essa ideia de dignidade como *status* apresenta relevantes projeções, em muitas sociedades contemporâneas, em sua cultura social, política e jurídica, embora não conscientemente, especialmente em sociedades como a brasileira, a qual mantém traços fortes de desigualdades, associando, por exemplo, a dignidade ao exercício de cargos públicos, tidos como nobres.

Já a dignidade como *virtude* refere-se à “conduta digna”, ligada a certas pessoas pelas suas ações e posturas, diante de circunstâncias adversas, podendo ser citado como exemplo um doente terminal cujo sofrimento, em seus últimos dias, tenha sido suportado com dignidade.

Contudo, no Direito contemporâneo, utiliza-se a dignidade com um terceiro sentido, independentemente de *status* e conduta, sendo empregada como qualidade *intrínseca* de *todos* os seres humanos, bastando pertencer à espécie humana para ter sua dignidade reconhecida, sendo, pois, a dignidade, *ontológica*. Assim, em nenhuma situação pode a dignidade ser retirada pelo Estado ou pela sociedade, por ser inerente à personalidade humana, a qual, mesmo que violada, não será, jamais, pelo seu titular perdida (SARMENTO, 2019, p. 103-104).

Por ser a dignidade uma qualidade inerente a todo o ser humano, tal princípio é irrenunciável e inviolável. Portanto, diante da indisponibilidade de se ter uma vida digna, ou seja, não cabendo ao indivíduo tal escolha, o referido princípio deve ser respeitado e garantido pelo Estado e pela sociedade, não bastando a sua previsão constitucional como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Seu real alcance exige muito mais: exige efetividade estatal e social. É nesse sentido que teremos um Estado verdadeiramente democrático.

Ao lecionar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e seus derivativos constitucionais, avulta Carmem Lúcia Antunes Rocha (2005, p. 441):

Como princípio constitucional, a dignidade humana gera obrigações que se espraiam em todos os subsistemas que compõem a estrutura jurídica de um Estado ou de uma sociedade democrática. Obriga ele a inação (de práticas que o contrariem) tanto quanto obriga as ações (de comportamentos que os dotem de densidade e concretude).

Também não se afirme que a dignidade humana obriga apenas o Estado, no qual se tenha posto-o como princípio constitucional. É ele de acatamento devido, necessariamente, pela sociedade. Porque é um dever de cada homem consigo mesmo e, portanto, com todos os outros que compõem a família humana. Condenado a ser livre e a fazer escolha do bom e do justo para si e, necessariamente, para o outro, o ser humano não tem como viver a experiência da liberdade sem a ela agregar o fator dignidade, que é o que dota de essência a sua aventura no mundo. A liberdade está para a existência do homem como a dignidade está para a sua essência.

Para que o indivíduo tenha assegurada uma vida digna, é necessário voltar ao mesmo um olhar individualizado, o qual atenda às suas reais necessidades. Para tanto, mister se faz invocar a máxima aristotélica do princípio da igualdade, segundo a qual deve-se tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, de sorte que somente assim será possível o alcance da verdadeira dignidade.

Nas lições de Tepedino (1999, p. 48), é possível ler:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Ora, conectam-se no valor intrínseco da vida humana as vozes da dignidade, tanto a ativa quanto a passiva, de todo ser humano, merecendo tê-la respeitada mesmo aquele que já tenha perdido a consciência da própria dignidade (DWORKIN, 1998, p. 307-309).

Das preciosas lições de Dworkin resta cristalina a força motriz da dignidade, a qual deve ser respeitada e considerada; ainda quando o indivíduo já não for mais capaz de ter consciência da mesma, quando nada mais lhe remanesça, deverá sobreviver a sua dignidade.

Nesse sentido, ressalta Ana Paula de Barcellos (2011, p. 246-247):

Certamente é corriqueiro que não haja consenso a respeito de muitos temas pontuais no âmbito da sociedade. No que diz respeito à dignidade da pessoa humana, isso também acontece. Superado o núcleo básico do princípio, é natural que haja diferentes concepções do que significa a dignidade e de como ela pode ser alcançada. Entretanto, se a sociedade não for capaz de reconhecer a partir de que ponto as pessoas se encontram em uma situação indigna, isto é, se não houver consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade, estar-se-á diante de uma crise ética e moral de tais proporções que o princípio da



dignidade da pessoa humana terá se transformado em uma fórmula totalmente vazia, um signo sem significado correspondente. Se não é possível vislumbrar a indignidade em nenhuma situação, ou todos os indivíduos desfrutam de uma vida digna – e aí sequer se cogitará do problema – ou, simplesmente não se conhece mais a noção de dignidade.

O dever imposto pela dignidade trata-se de dever básico, qual seja, o do reconhecimento da intangibilidade da vida humana, posto que tal princípio tem por fundamento a pessoa humana, que, por sua vez, pressupõe a vida como condição objetiva (AZEVEDO, 2002, p. 116).

No que tange à estrutura normativa da dignidade humana, dois conceitos se contrapõem: o absoluto e o relativo. No absoluto, considera-se a garantia da dignidade humana como sendo norma precedente sobre todas as demais, e em todos os casos, indistintamente, não permitindo, portanto, a realização de um balanceamento, o que é incompatível com a análise de proporcionalidade. Já no conceito relativo, utiliza-se da proporcionalidade para saber se houve a violação da dignidade humana (ALEXY, 2015, p. 13-14).

Nas palavras de Robert Alexy (2015, p. 17): “Minha tese é de que a concepção relativa é, de fato, a correta, mas que existem alguns desdobramentos da dignidade humana que se encaminham na direção da concepção absoluta.”

Quanto à “relativização” da dignidade humana, leciona Ingo Sarlet (2015, p. 118-119):

O que nos parece deva ficar consignado é que não se deve confundir a necessidade de harmonizar, no caso concreto, a dignidade na sua condição de norma-princípio (que, por definição, admite vários níveis de realização) com outros princípios e direitos fundamentais, com as situações em que a dignidade se traduz em regras impeditivas de determinadas condutas, como ocorre no caso da proibição da tortura, da imposição de penas cruéis, da vedação de trabalho escravo, entre outras. Assim, alguma relativização se revela como indispensável para a proteção e mesmo promoção da igual dignidade de todas as pessoas, não olvidando que, antes mesmo de ser norma jurídica (princípio e regra), a dignidade é, acima de tudo, o valor distintivo e insubstituível atribuído ao ser humano (e nele reconhecido) que o torna merecedor ou, pelo menos, titular de uma pretensão de respeito e proteção e de um conjunto de direitos humanos e fundamentais. Que cada ser humano é, em virtude de sua dignidade, merecedor de igual respeito e consideração no que diz com a sua condição de pessoa, e que tal dignidade não poderá ser violada ou sacrificada nem mesmo para preservar a dignidade de terceiros, não afasta, portanto – e convém repisar este aspecto – certa relativização (no sentido de possibilidade de restrição) ao nível jurídico-normativo, quando em causa o princípio da dignidade da pessoa humana.

Mas ainda que não se aceite tal “relatividade” (como é o caso dos que advogam ser a dignidade sempre insuscetível de ponderação em face de outros bens, princípios e direitos de estatura constitucional), existe uma dimensão relativa que não nos parece seja contornável, decorrente da necessidade de se averiguar, em cada caso concreto, a existência, ou não, de uma ofensa à dignidade, bem como a de definir qual o âmbito de proteção da norma que a consagra, não se podendo olvidar que, em última análise, irá depender dos

órgãos competentes a decisão sobre tal matéria, não sendo à toa que já disse que definir dignidade é sempre de algum modo lhe impor limites. Assim e retomando também este ponto, não há como desconsiderar não ser incomum que tenhamos situações similares nas quais, em razão de uma diversa compreensão do conceito de dignidade, acabou-se chegando a resultados distintos.

O Supremo Tribunal Federal adota como fundamento, para intervenção na defesa dos direitos fundamentais, a “proibição da proteção insuficiente”, não o fazendo, por conseguinte, para o controle jurisdicional de Políticas Públicas prestacionais ou referentes a direitos sociais, privilegiando, nesse aspecto, o conceito de dignidade humana. Destarte, a Suprema Corte possui diversas decisões nesse sentido, sendo perceptível a vinculação de determinados elementos, como mínimo existencial, núcleo essencial dos direitos fundamentais e reserva do possível, constatando-se que não há a incidência do princípio da reserva do possível, quando a tutela do mínimo existencial se encontra ameaçada, ou seja, o orçamento não será aplicado, pois, independentemente da disponibilidade ou não de recursos financeiros, deve ser garantido o direito pleiteado (LEAL, 2015, p. 154).

Assevera Mônica Clarissa Henning Leal (2015, p. 155-156):

A dignidade humana aparece, por conseguinte, como elemento determinante para o reconhecimento da essencialidade do direito pleiteado, vindo, frequentemente, associada ao conceito de “mínimo existencial”, do que decorre a sua necessária garantia, independentemente da “reserva do possível”. Tal aspecto, apesar de, num primeiro momento, parecer atribuir força jurídica à dignidade, conduz, entretanto, a uma certa banalização do conceito, estabelecendo-se, assim, um aparente paradoxo, pois, ao mesmo tempo em que resta fortalecido, ao ser invocado para a garantia do direito de forma desvinculada do orçamento (isto é, sem possibilidade de restrição em virtude da “reserva do possível”), ele acaba sendo enfraquecido ao ser identificado com a noção de “mínimo” (existencial).

Espelha o princípio da dignidade da pessoa humana o reconhecimento do ser humano como centro e finalidade da existência, não bastando a garantia da vida pelo Estado, porque a garantia da vida digna é o que se faz necessário (SILVA; MASSON, 2015, p. 180).

Ao abordar a respeito dos elementos internos ao conceito de dignidade humana, preleciona Ana Paula de Barcellos (2011, p. 237):

Assim como a liberdade religiosa, a dignidade humana pode ser descrita como um desses fenômenos cuja existência é anterior e externa à ordem jurídica, havendo sido por ela incorporado. Ora, a dignidade humana descreve uma realidade complexa, e essa complexidade é consequência de ao menos duas ordens de razões, que vão refletir sobre a ordem jurídica. Em primeiro lugar, é certo que a dignidade humana não se resume a ter acesso a prestações de educação e saúde, a não passar fome a ter alguma forma de abrigo. Embora o presente estudo se ocupe especificamente dos aspectos materiais da dignidade, há, como se sabe, muito mais do que isso. A liberdade em suas variadas manifestações – de iniciativa, de expressão, de associação, de crença etc. –, a

autonomia individual, a participação política, a integridade física e moral, dentre outros, são elementos indissociavelmente ligados aos conceito de dignidade humana.

Pelo fato de implicar direitos humanos, a dignidade humana tem o seu conceito intimamente ligado a tais direitos, motivo pelo qual pode a dignidade desempenhar o papel de uma “ideia-chave substitutiva”. A dignidade possui um conceito altamente complexo, cuja conexão se dá entre elementos descritivos ou empíricos e elementos avaliativos ou normativos, sendo que os primeiros elementos (descritivos ou empíricos) podem ser explicitados pelo conceito de pessoa, de estrutura duplo-triádica, isto é, há a necessidade de preencher as condições de inteligência, sentimento e consciência (reflexividade em suas três formas – cognitiva, volitiva e normativa).

Já no que tange ao lado normativo, deve-se ligar o conceito de pessoa ao da dignidade humana, o que pode ser expresso da seguinte forma: “Todas as pessoas possuem dignidade humana”, “A dignidade humana confere a todos os seres humanos o direito a serem levados a sério como pessoas” e “Todos os seres humanos têm o direito a serem levados a sério como pessoas.” (ALEXY, 2015, p. 169-171).

## **2.2 - O direito à alimentação especial e o mínimo existencial**

Conforme explanado no item 1.3 do Capítulo 1, o direito à alimentação especial refere-se a nutrientes especiais dos quais necessitam certos indivíduos, o qual, certamente, irradia seus efeitos ao direito à saúde, estando com este intimamente interligado. Ora, ao garantir ao indivíduo a alimentação especial da qual faz jus, por meio dos nutrientes especiais de que necessita, estará assegurando-se, concomitantemente, a saúde preventiva desse indivíduo.

Nesse diapasão, resta cristalino compor o direito à alimentação especial o mínimo existencial, sendo, portanto, obrigação do poder público assegurá-lo.

Compreende o mínimo existencial o conjunto de prestações materiais necessárias para assegurar à pessoa uma vida condigna, ou seja, uma vida saudável, sendo identificado como núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais. Logo, por se tratar de núcleo essencial, o mesmo se encontra blindado contra toda e qualquer intervenção, tanto por parte da sociedade quanto do Estado (SARLET, 2007, p. 8).

Apesar de não estar previsto expressamente no texto constitucional o denominado mínimo existencial, corrobora a ideologia apresentada em vários dispositivos constitucionais, como no caso do Título II – Garantia e Direitos Fundamentais, onde se

listam direitos sem os quais seria impossível a fruição de uma vida digna (SOARES, 2017, p. 144-145).

Conforme afirma Daniel Sarmiento (2019, p. 212),

[...] o mínimo existencial corresponde às condições materiais básicas para uma vida digna. Trata-se de um direito fundamental derivado diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, que também se manifesta em boa parte dos direitos fundamentais sociais positivados pela Constituição de 88, como saúde, educação, moradia, alimentação, previdência e assistência social etc., estando igualmente presente em alguns direitos individuais, como no acesso à justiça.

Nesse sentido, instruem Sébastien Kiwonghi Bizawu e Renan Lucio Moreira (2017, p. 139):

Depreende-se desse princípio que, cada indivíduo tem o direito fundamental de levar uma vida com um mínimo de decência que corresponda ao núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana, por essa razão, é dever do Estado proporcionar meios que garanta a existência digna. De outro modo, a existência digna que se extrai do princípio do mínimo existencial não deve ser interpretada apenas como mera prestação do Estado de assistência às necessidades fisiológica, mas também, que seja capaz de proporcionar aos cidadãos o desenvolvimento do seu potencial para se integrar de forma digna ao meio social.

O mínimo existencial é o direito fundamental social mais importante, é uma regra, um direito definitivo. Isso, todavia, não pode ser considerado um argumento contrário à teoria da ponderação dos direitos fundamentais sociais, posto que duas regras são fundamentais, na teoria dos princípios: a lei da ponderação e a regra de colisão. Aplica-se a lei da ponderação, quando há a colisão entre os princípios da dignidade humana e o das possibilidades financeiras; e a regra da colisão ocorre, quando um princípio tem precedência sobre outro. Assim, quando não se garante o mínimo existencial, a dignidade humana precederá as possibilidades financeiras, haja vista ser o Estado obrigado a assegurá-lo, sendo indiscutível o direito do indivíduo ao mínimo existencial. Por conseguinte, faz-se indispensável a ponderação entre a dignidade humana e a possibilidade financeira, restando, assim, provada a análise da proporcionalidade com os direitos fundamentais sociais (ALEXY, 2015, p. 176-178).

Conceitua Nunes Júnior (2009, p. 72):

O chamado conteúdo mínimo aponta que cada direito tem um núcleo mínimo irremissível, associado à sua própria razão de ser. Evoca, assim, uma abstração que enuncia a essência do direito cogitado, que não pode ser objeto de supressão ante qualquer panorama histórico ou ante quaisquer eventuais limites. Já o chamado mínimo vital opera com vetores quantitativos, ou seja, aponta quais as necessidades mínimas que um ser humano, só por sê-lo e exatamente para preservá-lo em sua dignidade, deve observar.

O mínimo existencial é compreendido pelos direitos sem os quais se tornaria impossível a fruição de uma vida digna, motivo pelo qual a noção do mínimo existencial não pode distanciar-se da concretização dos direitos fundamentais, os quais, por sua vez, materializam a dignidade humana (SILVA; MASSON, 2015, p. 198).

Ressalta Daniel Sarmiento, a respeito do mínimo existencial (2008, n.p.):

Noutro giro, o mínimo existencial desempenha um papel importante como critério para adjudicação judicial de direitos sociais. Como antes ressaltado, numa ordem jurídica centrada na dignidade da pessoa humana não se pode conceber a realização de despesa pelo Estado como um campo livre para as decisões do legislador orçamentário e do administrador. Pelo contrário, há prioridades que a eles se impõem por força de princípios constitucionais revestidos de elevado teor moral, dentre as quais sobressai a de realizar os gastos necessários para o atendimento das necessidades materiais mais básicas dos necessitados. Assim, me parece que o Poder Judiciário está plenamente legitimado para fiscalizar o cumprimento destas prioridades pelos demais poderes estatais.

Por sua vez, enfatizam Rogério Luiz Nery da Silva e Daiane Garcia Masson (2015, p. 200):

Mas o mínimo existencial não deve ser confundido com um mínimo vital ou mínimo de sobrevivência. É necessária a garantia de uma vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade humana. Somente com a efetivação do princípio da dignidade humana será possível que o indivíduo exerça plenamente seus direitos fundamentais.

Reafirmando a explanação supramencionada, não pode ser o mínimo existencial confundido com o mínimo vital ou o mínimo de sobrevivência, posto que este último diz respeito à garantia da vida humana, não alcançado as condições de vida digna, ou seja, de uma certa qualidade à sobrevivência física. A garantia do mínimo existencial não se resume a não permitir que alguém se submeta à fome, o que, apesar de ser um primeiro passo, não o é suficiente.

A fundamentação do mínimo existencial encontra-se no princípio da dignidade da pessoa humana, entre outros princípios, mas a interpretação que tem prevalecido, não apenas na Alemanha, mas também em doutrina e jurisprudência constitucional comparada, é a de um conjunto de garantia materiais para assegurar uma vida condigna. O Tribunal Constitucional de Portugal, por exemplo, reconheceu recentemente que não cabe ao Estado somente não subtrair do indivíduo; lado outro, deve assegurar positivamente, mediante prestações de natureza material, tanto direitos negativos quanto positivos a um mínimo de sobrevivência condigna (SARLET, 2007, p.7).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, as condições materiais que asseguram uma vida digna, atreladas à noção de garantia de direito fundamental, teve sua primeira elaboração dogmática na Alemanha (2010, p. 20):

Na doutrina do Pós-Guerra, o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida. Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo de um indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência. Ressalte-se que apenas alguns anos depois o legislador acabou regulamentando – em nível infraconstitucional – um direito à prestação no âmbito da assistência social (art. 4º, inc. I, da Lei Federal sobre Assistência Social [*Bundessozialhilfegesetz*]).

No Brasil, o mínimo existencial foi apresentado por Ricardo Lobo Torres, ao final da década de 1980, pouco tempo após a promulgação da Carta Magna de 1988, para o qual o mínimo existencial, considerando a sua dimensão essencial e inalienável, abrande qualquer direito, não sendo mensurável, justamente por envolver mais aspectos qualitativos do que quantitativos (TORRES, 1989, p.29).

Não basta, portanto, garantir as condições materiais mínimas à sobrevivência do indivíduo; mister se faz assegurar ao mesmo uma vida digna, não podendo ser o mínimo existencial reduzido ao “mínimo dos mínimos”. Nesse sentido são as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet e Taís Hermann da Rosa (2015, p. 224-225):

Um elemento comum, todavia, e que guarda sintonia com a experiência alemã, é de que também no Brasil se adota a distinção (embora nem sempre usando a mesma terminologia) entre um mínimo sociocultural e um mínimo fisiológico ou vital, ou, em não se utilizando tal distinção, ao menos resta evidenciado que a doutrina e jurisprudência tem sufragado o entendimento de que a garantia de uma existência digna deve ir além da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta e abarcando prestações na esfera cultural, como, por exemplo, o direito à educação. Com efeito, assegurar apenas condições materiais mínimas, que impeçam que a sobrevivência do indivíduo seja colocada em risco, poderia servir de pretexto para a redução do mínimo essencial precisamente a um mínimo meramente vital, de tal sorte que, caso tomado o mínimo existencial como mero mínimo fisiológico, até mesmo a diferença entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana poderia ser

ignorada, negligenciando-se a dimensão sociocultural existente na dignidade da pessoa humana.

Nessa quadra, compreende-se que resguardar as condições mínimas a sobrevivência do indivíduo (mínimo fisiológico) é simplesmente a preservação da vida humana, direito fundamental previsto no art. 5º, caput, da CF/88, e, de tal forma, não se confunde com o mínimo existencial ora analisado, que, como já frisado, corresponde às exigências de uma vida com dignidade, tudo a indicar que o mínimo existencial não poderá ser reduzido a um “mínimo dos mínimos”, mas sim, corresponder ao conjunto de prestações que garanta a existência do indivíduo enquanto ser humano com dignidade.

O mínimo existencial tem sido identificado como constituidor do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, sendo compreendido como o conjunto de prestações materiais indispensáveis para a garantia de uma vida digna, blindado contra toda e qualquer intervenção estatal e da sociedade (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 25).

Salienta Rafael José Nadim de Lazari (2012, p. 70):

Numa conceituação simplória - e de reducionismo apriorístico proposital -, pelo “mínimo” entende-se o conjunto de condições elementares ao homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 179) define o mínimo existencial como “[...] o conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade, para qualquer pessoa.”

Nas palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha, o conceito de mínimo existencial encontra-se acoplado ao da dignidade humana (2005, p. 445):

[...] acoplou-se ao sentido essencial do princípio jurídico-constitucional da dignidade humana. E a união desses conceitos firmaram-se no sentido de dotar de materialidade objetiva os compromissos da sociedade e do Estado, sem os quais não há como se produzir um ambiente social e político propício à efetivação do princípio constitucional da dignidade humana.

O mínimo existencial pode ser conceituado como sendo o direito às condições mínimas de existência humana digna, exigindo, assim, prestações estatais positivas. Seria, portanto, o mínimo necessário à existência, constituindo um direito fundamental necessário à sobrevivência humana, assegurando a dignidade da pessoa, não podendo haver nenhum tipo de retrocesso aquém de um mínimo que deve ser ao indivíduo garantido (TORRES, 1989, p. 29-30).

Na ordem constitucional brasileira, no que concerne ao mínimo existencial, estabelece-se um piso abaixo do qual não se pode descer, mas não se definem quais as prestações materiais que devem ser asseguradas pelo Estado aos indivíduos em condições de vulnerabilidade. Ou seja, o legislador pode ir além do mínimo existencial, tendo ampla liberdade na busca da igualdade material plena. Não pode haver denegação genérica de

prestações materiais previstas na própria Lei Fundamental, com base no mínimo existencial, não cabendo ao intérprete a faculdade de redução da proteção social (SARMENTO, 2019, p. 210-2011).

Asseveram Sarlet e Rosa (2015, p. 223):

No Brasil, mesmo não havendo uma previsão taxativa no texto constitucional de um direito/garantia a um mínimo existencial (pelo menos não na condição de direito fundamental), pode-se referir que o amplo rol de direitos sociais a prestações por parte do Estado brasileiro, reforça os lastros de um direito ao mínimo existencial, e, até mesmo, impõem um dever de viabilização de uma sociedade de bem-estar. Dito de outro modo, a existência de previsão expressa de direitos sociais não deve ser interpretada como excludente da condição do mínimo existencial como sendo um “direito-garantia fundamental autônomo”, tampouco poderá servir como fundamento para afastar a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial.

Acrescenta Adão de Souza Pires (2018, p.77): “As condições existenciais mínimas para uma vida saudável propiciam e promovem a participação humana ativa e corresponsável nos destinos da própria consciência e da vida em comunhão entre todos os seres humanos.”

Conforme os ensinamentos de Ana Paula de Barcellos (2011, p. 292),

[...] o chamado mínimo existencial, formado pelas condições básicas de existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica. Para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem primordialmente outras modalidades de eficácia jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias.

Frisa Torres (1989, p. 29):

O direito às condições mínimas de existência digna inclui-se entre os direitos da liberdade, ou direitos humanos, ou direitos individuais, ou direitos naturais, formas diferentes de expressar a mesma realidade." Aparece explicitamente em alguns itens do Art. 5º da CF de 1988, sede constitucional dos direitos humanos. O mínimo existencial exibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade erga omnes, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do Art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente; é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social, mas é indefinível, aparecendo sob a forma de cláusulas gerais e de tipos indeterminados.

Há uma inquestionável interligação entre o mínimo existencial e as garantias da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais sociais.

Ao abordar a fundamentalidade essencial da dignidade da pessoa humana, Ana Paula de Barcellos faz uma breve análise sobre os pensamentos de John Rawls e de Michael Walzer, envolvendo as prestações materiais relacionadas com a dignidade humana. Para Rawls, em *Uma teoria da justiça*, e, de forma mais incisiva, em *O*



*liberalismo político*, o mínimo existencial é apresentado como construção teórica, pressuposto para um estado social verdadeiramente equitativo, cujo princípio da diferença garante a distribuição de bens na sociedade, da justiça distributiva, relacionando-se com os aspectos materiais da dignidade da pessoa humana. O conjunto de condições materiais mínimas, segundo Rawls, estabelece a posição equitativa de oportunidades, sendo pressuposto dos princípios da diferença e da liberdade, inviabilizando pelo homem a utilização das liberdades que lhes são asseguradas pela ordem jurídica a carência daquele *mínimo existencial*. Nas palavras de Barcellos (2011, p. 150-151):

A evolução do pensamento de Rawls, portanto, no ponto que aqui interessa, parte de uma consideração da justiça distributiva globalmente considerada (o princípio da diferença e seus três elementos: maximização do bem-estar dos menos favorecidos, posições e funções abertas a todos e igualmente equitativa de oportunidades) que, do ponto de vista jurídico, consubstancia um fim estabelecido pelo constituinte e dirigido ao legislador. Nada obstante, ainda neste primeiro momento, a percepção da imprescindibilidade do mínimo existencial (posição equitativa de oportunidades) conduziu o autor a situar este elemento fora da estrutura dos dois princípios, como um pressuposto lógico da equitatividade de sua construção.

Já na segunda fase, o autor vai distinguir dentro do princípio da diferença um conteúdo mínimo, ao qual conferirá *status* de direito subjetivo constitucional, embora não utilize essa expressão nem especifique qual conteúdo material desse mínimo. O mínimo existencial, note-se, deixa de ser um fim a atingir pela atuação do Legislador para transforma-se em um direito constitucionalmente assegurado, independente da intervenção legislativa. As prestações que representam um *plus* em relação a esse mínimo continuam no âmbito da competência do Legislativo, a quem caberá promover as políticas de justiça social que realizem de forma mais ampla a justiça distributiva.

No Brasil, vale fazer o registro, desenvolveu concepção análoga à de Rawls, em *Liberalismo Político*, o Professor Ricardo Lobo Torres, que entende o mínimo existencial como o conjunto imprescindível de condições iniciais para o exercício da liberdade.

Com efeito, também o Professor Ricardo Lobo Torres distingue o mínimo existencial, a parcela mínima das condições materiais sem a qual o homem não sobrevive, dos direitos econômicos e sociais. Aquele, em sua concepção, é direito pré-constitucional, decorrendo do direito básico de liberdade, tem validade *erga omnes* e é diretamente sindicável. Os direitos econômicos e sociais, por outro lado, se fundamentam, segundo o autor, não na ideia de liberdade, mas na de justiça social, e dependem da concessão do legislador.

Dando continuidade à análise realizada por Barcellos, Michael Walzer, diferentemente de Rawls, entende ser possível que, no âmbito de cada comunidade, os indivíduos cheguem a um consenso de valores materiais comuns àquele grupo social e não apenas em relação a um procedimento para atingir um resultado. Na obra *Spheres of Justice*, Walzer não desenvolve claramente a ideia de mínimo existencial, apesar de abordar algumas prestações contidas na ideia de mínimo existencial. Houve, inclusive, apontamentos críticos de que a teoria de Walzer abrigava, doutrinariamente, regimes que violavam os direitos básicos do homem. Em decorrência de tais críticas, o autor escreve

*Thick and Thin: moral argument at home and abroad*, pretendendo amenizar o relativismo apresentado em sua primeira obra, identificando, nesse novo livro, a moralidade como um conjunto de direitos básicos do homem, cujas condições materiais elementares que possibilitam os indivíduos a participar efetivamente da comunidade estariam entre os mesmos. Nessa perspectiva, preleciona Ana Paula de Barcellos (2011, p. 158-159):

O que se pode concluir é que Walzer não se propõe, em qualquer momento, a tratar do mínimo existencial. Ao contrário, seu projeto é: (i) descrever um modelo geral de sociedade justa que, respeite as particularidades de cada comunidade, uma vez que a estas caberá a escolha, de acordo com seus valores compartilhados, dos critérios de acesso a cada bem; e (ii) apresentar uma fórmula específica de justiça distributiva no âmbito das democracias liberais ocidentais. Sua grande preocupação é a diferença, é o local, o particular, e não o geral, o universal, o obrigatório. Compreensivelmente, portanto, não se encontra em sua obra uma teoria organizada sobre o mínimo existencial.

Nada obstante isso, e esse é o ponto que se quer ressaltar, o autor, em vários momentos, em ambas as obras referidas, acaba por reconhecer que há um conjunto de direitos mínimos do homem que decorrem de sua humanidade – daí sua universalidade – sem os quais o indivíduo perde a capacidade de se tornar membro da comunidade e de compartilhar o que quer que seja com os demais homens.

A conclusão a que se pode chegar da exposição é que tanto Rawls quanto Walzer, nada obstante partirem de pontos distintos, percorrerem caminhos diferentes e alcançarem destinos variados, acabam, de alguma forma, em algum ponto do trajeto, reconhecendo a necessidade da garantia do mínimo existencial como pressuposto lógico de suas construções teóricas. Em suma: assegurar o mínimo existencial é indispensável seja qual for a forma de organização social que se pretenda implementar.

O conteúdo do mínimo existencial não é pacífico, podendo ser “macro”, conteúdo no qual o define como subgrupo qualificado de direitos sociais, ou “micro”, conteúdo do artigo 6º da Constituição Federal, dentre os quais encontra-se o direito à saúde preventiva, restauradora e pós-restabelecimento, bem como o direito à alimentação, especialmente em seu enfoque existencial (LAZARI, 2012, p.194).

Por conseguinte, sendo a alimentação um dos direitos sociais previstos expressamente na Constituição da República de 1988, compõe tal direito o mínimo existencial, concebido como o mínimo necessário de recursos materiais que garantem a existência de uma vida digna.

Assegurar aos indivíduos condições de vida básica é também assegurar-lhes a democracia, por meio dos princípios da liberdade e da igualdade. Escreve Sarmiento (2020, p. 203): “A democracia, portanto, só funciona adequadamente quando são asseguradas a todos as condições materiais básicas de vida, que possibilitem a instauração na esfera pública de relações simétricas entre cidadãos tratados como livres e iguais.”

Por seu turno, preceitua Ana Paula de Barcellos (2011, p. 247):

[...] o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.

Conclui Daniel Sarmiento (2019, p. 239-240):

O princípio da dignidade da pessoa humana compreende o direito de acesso às necessidades materiais básicas de vida – o direito ao mínimo existencial –, que, na nossa ordem constitucional, constitui um piso para a justiça social, mas não um teto para a atuação estatal voltada à promoção da igualdade material e dos direitos sociais. A garantia do mínimo existencial é pressuposto para o pleno exercício das liberdades civis e da democracia, mas se justifica por razões autônomas, que independem desses objetivos.

O Poder Judiciário tem plena legitimidade para atuar nessa seara, garantindo o mínimo existencial mesmo quando isso envolva eventual interferência nas escolhas alocativas e desalocativas adotadas pelo Estado, que não se coadunem com a prioridade constitucional de atendimento às necessidades básicas das pessoas. Mas os déficits de capacidade institucional do Judiciário não permitem que ele assuma qualquer tipo de protagonismo na matéria. Esse déficit, aliado ao princípio democrático, recomenda que quando for necessário criar ou alterar políticas públicas para garantir o mínimo existencial, a atuação jurisdicional se dê preferencialmente por meio de técnicas flexíveis, baseadas no diálogo interinstitucional.

O mínimo existencial deve ser garantido pelo Estado e pela sociedade para todos, mas o foco prioritário tem de recair sobre os segmentos mais vulneráveis da população. A categoria, erigida para proteção de grupos subalternos, não pode se converter em mais um belo rótulo para a proteção dos interesses da classe média e da elite.

Ora, propiciar a alimentação especial aos indivíduos que dela necessitam, garantindo, portanto, a saúde destes, é o mesmo que proporcionar-lhes uma condição de vida digna, através do mínimo necessário à sua subsistência.

Tratando o direito à alimentação de um direito social, tanto o Estado quanto a sociedade e a família são responsáveis por assegurá-lo. Todavia, diante da incapacidade financeira do indivíduo em arcar com os custos de uma alimentação especializada, faz jus a cobrar do Estado que a forneça.

Assim, ao garantir ao indivíduo uma alimentação adequada às suas necessidades especiais, o Estado estará lhe proporcionando uma vida digna, somente por meio da promoção de certas necessidades nutricionais, inerente, portanto, à própria garantia do mínimo existencial.

### **2.3 A alegação estatal da Teoria da “Reserva do Possível”**

O conceito de reserva do possível consiste na insuficiência orçamentária à implementação de direitos constitucionalmente previstos, relacionando-se ao “custo dos direitos”. Trata-se de matéria exclusivamente de defesa do Estado, cabendo tão somente a este o ônus de provar a insuficiência orçamentária, estando o mesmo impossibilitado de realizar a inversão ou a distribuição desse ônus probatório.

Todavia, a alegação da reserva do possível somente pode se dar pelo ente estatal de maneira excepcional, não podendo ocorrer em toda e qualquer demanda, sob pena, inclusive, de ser considerado revel, por força da excepcionalidade, quando não for cabível a alegação da tese no caso especificado, evitando, assim, a alegação indiscriminada, padronizada, nas peças defensivas do Estado. É, ainda, necessária a observância da sua dimensão tríplice: disponibilidade dos recursos (questão orçamentária), disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, bem como a proporcionalidade (LAZARI, 2012, p. 58-62).

Com relação ao surgimento da Reserva do Possível, ressalta Lazari (2012, p. 69):

A Reserva do Possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) foi apresentada ao mundo pela primeira vez aos 18 de julho de 1972, via controle concreto de constitucionalidade, no BVerfGE 33, 303 (*Numerus Clausus*), oriundo do Tribunal Constitucional alemão, em resolução a dois problemas apresentados pelos Tribunais Administrativos de *Hamburg* e da *Baviera*, cujos objetos eram a admissão para medicina humana nas universidades de *Hamburg* e da *Baviera*, nos anos 1969 e 1970.

O Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu no sentido de que, somente será constitucional um *Numerus Clausus* absoluto para ingressantes em ensino superior quando, em primeiro lugar, for prescrito nos limites do que for imprescindível, e desde que utilizadas as capacidades cujos recursos públicos já sejam existentes; Em segundo lugar, deve a escolha e a distribuição se dar segundo critérios racionais, oportunizando todo candidato que esteja qualificado ao ensino superior (MARTINS, 2005, p. 667).

Sobre o tema, explana Daniel Sarmiento (2008, n.p.):

A expressão “reserva do possível” foi difundida por uma célebre decisão da Corte Constitucional alemã proferida em 1972, e conhecida como o caso *Numerus Clausus*, que versou sobre a validade da limitação do número de vagas em universidades públicas, tendo em vista a pretensão de ingresso de um número maior de candidatos. Na Alemanha, não está constitucionalmente consagrado o direito fundamental à educação, mas o Tribunal Constitucional entendeu que a liberdade de escolha profissional exigia, em alguma medida, o direito de acesso ao ensino universitário. Contudo, frisou que este direito “se encontra sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo razoavelmente exigir da sociedade”. Para a Corte, esta avaliação sobre a reserva do possível deveria ser feita, “em primeira linha, pelo legislador”, que “deve atender, na administração do seu orçamento, também a

outros interesses da coletividade, considerando ... as exigências de harmonização econômica geral.”

Assim, de origem na Alemanha, o princípio da reserva do possível relaciona-se diretamente com as limitações econômicas capazes de comprometer a plena efetivação de direitos sociais, cuja possibilidade de satisfação condiciona-se a condições materiais. O Caso *BverfGE nr. 33, S. nr. 333*, decisão paradigmática sobre o tema, proferida pela Corte Constitucional da Alemanha, foi o julgado a partir do qual se sedimentou o entendimento, tanto internacional quanto nacional, no sentido de estar sujeita à reserva do possível a implementação dos direitos sociais prestacionais, relacionando-se, além da escassez de recursos materiais, também ao princípio da razoabilidade, separação dos poderes, pacto federativo e reserva de lei orçamentária (GOMES; LINHARES, 2013, p. 6).

Com relação à importação da teoria da reserva do possível pelo sistema brasileiro, assinala Andreas J. Krell (2002, p. 108-109):

Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não é a necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua substituição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc.

Nesse mesmo sentido, assevera Clève (2009, p. 160):

No que se refere à reserva do possível, concebida na experiência constitucional alemã, importante estuda-la com os cuidados devidos, inclusive porque ela não pode ser transportada, de modo automático, para a realidade brasileira. Com efeito, aqui não se trata, para o Estado, de conceber o mais, mas, antes, de cumprir ainda com o mínimo. Ou seja, é evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a reserva do possível não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao mínimo existencial, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que impunha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.

A reserva do possível é constantemente invocada na discussão acerca das restrições impostas à efetivação de direitos fundamentais sociais. No caso da invocação de tal teoria, no Tribunal Constitucional alemão, cuja demanda fora proposta por estudantes de Medicina de Hamburgo e Munique, em face da política de vagas limitadas em cursos superiores, o Tribunal Constitucional, ao decidir a questão, entendeu que o aumento do número de vagas, isto é, o direito à prestação positiva, encontra-se sujeito à

reserva do possível, sendo aquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Ou seja, no caso em comento, a argumentação envolveu a razoabilidade da pretensão levada à Corte. Portanto, a aludida teoria, tal qual sua origem, não se refere à insuficiência de recursos materiais para a concretização do direito social, porém, tem a ver com a razoabilidade da pretensão e sua efetivação (MÂNICA, 2008, p. 99-100).

Na medida em que o Poder Público é possibilitado de implementar políticas públicas que se encontrem dentro de sua capacidade financeira, subordina-se a efetivação dos direitos sociais à teoria da reserva do possível. Todavia, a preservação do mínimo necessário para a garantia da dignidade humana, alicerce para a efetivação do direito fundamental, deve ser observada, não podendo a teoria da reserva do possível ser um óbice para tal. Nessa direção, é necessário observar o princípio da proporcionalidade para que se possa alcançar um equilíbrio entre a reserva do possível e o mínimo existencial (CAYRES, 2017, p. 89).

Contrariamente à ideia do mínimo existencial, a qual enumera as condições básicas necessárias a uma vida digna, a ideia de reserva do possível obstaculiza a execução de políticas públicas, embora, na maioria das vezes, os recursos públicos sejam escassos, não é admissível que tal pretexto seja utilizado a fim de se permitir a violação do conteúdo do mínimo existencial. Portanto, mesmo que permitida tal argumentação, não é cabível a sua vulgarização, devendo tais limitações estatais ser cabalmente demonstradas (SILVA; MASSON, 2015, p. 205-206).

Prelecionam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, a respeito da origem e construção teórica da “reserva do possível” (2010, p. 29):

A construção teórica da “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos

suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador.

Ao abordar a aplicabilidade dos direitos fundamentais, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins destacam, acerca da invocação da reserva do possível (2009, p. 93):

Em relação à aplicabilidade dos direitos fundamentais, parte da doutrina nacional invoca, como salientado, a construção dogmática da *reserva do possível*, trazida do direito constitucional alemão (*Vorbehalt des Möglichen*). A reserva do possível é utilizada como critério para limitar os deveres estatais de prestação, principalmente os relacionados aos direitos sociais, pelo STF e outros tribunais.

A figura da reserva do possível nasceu na decisão *Numerus clausus* do TCF alemão, que avaliava uma intervenção estatal na liberdade profissional de candidatos ao curso de medicina de uma universidade pública alemã. Tratava-se de uma redução de posição jurídica individual provocada por mudança legislativa, e não de problema de direitos sociais.

Continuando a abordagem, Dimoulis e Martins consideram não ser a reserva do possível critério limitador da aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais, em primeiro lugar, pelo fato de que o Estado pode adotar várias medidas, a fim de possibilitar uma prestação, por meio da reorganização das prioridades orçamentárias, racionalização das despesas, contratação de empréstimos no exterior e aumento da arrecadação, com a criação de novos tributos, medidas que prejudicam interesses de certos grupos, o que acabam por gerar um “custo político”, motivo pelo qual elas acabam por não ser priorizadas por determinados grupos políticos.

Em segundo lugar, as opções orçamentárias e as políticas públicas dos demais poderes só podem ser declaradas inconstitucionais, caso haja critério para tanto. O critério racional diz respeito à verificação da distribuição de recursos pelos demais Poderes. Em terceiro lugar, a impossibilidade estatal de atender a demandas de despesa não pode limitar, constitucionalmente, o seu dever de concretização dos direitos sociais, seja no plano geral, controle abstrato das políticas públicas, seja no individual, como, por exemplo, da pretensão exigida pelo titular do direito à saúde. Cabe ao legislador fixar o modo como se dará a concretização do direito social, enquanto, ao judiciário, verificar a procedência do pedido, no tocante ao direito social, além de condenar o Estado, independentemente das alegações de impossibilidade de fazê-lo, à prestação específica (2009, p-93-94).

A esse propósito, também preleciona Felipe de Melo Fonte (2013, p. 132-133):

A *reserva do possível* surge como um argumento na discussão a respeito da concretização judicial dos direitos sociais, exigindo que as pretensões formuladas em face do Estado sejam analisadas com a devida razoabilidade. Em outras palavras, os direitos sociais não seriam *a priori* exigíveis, mas somente se a conduta do Estado fosse reprovada nesse “teste de razoabilidade”.

Ele foi elaborado pelo Tribunal Constitucional alemão, em julgado conhecido como “*numerus clausus*”. No processo em questão discutia-se a constitucionalidade das restrições ao direito à livre escolha da profissão, consubstanciada no número restrito de vagas em medicina nas universidades públicas, que era – e provavelmente permanece sendo – inferior à demanda estudantil. A decisão consignou expressamente que as pretensões individuais encontram-se submetidas à [...] *reserva de lo posible en el sentido de lo que el particular puede exigir em forma razonable de la sociedad*”.

[...]

Isto posto, impõe-se reconhecer inicialmente que há certo descompasso entre o que foi afirmado pelo Tribunal Constitucional e pela doutrina alemã, e o que dizem os julgados proferidos no Brasil. A importação acrítica de teoria elaborada em outro contexto acabou por gerar um argumento genérico em defesa da prestação deficiente de bens e serviços públicos ou mesmo da total omissão estatal. Em outros termos, admitir a reserva do possível, na versão original, significa entender que os direitos subjetivos a prestações dependem de um exame de razoabilidade da pretensão individual, e de que os direitos sociais não são *prima facie* exigíveis dos órgãos públicos. Embora não pareça ser possível resumir a questão a simplicidade da fórmula apresentada, a teoria alemã não diz respeito à disponibilidade financeira, mas sim a um problema democrático. O ponto ainda será aprofundado, já que encontrar o critério de razoabilidade aplicável consiste preciosamente na questão última a respeito das políticas públicas. Em outro passo e contexto, a jurisprudência brasileira criou uma espécie de *condição* ao reconhecimento de direitos subjetivos aos serviços públicos, que é a existência de dinheiro nos cofres do Estado, o que é algo bem diferente (reserva de cofres cheios). Assim, a reserva do possível convolou-se em instrumento de defesa da ampla discricionariedade administrativa em matéria orçamentária, em contraposição à efetividade dos direitos fundamentais.

Saliente-se que, embora o tema da reserva do possível não tenha recebido da doutrina brasileira, até a década de 1990, uma atenção específica, não era entre nós desconhecido, pois as suas mais frequentes aparições tinham relação com os limites dos direitos sociais, os quais demandam ações positivas estatais (direitos positivos) e que, por conseguinte, custam dinheiro. A reserva do possível funcionou, na maioria das vezes, como tese verdadeiramente mágica, haja vista impedir o avanço da sindicalidade dos direitos sociais. O Poder Executivo, por anunciar a iminência do terror econômico, deixa a cargo do Poder Judiciário o papel de vilão nacional, quando necessária a tomada de certas decisões. Recentemente, nos Estados Unidos, o assunto vem sendo objeto de maiores estudos e, no Brasil, passou a ser mais intensamente debatido a partir da obra de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, *The cost of rights* (1999), na qual é realizada uma análise econômica dos custos, tanto dos direitos sociais quanto dos individuais (BARCELLOS, 2011, p. 278-279).

Consoante o disposto no §1º do artigo 5º da CF, cabe ao poder público o ônus probatório da eficiente aplicabilidade dos recursos e da efetiva falta dos mesmos, diante da indispensabilidade da satisfação dos direitos prestacionais (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 32).



Nas palavras de Sarmento (2019, p. 230):

A reserva do possível pode ser desdobrada em três componentes: o componente *fático*, que diz respeito à efetiva existência de recursos necessários à satisfação do direito prestacional em jogo; o componente *jurídico*, que se liga à existência de autorização legal – especialmente na lei orçamentária – para a realização da despesa exigida pela efetivação do direito; e a *razoabilidade* da prestação, considerando os recursos existentes e todos os demais encargos que pesam sobre o Estado.

Às limitações orçamentárias e financeiras, as quais restringem o atendimento integral dos direitos sociais estabelecidos na Magna Carta de 1988, relaciona-se a reserva do possível. Não permite o atendimento da totalidade dessas demandas a escassez de recursos econômicos, portanto, através de planejamento governamental e do estabelecimento de prioridades, os pleitos são atendidos de forma gradativa. Assim, a reserva do possível tem relação com o mínimo existencial, nesse momento de escolhas de prioridades, não devendo ser consideradas suficientes as limitações econômicas como justificativa para a inércia do poder público, quando se encontra diante da garantia de direitos mínimos necessários (VOLPE, 2011, p. 13).

Sabe-se que a reserva do possível é matéria de defesa. Logo, deve pesar sobre o Estado o ônus da prova, ao qual cabe demonstrar que a concessão de determinada prestação esbarra na reserva do possível, não sendo razoável exigir do jurisdicionado tal incumbência, haja vista não possuir o mesmo acesso aos dados e informações necessários para que se processe tal análise. Entretanto, não basta que o Estado invoque genericamente a reserva do possível, opondo-se à concessão judicial de prestações sociais, o que geralmente ocorre. Mister se faz que o ente estatal produza prova suficiente de sua alegação (SARMENTO, 2008, n.p.).

Assinala Gustavo Amaral e Danielle Melo (2010, p. 79): “Há, nos Tribunais Superiores, firme orientação jurisprudencial segundo a qual o Direito à Vida é um direito *superior*, que não pode ser contrastado com *questões menores* como as finanças públicas e o orçamento.”

Ricardo Lobo Torres (2010, p. 74) explana seu posicionamento, no seguinte sentido:

A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a *reserva do possível*, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais.

Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega de prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas *garantias institucionais da liberdade*, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.).

Um argumento de limitação dos direitos sociais se dá com base no princípio das possibilidades financeiras do Estado, conforme nos ensina Robert Alexy (2015, p. 175-176):

Direitos fundamentais sociais são, em grande medida, financeiramente significativos. Isso conduz à discussão sobre qual o papel que as possibilidades financeiras do Estado exercem quanto a ponderar direitos sociais. Essas possibilidades financeiras fáticas não desempenhariam qualquer papel, se fossem consideradas tão somente como princípios formais. Por certo, os direitos sociais têm uma certa dimensão formal, mas a sua dimensão substitutiva predomina. As possibilidades financeiras do Estado vinculam metas substitutivas potenciais, tais como: a segurança pública, a proteção do meio ambiente e a pesquisa científica.

Objetivos como estes podem ser considerados como conteúdo de princípios substitutivos. Quanto mais recursos financeiros sejam aplicados em direitos sociais, mais intensa é a interferência em algum, alguns ou todos esses princípios. Por essa razão, o princípio das possibilidades financeiras é o argumento mais importante para a limitação dos direitos sociais. Poder-se-ia dizer muito mais sobre quais princípios substantivos outros podem ser sopesados em uma equação de balanceamento de direitos humanos. Mas os dois princípios fundamentais já estão identificados: o princípio da dignidade humana, ao lado dos direitos fundamentais sociais, e o princípio das possibilidades financeiras, ao lado dos argumentos contrários.

Exigem os direitos prestacionais uma disponibilidade econômica superior aos direitos de defesa, visto que, em sua maioria, concernem à distribuição ou redistribuição de direitos para os quais os recursos são finitos e escassos, exigindo, para tanto, a realização de escolhas e decisões a respeito de valores e bens, de sorte que a distribuição de uns exige o sacrifício de outros, considerando a insuficiência econômica, sendo necessário, para a satisfação de programas que visam a maximizar os direitos fundamentais e prestações, o estabelecimento de critérios constitucionais. A então chamada “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*), princípio originário da doutrina constitucionalista alemã, passou a ser reafirmada como critério fundamental pela doutrina constitucionalista como sendo o limite estatal para a concretização efetiva dos direitos fundamentais prestacionais. Todavia, na Alemanha, a aplicação do aludido princípio se deu em um caso no qual um estudante de Medicina exigia acesso ao ensino superior, entendendo a Corte Constitucional alemã não poder, nesse caso, exigir da sociedade uma prestação cujos limites excederia o razoável (CALIENDO, 2010, p. 176).

O Poder Público deve atuar no sentido de implementar os direitos sociais reconhecidos constitucionalmente, reduzindo, dessa forma, as desigualdades sociais, ou seja, há obrigação constitucional no que tange à realização de políticas públicas que sejam efetivas na consecução dos objetivos traçados, o que, indubitavelmente, necessita de recursos amplos. Assim, para a efetivação dos investimentos públicos, devem os mesmos

estar previstos no orçamento, a fim de realizar as políticas públicas necessárias à concretização dos direitos e princípios garantidos constitucionalmente (ROCHA, 2010, p. 282- 283).

A reserva do possível é utilizada como matéria de defesa do Estado, cabendo a este a demonstração do ônus da prova e não podendo ser transmitido ao jurisdicionado tal ônus. Portanto, não basta ao ente estatal invocar a reserva do possível, de maneira genérica, a fim de opor às prestações judiciais concedidas judicialmente, como geralmente ocorre. Mister se faz que o Estado comprove suas alegações (SARMENTO, 2010a, p. 23).

Nesse sentido, Gustavo Amaral (2001, 116-117) explicita:

A reserva do possível significa apenas que a concreção pela via jurisdicional de tais direitos demandará uma escolha desproporcional, imoderada ou não razoável por parte do Estado. Em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas [...]. Haveria, em síntese, uma presunção de ilegalidade ou irregularidade da conduta estatal aparente desconforme com o programa ou regra constitucional ou legal, devendo a Administração Pública demonstrar suas razões, não como razões de Estado, mas como razões de convencimento, sua motivação para a escolha de que interesses seriam sacrificados.

A propósito da intervenção judicial na atividade administrativa do Estado, não há que se mencionar violação à separação de poderes, posto que o poder do Estado é uno. O que se almeja com a divisão/separação é justamente a especialização de atividades, as quais devem, harmonicamente, objetivar o fim comum e cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (SANTOS; COUTO, 2015, p. 14).

Quando tratamos de orçamento público, é imperioso ressaltar a necessidade de direcionamento dos gastos, que, na maioria das vezes, não é feito com a eficiência almejada. Nesse sentido, cabe destacar as lições de Ana Paula de Barcellos, *in verbis* (2008, p. 121):

Na ausência de controle social, a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo, este último em suas variadas manifestações: seja nas relações entre Executivo e parlamentares - freqüentemente norteadas pela troca de favores, seja nas relações entre os agentes públicos e a população. Nesse contexto, manipulado em suas necessidades básicas, o povo acaba por perder a autonomia crítica em face de seus representantes. É fácil perceber que corrupção, ineficiência e clientelismo minam a capacidade das políticas públicas de atingirem sua finalidade: garantir e promover os direitos fundamentais. Os recursos públicos são gastos, mas o *status* geral dos direitos fundamentais na sociedade sofre pouca melhora - ou apenas melhoras transitórias - e, *a fortiori*, as condições da população de participar adequadamente do processo democrático permanecem inalteradas. O ciclo então se renova: sem controle social, persistem a corrupção, a ineficiência e o clientelismo. Mais recursos públicos são desperdiçados e muito pouco se

produz em favor da promoção dos direitos fundamentais. Esse, portanto, é o primeiro registro importante a ser feito sobre o tema aqui em discussão.

Ao dissertar sobre o tema, Fernando Facury Scaff cita importante decisão monocrática da lavra do Ministro Celso de Mello (2005, p. 94):

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática que determinou o arquivamento da Medida Cautelar na ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 por perda superveniente de objeto, procede a diversas considerações acerca da Reserva do Possível, conforme pode ser visto desde a ementa:

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da Liberdade de Conformação do Legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘Reserva do Possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (*Revista Interesse*, 2004)

Realça a mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2004):

[...]

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2004).

Ainda que preferível a não intervenção do Poder Judiciário no que se refere às políticas públicas, será o mesmo obrigado a se manifestar diante da omissão estatal, devendo, para tanto, analisar o caso concreto, haja vista que, consoante a decisão alhures do Supremo Tribunal Federal, não basta a alegação de insuficiência de recursos orçamentários a fim de inviabilizar a efetivação dos direitos sociais, pois, não pode o

orçamento se sobrepor aos direitos fundamentais, os quais, pelo contrário, devem encontrar-se acima dos recursos materiais existentes (MARTIN; CARRA, 2011, p. 72).

A mencionada decisão monocrática, proferida pelo Ministro Celso de Mello, na ADPF 45, passou a ser utilizada na jurisprudência atinente à abordagem sobre a reserva do possível, sendo empregados trechos dessa decisão. Há, contudo, decisão mais recente do STF, no RE 592.581, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 13.08.2015<sup>7</sup>, que assevera não poder ser a reserva do possível invocada como obstáculo para impor obrigações de fazer pelo Poder Judiciário (SARMENTO, 2019, p. 230).

No âmbito do Poder Judiciário, tem sido voltado um olhar atento para tal alegação estatal da reserva do possível, não sendo aceitável facilmente tal argumento para afastar a obrigatoriedade de efetivação dos direitos sociais pelo Estado, exigindo as decisões judiciais, além da mera alegação de inexistência de recursos, a comprovação de ausência desses recursos, a denominada exaustão orçamentária. Assim, traduzida como a insuficiência de recursos, a reserva do possível, ou também chamada de reserva do financeiramente possível, somente é passível de afastar a intervenção do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais na hipótese de comprovação de ausência de recursos orçamentários para tanto, vinculando, portanto, a economia às necessidades relacionadas aos direitos sociais, as quais são ilimitadas diante de recursos financeiros escassos. Todavia, no âmbito do Poder Judiciário, tal teoria somente será aceita diante da comprovação da insuficiência de recursos (MÂNICA, 2008, p. 101).

Ocorre que, mesmo diante da comprovação estatal da insuficiência de recursos, deveria o nosso Judiciário requerer também a demonstração de como os recursos públicos vêm sendo alocados, haja vista não ser a efetivação dos direitos sociais, prevista na Magna Carta, a prioridade dos nossos governantes, o que acaba gerando uma má alocação desses recursos, empregados em interesses outros que não os daqueles indivíduos que necessitam do Estado para que possam fazer jus a uma vida digna, através do mínimo necessário à sua subsistência.

---

<sup>7</sup> Tese firmada pelo STF em sede de repercussão geral no RE 592.581: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.”

Nessa direção, argumentam Santos e Couto (2015, p. 23):

A alocação inadequada de recursos a outras áreas em detrimento da realização de direitos, principalmente dos mínimos e indispensáveis a uma vida humana digna, deve ser corrigida, visto ser essencial para assegurar um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Instrui Ana Paula de Barcellos (2011, p. 284-285):

Imaginar que a influência da Constituição no que diz respeito aos gastos públicos se limitaria à formalidade de sua previsão orçamentária seria ignorar por completo a natureza normativa da Carta e dos fins materiais por ela estabelecidos. Tal concepção provocaria, ainda, uma participação inteiramente sem sentido na atividade financeira do Estado: a apuração das receitas, especialmente no que diz respeito ao direito tributário, estaria submetida aos comandos constitucionais, mas as despesas não (!).

Se é assim, e se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes deverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento. No caso brasileiro, a essa conclusão se chega igualmente em decorrência de um conjunto de compromissos internacionais assumidos formalmente. Com efeito, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre o direito das crianças e também o Pacto de São José de Costa Rica obrigam os Estados signatários a investirem o *máximo dos recursos disponíveis* na promoção dos direitos previstos em seus textos.

Assim, mesmo sendo o princípio da reserva do possível um limitador fático e jurídico à implementação dos direitos sociais prestacionais, por parte do Estado, não pode o mesmo obstaculizar os direitos a uma existência humana digna, sem o que não poderia ser o Estado reconhecido como verdadeiramente democrático.

A preocupação com a dignidade da pessoa humana vai desde o Cristianismo, com a filosofia de São Tomás de Aquino, passando pela filosofia de Marco Túlio Cícero e pelo pensamento mais moderno de Immanuel Kant, até a promulgação na Declaração Universal dos Direitos Humanos e o reconhecimento expresso nas Constituições, sendo inscrita na Constituição Brasileira de 1988, em seu inciso III do artigo 1º.

Já o mínimo existencial compreende condições básicas de existência a uma vida digna; a despeito de não estar previsto expressamente na nossa Constituição, mas fazer parte de sua ideologia, deve ser observado tanto pelo Estado quanto pela sociedade. Podemos sustentar que o mínimo existencial trata de um derivativo da dignidade humana.

Destarte, quando houver colisão entre as possibilidades financeiras do Estado, para prover o mínimo necessário à existência humana digna, deverá a dignidade prevalecer, não podendo a impossibilidade financeira do Estado obstaculizar a execução de políticas públicas, nesse sentido. E, caso isso ocorra, caberá ao Poder Judiciário a observância dos princípios constitucionais, somente sendo admissível a aceitação da

teoria da insuficiência de recursos nos casos de sua efetiva comprovação. Nesse sentido, têm sido as decisões judiciais, consoante passamos a demonstrar adiante.

### **CAPÍTULO 3 – A IMPORTANTE INTERLIGAÇÃO ENTRE O DIREITO À ALIMENTAÇÃO ESPECIAL E O DIREITO À SAÚDE**

O direito à alimentação constitui direito pluridimensional, cujos efeitos se irradiam para inúmeros outros, estando intrinsecamente ligado ao direito à saúde. E a alimentação especial, através do fornecimento dos nutrientes dos quais necessita o indivíduo, assegura também sua saúde de forma preventiva, além de cooperar no controle de certas doenças. Todavia, não há que se confundir a alimentação especializada com fármacos, haja vista não referir-se a medicamentos. Entretanto, por meio da análise dos julgados dos tribunais brasileiros, é possível vislumbrar que, mesmo quando o caso *sub judice* se refere ao direito à alimentação, é apenas mencionado o direito à saúde e à vida, os quais, apesar de interligados, não se confundem, estando todos garantidos constitucionalmente.

#### **3.1 O direito à alimentação especial como forma de garantir o direito à saúde**

A alimentação especial, conforme já mencionado nos capítulos anteriores, corresponde a nutrientes especiais de que necessitam certos indivíduos, os quais, com uma suplementação adequada, terão a sua saúde garantida. Logo, o fornecimento dos nutrientes necessários aos indivíduos que deles necessitam garante a sua saúde preventiva.

Nesse diapasão, resta cristalina a interligação existente entre os direitos sociais à alimentação e à saúde, posto que este é consequente garantia daquele. E, portanto, por meio da garantia da alimentação especializada, a saúde preventiva desses indivíduos estará sendo observada, evitando-se complicações futuras e a utilização de produtos medicamentosos.

Conforme podemos vislumbrar em recente julgado do Colendo STJ, no REsp. 1.657.156-RJ, foram determinados os requisitos para se assegurar o direito à saúde. Vejamos:

4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.



Lado outro, importante estabelecermos a diferença entre a alimentação especial e produtos medicamentosos, fármacos, visto que estes, consoante definição da Portaria nº 3.916/98 do Ministério da Saúde (2008, p.14), consistem em “[...] substância química que é o princípio ativo do medicamento.”

Em cartilha da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (2010, p. 12-14), encontramos a definição de medicamentos:

Medicamentos são produtos especiais elaborados com a finalidade de diagnosticar, prevenir, curar doenças ou aliviar seus sintomas, sendo produzidos com rigoroso controle técnico para atender às especificações determinadas pela Anvisa. O efeito do medicamento se deve a uma ou mais substâncias ativas com propriedades terapêuticas reconhecidas cientificamente, que fazem parte da composição do produto, denominadas fármacos, drogas ou princípios ativos. Os medicamentos seguem a normas rígidas para poderem ser utilizados, desde a sua pesquisa e desenvolvimento, até a sua produção e comercialização.

[...]

No dia a dia, é muito comum notar pessoas ou meios de comunicação utilizando a palavra remédio como sinônimo de medicamento. No entanto, elas não significam a mesma coisa. A ideia de remédio está associada a todo e qualquer tipo de cuidado utilizado para curar ou aliviar doenças, sintomas, desconforto e mal-estar. Alguns exemplos de remédio são: banho quente ou massagem para diminuir as tensões; chazinho caseiro e repouso em caso de resfriado; hábitos alimentares saudáveis e prática de atividades físicas para evitar o desenvolvimento de doenças crônicas não transmissíveis; medicamentos para curar doenças, entre outros. Já os medicamentos são substâncias ou preparações elaboradas em farmácias (medicamentos manipulados) ou indústrias (medicamentos industriais), que devem seguir determinações legais de segurança, eficácia e qualidade. Assim, um preparado caseiro com plantas medicinais pode ser um remédio, mas ainda não é um medicamento; para isso, deve atender uma série de exigências do Ministério da Saúde, visando garantir a segurança dos consumidores.

Uma alimentação especial não se trata de um fármaco, de um medicamento, porém, de nutrientes especiais dos quais necessitam certos indivíduos. Todavia, pessoas que não possuem condições financeiras de arcar com uma alimentação especializada fazem jus a cobrança do Estado que as forneça, certamente comprovando as suas necessidades, através de receituários médicos ou nutricionais.

O direito à alimentação especial deve ser assegurado tanto para aqueles que por meio dela buscam a cura ou o controle de certas doenças quanto para aqueles que poderão ter uma vida normal, somente suprindo certas necessidades nutricionais.

Assim, mesmo que os direitos sociais à alimentação e à saúde estejam interligados, por ser o direito à alimentação um direito pluridimensional, irradiando seus efeitos para inúmeros outros direitos, mister se faz a análise pormenorizada do mesmo, sobretudo no que tange à alimentação especial, devendo o Estado assegurá-la aos

cidadãos que não possuem condições de arcar com tais custos e que necessitam socorrer-se ao Judiciário para garantir a sua efetivação, o qual, claramente, compõe o mínimo existencial e é essencial para a garantia do princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

A alimentação adequada, com respeito à efetividade das necessidades nutricionais mínimas do indivíduo, promove, conforme já mencionando alhures, a sua saúde preventiva, motivo pelo qual é necessária a sua análise pormenorizada, já que a alimentação especial alcança a vida com qualidade, o que, muitas vezes, ocorre somente com base em uma suplementação adequada ou de alimentos especiais, os quais acabam por interferir na saúde, em sua melhora, bastando para isso os alimentos necessários, que não podem ser confundidos com produtos medicamentosos.

E, ao garantir a alimentação especial, o Estado assegurará também o direito à saúde, evitando complicações futuras, o que, certamente, reduziria até mesmo muitos custos nessa área, ou seja, haverá uma economia aos cofres públicos, se as necessidades alimentares especiais de certos indivíduos forem atendidas em tempo.

Diferentemente do direito à alimentação, o qual teve a sua inserção no texto constitucional somente posteriormente, por meio da Emenda Constitucional nº 64, de 2010, o direito à saúde se encontra previsto em mais de um dispositivo da nossa Magna Carta, pois, além de estar incluído no rol dos direitos sociais do artigo 6º, é contemplado também no artigo 196<sup>8</sup>, segundo o qual é a saúde um direito de todos os cidadãos e um dever do Estado, que deve garanti-la através de políticas públicas que visem à redução do risco de doenças e de agravamentos outros.

Ora, ao destacar ser um dever estatal a redução do risco de doença e agravamentos dela decorrentes, podemos correlacioná-lo ao direito à alimentação, principalmente no que diz respeito à alimentação especial, que, consoante já exposto, garante a saúde preventiva dos grupos de indivíduos que dela necessitam.

O direito à saúde também aparece em normas internacionais, das quais a República Federativa do Brasil é signatária, como no § 1º do artigo 12<sup>9</sup> do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, reconhecendo que toda pessoa deve desfrutar da mais plena saúde física e mental.

---

<sup>8</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>9</sup> Art.12: 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

De acordo com o exposto no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946, tem-se:

A saúde é um estado de completo bem estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

Destarte, a fim de observar tanto as normas nacionais quanto internacionais com relação ao direito à saúde, o qual, conforme reza do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e da Culturais e da Constituição da Organização Mundial da Saúde, deve ser garantido no mais elevado nível possível de saúde física e mental, faz-se indispensável a observância da alimentação especial aos indivíduos que dela necessitam, justamente a fim de assegurar, preventivamente, sua saúde, trazendo-lhes qualidade de vida, por meio da suplementação adequada, evitando gastos com fármacos, os quais, por sua vez, oneram ainda mais os cofres públicos.

### **3.2 A análise de julgados referentes ao direito à alimentação e à saúde**

É oportuno observar, na análise dos julgados, que, mesmo ao referir-se ao direito à alimentação, embora intrinsecamente ligado ao direito à saúde, a menção feita pelos tribunais é tão somente ao direito à saúde e ao direito à vida, não havendo em qualquer deles a alusão ao direito à alimentação, também previsto constitucionalmente.

Apesar do direito à saúde ser amplo e visar a proteção da vida, o direito à alimentação com este relaciona-se diretamente, e para que a saúde possa ser considerada em sua plenitude, nos casos da necessidade da alimentação especial, a mesma deve ser prontamente atendida, sendo que, somente assim, diante de ambos os direitos assegurados, estará sendo observado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nos casos em que a necessidade é o leite especial, devido à intolerância ou alergias alimentares, os Tribunais mencionam nos julgados tão somente do direito à saúde, fazendo referência aos artigos 196 e 6º da Constituição Federal, ou seja, dão ênfase ao direito à saúde, não trazendo à baila o direito à alimentação, também devidamente

expresso no texto constitucional e diretamente ligado à saúde, conforme demonstram as decisões mencionadas<sup>10 11 12</sup>.

Até mesmo o Colendo Superior Tribunal de Justiça considerou ser dever do Estado o fornecimento de medicação gratuita, com base no direito à vida e à saúde. Todavia, o caso sob julgamento relacionava-se a menor com alergia alimentar, necessitando, portanto, do uso de leite especial para sua sobrevivência<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. SAÚDE . FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E LEITE ESPECIAL. O autor, criança na faixa de 1 ano de idade, prova que é portador de múltiplas enfermidades, como cardiopatia complexa e intolerância ao leite de vaca, conforme laudos médicos acostados à inicial. Nos termos do art. 300, CPC/2015, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Direito constitucional à saúde e à própria vida. Direito público subjetivo e indisponível assegurado no artigo 6º e 196 da Carta Magna. Dever do Estado em materializar o direito à saúde. Solidariedade dos entes federativos. Em nome da dignidade da pessoa humana, considerando que foi comprovada a moléstia e a necessidade de salvaguarda do direito à saúde da parte agravante, bem como o caráter humanitário que deve nortear todas as decisões judiciais, impõe-se reconhecer legítima a concessão da tutela provisória de urgência. PROVIMENTO DO RECURSO (TJ-RJ -AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 0020019-27.2020.8.19.0000).

<sup>11</sup> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL. SAÚDE PÚBLICA. MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS. FORNECIMENTO DE LEITE A PACIENTE COM REFLUXOGASTROESOFÁGICO. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E À VIDA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DE AMBASAS PARTES. O autor comprovou ser portador de doença crônica e hipossuficiente economicamente, necessitando do insumo descrito na exordial para o adequado tratamento de sua moléstia. Organização administrativa entre os entes federados e invocação de questões internas que não têm o condão de afastar a obrigação imposta na sentença. A reserva do possível é tema que não resiste à análise do cerne da questão, relacionado a direitos e garantias fundamentais, previstos nos arts.5º e 6º, da Carta Magna. Os bens jurídicos ali protegidos, considerados os valores que compreendem e a sede em que estão inseridos, somente podem ser de natureza autoaplicável. Não assiste razão a parte autora que pugna pela imposição de astreintes para o caso de descumprimento da obrigação. Isso porque a sentença expressamente previu o emprego de outras medidas executivas, que contempla a hipótese de fixação de multa, Desprovidimento dos recursos. (TJ-RJ -APELAÇÃO : APL 0002127-13.2019.8.19.0042).

<sup>12</sup> DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA.FORNECIMENTO DE LEITE. DIREITO À SAÚDE (ART. 196 DA CF). APLICAÇÃO DO ECA. DIREITO DE INCAPAZ. 1. O fornecimento de medicamentos, insumos, terapias e tratamentos imprescindíveis à saúde do enfermo (fórmula alimentar) trata-se de obrigação imposta à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, que são partes legítimas para figurar no polo passivo da ação que, por sua vez, pode ser proposta em face de quaisquer destes entes, isolada ou cumulativamente.2. A saúde é um direito social, um dever do Estado e uma garantia inderrogável do cidadão, previsto no art. 196 da Lei Magna, sendo indisponível, por traduzir-se em pressuposto.3. In casu, correta a condenação do município réu/apelante a fornecer o tratamento pleiteado na inicial (Leite/Fórmula especial), pois restou clara sua omissão no cumprimento da obrigação estatal, ressaltando-se que o direito à saúde não pode sujeitar-se à discricionariedade do administrador público. 4. Correta a sentença que, em atenção ao Enunciado nº 2 da Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, determinou que o relatório e prescrição médicos devem ser renovados perante o executor da medida no máximo a cada 03 (três) meses. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E APELO CONHECIDOS, MAS DESPROVIDOS. (TJ-GO - Apelação/ Reexame Necessário : 0508881-72.2019.8.09.0051).

<sup>13</sup> DIREITOS HUMANOS E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOREGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DESEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO GRATUITA. DEVER DO ESTADO. DIREITO FUNDAMENTALÀ VIDA E À SAÚDE.AUSÊNCIA DE PERDA DE OBJETO. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO PELO ESTADO DORIO DE JANEIRO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A efetivação da tutela *in casu* está relacionada à preservação da saúde do indivíduo, de modo que a ponderação das normas constitucionais deve privilegiar a proteção do bem maior, que é a vida e prover a máxima efetividade dos Direitos Humanos. 2. Infere-se dos documentos que instruem a inicial que a menor sofre de alergia alimentar, necessitando do uso de leite especial para a sobrevivência.

Os julgados focalizam, especificamente, a necessidade de certos indivíduos a uma alimentação especializada. Todavia dão ênfase ao direito à saúde, não trazendo à baila o direito à alimentação, também devidamente expresso no texto constitucional e diretamente ligado à saúde.

Após a comprovação da necessidade, é obrigação do Poder Público em custear o fornecimento de suplemento alimentar e insumos, alimentação especial, para adequada nutrição de paciente portadora de fenda palatina e lábio leporino. Nesse sentido foi o julgado do Tribunal Mineiro<sup>14</sup>

Nessa decisão, verificamos a menção à suplementação alimentar e, de forma expressa, a necessidade de alimentação especial. Contudo, a referência feita no julgado é tão somente com relação ao direito à saúde, mesmo ao aludir à necessidade da adequada nutrição, o que, indubitavelmente, está intrinsecamente ligado à saúde da paciente, mas também deveria haver a citação expressa ao direito à alimentação, ambos constantes do rol do artigo 6º da Magna Carta e, portanto, relacionados ao mínimo existencial e à dignidade humana.

---

Especificamente em relação a esse tema, o STJ ao julgar o REsp.900.487/RS, da relatoria do eminente Ministro HUMBERTOMARTINS, já decidiu que a negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível ou, no caso, de leite especial de que a criança necessita, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois vida e saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. 3.O ESTADO DO RIO DE JANEIRO alega a perda de objeto da demanda, porquanto o que se pretendeu no *mandamus* foi a concessão de ordem para o fornecimento de leite especial para criança nascida em 2002,hoje em idade que não mais necessita do alimento. 4. Contudo, o pedido inicial é de proteção à vida, havendo, à época da impetração pedido útil pelo Impetrante. Como é direito fundamental da pessoa e dever do Poder Público garantir a saúde e a vida, não há falar que o pleito tornou-se infrutífero haja vista o decorrer do tempo até a solução da demanda. 5. Desse modo, não é possível afastar a responsabilidade do Estado mediante a alegação de perda de objeto, cabendo ao Ente demandado judicialmente prover a prestação dos serviços necessários à saúde do Recorrente, sob pena de ofensa ao direito fundamental à saúde. Cumpre destacar, ainda que, a necessidade, ou não, do fornecimento de leite especial para a criança deverá ser apurada em fase de execução, quando será oportunizado ao agravado comprovar nas suas alegações. 6. Agravo Regimental interposto pelo ESTADO DORIO DE JANEIRO a que se nega provimento, mantendo-se incólume a decisão recorrida. (STJ – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA : AgRg no RMS 26647 RJ2008/0070436-2).

<sup>14</sup> Reexame necessário e apelação - ação civil pública - menor -fornecimento de suplemento alimentar e insumos - paciente - fenda palatina e lábio leporino- alimentação medicamentosa especial -dever do Poder Público em suas três esferas - coparticipação -apresentação de receita - periodicidade - reexame necessário - sentença confirmada - apelação à qual se nega provimento.1 - A saúde, por ser um direito fundamental do ser humano, deve ser garantida pelo Poder Público, em qualquer uma de suas esferas(federal, estadual ou municipal).2 - Comprovada a necessidade de insumos e de determinado suplemento alimentar para manter a adequada nutrição da paciente, portadora de fenda palatina e lábio leporino, e não dispondo ela de recursos para custeá-los, é obrigação do Poder Público, fornecê-los, na forma prescrita pelo médico que acompanha o tratamento da paciente.3 - Razoável a determinação ao paciente de apresentação de receita atualizada perante o órgão da Administração Pública para obtenção do suplemento e insumos pleiteados e necessários a sua reabilitação. (TJ-MG -Ap Cível/Reex Necessário: AC10433120153849002).

Já com relação à alimentação via sonda, novamente, a despeito de mencionar expressamente a “alimentação”, ao falar do direito em voga, decisões dos tribunais brasileiros concernem somente ao direito à saúde, não realizando a interligação necessária entre ambos os direitos sociais, de sorte a salvaguardar a vida digna<sup>15 16 17</sup>.

Conforme podemos vislumbrar por meio dos julgados trazidos à baila, tanto os relativos aos alimentos especiais dos quais necessitam certos indivíduos, como, por exemplo, um tipo de leite específico, quanto aqueles que precisam realizar uma alimentação via sonda, a referência feita é somente aos direitos à saúde e à vida, os quais,

---

<sup>15</sup> DIREITO À SAÚDE. Fornecimento de insumo. Alimentação por sonda enteral prescrita ao autor. Garantia do direito à saúde e à vida. Inteligência do art.196 da CR e parágrafo único do art. 219 da CE. Condenação em honorários em favor da Defensoria Pública contra a Fazenda Estadual. Confusão entre credor e devedor. Apelação provida. Remessa necessária parcialmente provida. (TJ-SP - Apelação Cível: AC 1004011-80.2019.8.26.0037 SP 1004011-80.2019.8.26.0037).

<sup>16</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA -DIREITO À SAÚDE - PACIENTE EM COMA – ALIMENTAÇÃO POR SONDA - DIETA ENTERAL - NECESSIDADE COMPROVADA - REPARTIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES - COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO -MULTA DIÁRIA - DEVIDA - PRAZO DE CUMPRIMENTO -MANTIDO - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

- Em sendo a saúde indissociável do direito à vida, o art. 196 da Constituição da República dispõe que "a saúde é direito de todos e dever do Estado", e, assim, consagra a saúde como um direito fundamental, devendo o Poder Público buscar os meios necessários a efetivá-lo.- Deve ser mantida a decisão interlocutória que impõe ao ente público o fornecimento da dieta alimentar de que necessita a pessoa idosa que se encontra em coma em razão de traumatismo crânio-encefálico e parada cardiorrespiratória, estando em uso de sonda nasoentérica, mormente quando comprovada a impossibilidade de arcar com o custeio do suplemento.- O valor das astreintes, que têm caráter preventivo, deve ser suficiente para motivar o cumprimento da obrigação imposta, sem, todavia, importar prejuízos ao patrimônio do obrigado.- O prazo exíguo para cumprimento da medida se justifica, por se tratar de suplemento alimentar que deve ser utilizado de forma contínua pelo paciente acamado (TJ-MG - Agravo de Instrumento-Cv : AI 1017618-79.2015.8.13.0000).

<sup>17</sup> REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO – MUNICÍPIO DE NAVIRAÍ / MS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PACIENTE QUE SOFRE COM ESQUIZOFRENIA, ACAMADA – ALIMENTAÇÃO POR SONDA – MÉRITO – FORNECIMENTO DE SONDA ALIMENTAR – ALIMENTAÇÃO ESPECIAL HIPERPROTEICA E HIPERCALÓRICA –OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL – ART. 196 DA CF –OBSERVÂNCIA DAS NORMAS E DA RELATIVIZAÇÃO – USO DE ALIMENTAÇÃO CASEIRA – DOENÇA GRAVE E CRÔNICA –INADMISSÍVEL LIMITAR A INDICAÇÃO MÉDICA – MULTA APLICADA SEM LIMITAÇÃO TEMPORAL – LIMITADO AO VALORDE 50 MIL – RECURSOS CONHECIDOS – SENTENÇA MANTIDANO MÉRITO – REFORMA APENAS PARA LIMITAR A INCIDÊNCIA DA MULTA – PARCIAL PROVIMENTO.

1. O artigo 196 da Constituição Federal prescreve que é dever do Estado garantir o acesso universal e igualitário das pessoas à saúde, estando este dever constitucional acima de qualquer lei, portaria ou qualquer outro ato normativo, porquanto o que se visa garantir é o direito primordial à vida.2. Não se ignora haver limitação orçamentária, mas para a concretização do direito fundamental à vida digna e à saúde, os quais são indispensáveis ao mínimo existencial, sem haver demonstração objetiva motivada por real e específica impossibilidade, a omissão do Poder Público não comporta justificativa na cláusula da reserva do possível.5. Sobre a busca da dieta genérica no SUS, determinadas dietas, são questões de competência exclusiva do médico que acompanha o enfermo (Resolução nº 1.246, de 8/1/88, do Conselho Federal de Medicina - Código de Ética Profissional), sendo inadmissível limitar a indicação médica a eventual padronização da Secretaria da Saúde, tampouco questionar a efetividade do medicamento/suplemento indicado para o tratamento da enfermidade.6. No caso dos autos não há que requerer prova cabal da utilização de outras dietas similares disponibilizadas pelo SUS, uma vez que a recorrida encontra-se em fase terminal da doença que lhe acomete.(TJ-MS - Apelação: APL 0800664-08.2017.8.12.0029 MS 0800664-08.2017.8.12.0029).

apesar de serem indissociáveis, também o são com relação à alimentação nos casos elucidados, nos quais a necessidade precípua é a garantia da dignidade por meio da suplementação adequada, que atenda as necessidades especiais de que os indivíduos.

E, apesar de constar expressamente no rol do artigo 6º da Magna Carta o direito à alimentação, sendo, também, um direito social fundamental e que, conseqüentemente, compõe o mínimo existencial e visa à garantia da dignidade da pessoa humana, o mesmo não é realçado na jurisprudência pátria.

É inegável o fato de estar o direito à alimentação, principalmente no que tange à alimentação especial, intrinsecamente ligado ao direito à saúde e à vida do indivíduo. Todavia, o fato de não ser o mesmo mencionado nos julgados demonstra ser tratado como se direito à saúde fosse, o que não deveria ocorrer, porque não se confundem. E, ao prestar, de forma ineficiente, o direito a que fazem jus os indivíduos que necessitam de uma alimentação especializada, estará o Poder Público o fazendo tanto com relação à alimentação quanto à saúde, agravando, dessa forma, a omissão estatal.

### **3.3 Reserva do possível *versus* mínimo existencial: análise das decisões dos Tribunais Superiores e dos princípios constitucionais**

É entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça a inclusão no conceito de mínimo existencial dos direitos fundamentais, cuja efetivação deve estar prevista nos planos orçamentários, posto que a alegação do Poder Público de incapacidade financeira necessita ser efetivamente comprovada.

Deve o Poder Judiciário atuar como controlador da atividade administrativa, incluindo certas políticas públicas nos planos orçamentários do ente político, quando se caracterizar direito fundamental incluso no conceito de mínimo existencial, não podendo os direitos sociais terem sua efetividade condicionada ao bel prazer do Administrador Público, sendo, portanto, de suma importância a atuação do Poder Judiciário nesse sentido, a fim de controlar a atividade administrativa por meio da inclusão de políticas públicas que se façam necessárias à garantia do mínimo existencial.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> ADMINISTRATIVO - CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS - POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - MANIFESTA NECESSIDADE - OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - NÃO OPORTUNIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.2. Tratando-se de direito

Nesse mesmo sentido, decidiu o Tribunal Superior que, quando se tratar de direito essencial e, portanto, incluso no conceito de mínimo existencial, não encontrará o Poder Judiciário, desde que não haja comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira estatal, qualquer empecilho para que possa estabelecer a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários desse ente político<sup>19</sup>.

Não cabe ao indivíduo exigir do Estado prestações supérfluas, o que escaparia do limite do razoável, entretanto, desde que o pleito vise a suprir o mínimo necessário à existência, tal qual a saúde do indivíduo, deve ser atendido, podendo, assim, garantir-se também a dignidade humana, a qual, por sua vez, é um dos principais objetivos do Estado

---

fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.<sup>3</sup> In casu, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). Agravo regimental improvido (STJ – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp 1136549 RS 2009/0076691-2).

<sup>19</sup> ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPOINIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA <sup>126</sup>STJ. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. 2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 3. In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.<sup>537</sup>/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). 4. Apesar de o acórdão ter fundamento constitucional, o recorrido interpôs corretamente o Recurso Extraordinário para impugnar tal matéria. Portanto, não há falar em incidência da Súmula <sup>126</sup>STF. 5. Agravo Regimental não provido (STJ - AGRAVOREGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp 1107511 RS 2008/0265338-9).



Democrático. Logo, reconhece ser inoponível o princípio da reserva do possível frente ao mínimo existencial<sup>20</sup>

Resta claro, no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que os direitos sociais não podem ter sua efetivação condicionada ao bel-prazer do Administrador da máquina pública. E, caso haja a omissão estatal, o Poder Judiciário, mediante provocação, poderá estabelecer a inclusão de política pública para a concretização dos direitos fundamentais nos planos orçamentários do ente político, desde que o pleito formule exigências voltadas à garantia do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, não se configurando, portanto, alegação cabível da teoria da reserva do possível.

Conforme mencionado no terceiro julgado colacionado, o princípio da reserva do possível, da forma como foi formulada pela jurisprudência germânica, diz respeito à não exigência ao Estado de prestações supérfluas, as quais, por sua vez, ultrapassam o limite do razoável. Porém, ao abordarmos o princípio do mínimo existencial, conceito no

---

<sup>20</sup> ADMINISTRATIVO AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS DIREITO À SAÚDE FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO MANIFESTA NECESSIDADE OBRIGAÇÃO DO ESTADO AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA Oponibilidade da Reserva do Possível ao Mínimo Existencial.1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido (Superior Tribunal de Justiça STJ – RECURSO ESPECIAL : RESp 1041197 MS 2008/0059830-7).

qual se incluem os direitos fundamentais, necessários à garantia da vida condigna, não será possível a alegação frutífera da referida teoria de origem alemã, a qual não pode se sobrepor aos princípios elencados.

Nesse sentido, são importantes as reflexões feitas por Sarlet e Rosa (2015, p. 228-229):

Assim como se dá com outros conceitos, mais ou menos indeterminados, o mínimo existencial, é, em grande medida, aquilo que o Poder Judiciário afirma que é, seja ao cancelar atos dos demais órgãos estatais quando questionados a partir do paradigma do mínimo existencial, seja para rechaçar leis e atos administrativos, mas também decisões judiciais e atos de particulares que porventura violem o direito ao mínimo existencial. Com isso, o Poder Judiciário participa ativamente do processo de definição do conteúdo do Mínimo existencial, mas também se torna alvo de críticas quanto ao nível de sua participação, inclusive no contexto do que tem sido designado de um “ativismo judicial”. De qualquer sorte, tanto no Brasil quanto no exterior e mesmo na Alemanha, como já indicado, o Poder Judiciário tem sido um ator de grande relevância nessa esfera, até mesmo pelo fato de ter sido no âmbito da Jurisdição Constitucional que o mínimo existencial passou a ser reconhecido como um direito fundamental, no contexto de uma autêntica criação e desenvolvimento judicial do Direito.

O discurso da reserva do possível e da escassez de recursos não pode ser alegado frente a direitos cujo próprio texto constitucional prevê como sendo aplicáveis imediatamente, portanto, deve ser garantida a receita para esse fim. Contudo, alguns direitos não possuem a reserva orçamentária, o que faz surgir a ideia de ser defensável a escassez de recursos, no momento de sua efetivação. E, apesar de serem os recursos escassos, em face das necessidades humanas, as quais são ilimitadas, muitas vezes ocorrem as escolhas chamadas trágicas do Legislador e do Executivo, não garantindo nem ao menos os direitos mínimos à sociedade. Assim, perante a inércia dos poderes públicos e da provocação da sociedade, que se sente abandonada por seus representantes eleitos, é que age o Judiciário brasileiro (FERREIRA, 2015, p. 288-289).

Por esse contexto, são relevantes as considerações feitas por Joseane Ledebrium Gloeckner (2003, p. 236-237):

Os direitos sociais a prestações estão ligados intimamente às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes e à criação de bens materiais essenciais não disponíveis para todos que deles necessitem. Tendo em vista a nota econômica dos direitos a prestações e em sendo necessária uma escolha da utilização dos “escassos” recursos financeiros do Estado para efetivação desses direitos tornou-se necessário o estabelecimento de critérios constitucionais para que pudesse ser dada a máxima efetividade possível aos direitos fundamentais a prestações.

É por este motivo que esses direitos prestacionais dependem da conjuntura econômica estatal, pois está em causa a possibilidade de o Judiciário impor ao Poder Público a satisfação das prestações reclamadas. Não sendo o direito à saúde efetivado através de políticas públicas e prestado regularmente pelo Estado, o cidadão pode recorrer ao Judiciário para garantir esse direito. E é o que vem acontecendo nos tribunais brasileiros, expressivamente na área da

saúde. Essas demandas apresentam novos dilemas a serem apreciados pelo Judiciário e pelos operadores do Direito, especialmente no que tange à reserva do possível.

Logo, o Estado deve planejar-se, a fim de garantir, primeiramente, os direitos que são essenciais à população, para, posteriormente, investir em necessidades outras. Dessa maneira, a aplicação do mínimo existencial é o que garante, na organização orçamentária, os direitos fundamentais sociais, devendo, portanto, ser aplicados os recursos para a garantia do mínimo necessário a vida digna do ser humano, para tão somente após haver o planejamento para as demais obrigações (CAYRES; LUCA, 2016, p. 153).

A necessidade de recursos para a realização dos direitos e das liberdades fundamentais é inolvidável, mas, em um país cuja carga tributária é bastante elevada, o não provimento da manutenção do mínimo vital ao cidadãos e o não cumprimento de diretrizes básicas de saúde, encontra amparo na ingerência e na ineficiência da Administração Pública, no que tange aos gastos dos recursos e não na ausência de recursos financeiros (SOUZA; OLIVEIRA, 2017, p. 81).

Com relação às políticas públicas com a implementação de práticas clientelistas, elucidam Oliveira e Costa (2011, p.85)

Historicamente, as políticas públicas e especialmente no Brasil, caracterizam-se de forma dependente dos interesses econômicos e políticos, sendo implementadas através de práticas assistencialistas e clientelistas, refletindo relações que não incorporam o efetivo reconhecimento dos Direitos Sociais. Observa-se, portanto, a existência de um modelo de relações que fragmenta e desorganiza a classe subalterna ao apresentar como favor os Direitos do cidadão. Percebe-se ainda o crescimento da dependência de segmentos cada vez maiores da população, no que se refere à intervenção estatal, por não dispor de meios para satisfação de suas necessidades cotidianas.

Assevera, ainda quanto à reserva do possível, Pedro Henrique Azevedo Lopes Ferreira (2015, p. 308-309):

A reserva do possível deve ser vista como um delimitador racional do mínimo existencial, sempre com ressalvas, ao passo que é uma teoria importada de outros países com realidades sociais totalmente distintas. Ademais, esta deve fundamentar o raio de abrangência do mínimo existencial, mas não poderá jamais tolhê-lo completamente, sob pena de os ideais consubstanciados na Constituição Federal serem considerados apenas programáticos pelo resto da história, tornando-se apenas uma grande falácia positivada.

Passamos agora a uma análise pormenorizada da ADPF nº 45, da lavra do Ministro Celso de Melo, já apontada no item 2.3 do capítulo 2 (grifos nossos):

ADPF 45 MC/DF  
RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO  
EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE

CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Na mencionada ação, elucida o relator que o desrespeito à Constituição pode ocorrer não somente mediante uma postura ativa do Poder Público, incorrendo em situação de inconstitucionalidade, quando edita normas que ofendam os princípios constitucionais, mas também mediante a sua inércia, deixando o Estado de adotar medidas necessárias para a concretização dos preceitos constitucionais, resultando essa não prestação em inconstitucionalidade por omissão.

Destaca também o Ministro que não é função institucional do Poder Judiciário a implementação de políticas públicas. Todavia, excepcionalmente, quando os órgãos estatais descumprirem os encargos sobre eles incidentes, comprometendo, assim, a integridade de direitos individuais e/ou coletivos previstos na Constituição, caberá ao Poder Judiciário tal atribuição, mesmo quando se tratar de normas cujo conteúdo seja programático.

Nesse sentido, prelecionam Edinilson Donisete Machado e Luiz Henrique Martim Herrera (2010, p. 3293):

A partir do referencial fático sob estudo, entendemos que o Judiciário deve determinar o fornecimento do "mínimo existencial" independentemente de qualquer fundamento, não só em razão das forças das normas constitucionais sob o valor axiológico do princípio da dignidade da pessoa humana, como também no fito de zelar por exegese vedativa de retrocesso do dever estatal de cumprimento ao núcleo essencial.

No que se relaciona à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, direitos de segunda dimensão, avulta o relator sobre o tema da reserva do possível, diante do vínculo da concretização desses direitos com as capacidades orçamentárias estatais. Desse modo, não poderá exigir-se do Estado a efetivação imediata dos direitos elencados na Carta Magna, se este comprovar, objetivamente, a sua incapacidade econômico-financeira. Mas, ressalta que não será lícito ao Poder Público criar obstáculo artificial,

com o intuito de fraudar, frustrar ou inviabilizar condições materiais mínimas de existência aos cidadãos. Adverte, por conseguinte, que a cláusula da “reserva do possível” não poderá ser invocada pelo ente estatal com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, o que pode resultar em aniquilação de direitos fundamentais.

Ora, não pode o Judiciário abdicar de seu compromisso constitucional com a justiça, apreciando violação ou ameaça de violação a direito e, sempre que a houver por parte dos demais Poderes, deve o Judiciário atuar de forma ampla e intensa, no que tange à concretização dos direitos sociais. Com efeito, diante da não implementação das políticas públicas que visam a assegurar o Estado Democrático de Direito, cabe ao Poder Judiciário resgatar os direitos ausentes de concretização (DUARTE JÚNIOR; OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2018, p. 39).

Destarte, vislumbra-se a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, quando verificada a inércia estatal, deixando de garantir ao indivíduo condições mínimas necessárias de sobrevivência digna.

Lado outro, é essencial a observância do princípio da razoabilidade, harmonizando a norma geral com os casos individuais e impedindo, em um Estado Democrático de Direito, o uso de razões arbitrárias enquanto elementos de fundamentação. Deve, todavia, haver coerência entre o critério de distinção escolhido e a medida adotada consoante o princípio da igualdade, sob pena de não ter por base a justiça (ALVES; DUARTE; ATHIAS, 2019, p. 1812-1813).

Na mencionada ADPF nº 45, o Ministro Celso de Melo esclarece que, com relação ao processo de concretização dos direitos de segunda dimensão, é necessária a presença do binômio da “razoabilidade da pretensão” (razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público), somado à “disponibilidade financeira do Estado” (disponibilidade financeira estatal apta a tornar efetivas as prestações positivas reclamadas), os quais devem ocorrer de forma cumulativa, a fim de possibilitar a realização prática de tais direitos pelo Estado.

Entretanto, em face das políticas públicas ineficientes e da necessidade de buscar, junto ao Poder Judiciário, que os direitos sociais sejam assegurados, faz-se mister salientar a importância de as decisões judiciais não romperem com o princípio da igualdade, consoante preleciona Edinilson Donisete Machado (2011, p. 122):

Assim está demonstrado que, ao decidir sobre questões de políticas públicas, distribuindo direitos sociais individualmente, a decisão judicial rompe com o princípio da igualdade.

Por isso há que se privilegiar também a decisão política, nos termos de políticas públicas, para que não se rompa com o princípio da igualdade, uma vez que a decisão judicial, no caso concreto, sempre atribuirá direitos a indivíduos ou a grupos de indivíduos em prejuízo de outros que estão resguardados pela política de universalização dos direitos sociais.

A Constituição brasileira afirma, no *caput* do artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza [...]” (BRASIL, 1988).

Assim, o texto constitucional garante a igualdade formal, a qual não basta para o alcance da verdadeira igualdade, qual seja, a material, também chamada de igualdade real, pois, para os que se encontram em situações desiguais, o tratamento também deve ser diferenciado, a fim de garantir-lhes a igualdade.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo (1997, p. 18):

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.

Ao tratar da justiça como igualdade, dentre as sustentadas teorias da justiça, Bobbio elucida (2000, p. 117):

[...] a justiça é igualdade. Segundo esta concepção, que é a mais antiga e tradicional (deriva de Aristóteles na sua formulação mais clara), o fim do direito, ou seja, das regras coercitivas que disciplinam a conduta dos homens na sociedade, é de garantir a igualdade, seja nas relações entre os indivíduos (o que geralmente é chamado de justiça comutativa), seja nas relações entre o Estado e os indivíduos (o que é chamando tradicionalmente de justiça distributiva). O direito é aqui o remédio primeiro e fundamental para as disparidades entre os homens, que podem derivar tanto das desigualdades naturais como das desigualdades sociais. Um ordenamento jurídico não pode ser considerado justo se não protege os fracos dos fortes, os pobres dos ricos, se não estabelece com as próprias regras uma medida ou uma série de medidas com as quais seja impedida a prevaricação e todos os membros de uma sociedade recebam igual tratamento com base em certos critérios fundamentais (que podem ser ora o trabalho, ora o mérito, ora a necessidade etc.). Segundo essa teoria, não é suficiente que o direito imponha uma ordem qualquer: é preciso que a ordem seja justa e por “justa” entende-se “de fato fundada no respeito à igualdade”. Se imaginamos a justiça tendo a espada e a balança, a teoria do direito como ordem visa a ressaltar a espada; a do direito como igualdade, a balança. O direito natural fundamental que está na base desta concepção é o direito à igualdade.

Por conseguinte, em observância à norma constitucional, é fundamental a proteção daqueles grupos mais vulneráveis, que se socorrem ao Estado para ter o mínimo necessário à sua própria subsistência, para que, assim, possa haver a igualdade real, devendo as decisões judiciais garantir a observância do princípio da igualdade e não o rompimento com o mesmo, o que deve ser analisado no caso concreto.

No que tange à alimentação especial, compreendida como uma prestação material apta a assegurar à vida digna, conforme já amplamente demonstrado no presente estudo, abarcando, dessa forma, o conceito de mínimo existencial, núcleo essencial dos direitos fundamentais, deve ser garantida aos indivíduos que necessitam de uma alimentação especializada, os quais, quando não a possuem, se tornam impossibilitados de fruir de uma vida digna. Por esse motivo, encontra-se o Judiciário apto a fiscalizar os gastos realizados pelos entes políticos, no que se refere ao atendimento das necessidades básicas dos mais necessitados.

Nesse sentido, a garantia da condição de vida digna, por meio da observância do mínimo existencial, não pode ser combatida sob a alegação da teoria germânica da reserva do possível, pois não pode o Administrador Público retirar do indivíduo o mínimo necessário à sua subsistência, à sua alimentação e saúde.

Alegar a reserva do possível diante da situação de um cidadão que não consegue suprir por si só suas necessidades mais básicas é verificar a faceta mais arbitral de um Estado, o que, certamente, vai de encontro aos princípios elencados por um Estado de Direito que seja verdadeiramente democrático.

## 4 CONCLUSÃO

Os direitos sociais, reconhecidos como direitos civis e políticos desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em 1948, foi reconhecido no Brasil, expressamente, na Constituição da República de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, resultante de um processo de redemocratização do país, o qual, após anos vivendo sob um regime autoritário, visou a resgatar o Estado Democrático de Direito.

Os direitos sociais encontram-se previstos em diversos dispositivos do texto constitucional, os quais, apesar de existirem posicionamentos em sentido contrário, podemos dizer que possuem aplicabilidade imediata por serem considerados fundamentais, além de serem direitos mínimos a serem assegurados ao indivíduo, sob pena de inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio basilar de todo o ordenamento jurídico, cuja previsão está no inciso III do artigo 1º da Carta Magna.

Inserem-se no conceito de segunda dimensão os direitos sociais e econômicos, que visam a proporcionar aos cidadãos condições materiais para que possam exercer suas liberdades públicas e a própria cidadania. Todavia, para tanto, necessário se faz uma postura estatal ativa, um dever-agir, a fim de garantir os direitos sociais previstos constitucionalmente.

Apesar de até os dias hodiernos não termos garantidos todos os direitos assegurados pela norma constitucional, deve haver uma busca incessante pela sua realização, que não cabe tão somente ao Estado, mas também à sociedade e à família, como forma de garantia de uma vida digna.

De sorte a alcançar a verdadeira igualdade, o Estado deve, dentre os diversos modos pelos quais pode agir, prestar auxílio material à população mais carente, carecedora do mínimo necessário à sua própria subsistência. E, diante da omissão do Poder Público, poderá o Poder Judiciário assegurar tais direitos, zelando, por conseguinte, pelo cumprimento da norma constitucional.

As políticas públicas são os meios pelos quais o Estado tem a possibilidade de efetivar os direitos de cunho prestacional. Cabe à Administração Pública definir as suas prioridades, sempre em observância às normas legais, pois, aos Estados, a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais é, além de uma obrigação moral, também jurídica, inclusive em atenção aos tratados internacionais.

Dentre os direitos sociais fundamentais previstos na nossa Constituição de 1988, encontra-se o direito à alimentação, que somente foi inserido expressamente na Magna



Carta através da Emenda Constitucional nº 64, de 04 de fevereiro de 2010, mas que já estava previsto não somente na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto nº 591/1992), mas igualmente no Protocolo de San Salvador (Decreto nº 3.321/1999). Assim, resta claro ser o direito à alimentação um direito humano que deve ser assegurado aos indivíduos quantitativamente e qualitativamente, sem deixar de olhar mais atentamente para aqueles que possuem necessidades nutricionais especiais, carecendo, portanto, de uma suplementação adequada e especializada.

O direito à alimentação irradia seus efeitos para inúmeros outros, haja vista tratar-se de um direito pluridimensional. Destarte, no que tange à alimentação especial, seus efeitos são irradiados ao direito à saúde e à vida, pois trata da saúde preventiva do indivíduo, que, somente por meio da suplementação adequada, consegue ter uma vida de qualidade e digna. Como exemplo de alimentação especial de que necessitam certos indivíduos, podemos citar pacientes em tratamento oncológico, portadores de anomalias de fissuras labiopalatais e pessoas com alergias e intolerância alimentares.

O direito à saúde, por sua vez, não se resume à ausência de doença, porque o bem estar a ser alcançado pelo indivíduo deve ser visto em seu sentido completo, isto é, tanto físico quanto mental e social. Por isso, o direito à alimentação especial é umas das formas de se assegurar a saúde plena do indivíduo, pela qual deve o Estado zelar e ser responsável, prevenindo doenças e garantindo, assim, uma vida saudável ao cidadão.

O direito a uma alimentação especializada vai além de seu aspecto qualitativo, quantitativo e cultural, mas tampouco esta deve ser confundida com fármacos, pois, desde que haja a suplementação adequada, é possível ao indivíduo viver com qualidade, com dignidade, não sendo necessário o uso de produtos medicamentosos.

Conforme previsto na norma constitucional, mais precisamente no artigo 227, o direito à alimentação é também de responsabilidade da sociedade e da família, não somente do Estado. Todavia, não sendo o indivíduo capaz de suportar tal ônus, caberá ao Estado fazê-lo, não podendo simplesmente omitir-se e deixar de garantir tal direito. Considerando, ainda, que os direitos à alimentação e à saúde estão intimamente interligados, a omissão estatal com relação ao direito à alimentação significará igualmente a omissão da saúde, agravando ainda mais essa falta.

Deve o Estado Democrático de Direito preservar como valores supremos o exercício dos direitos sociais e individuais, assim como a liberdade, segurança, bem-estar,

igualdade e justiça, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana fundamento constitucional, cuja observância é obrigatória.

A dignidade humana, desde sua ascendência religiosa, é entendida como qualidade inerente a todo o ser humano, sendo, dessa forma, irrenunciável e inviolável. E, para que ao indivíduo seja garantida a dignidade, mister se faz voltar ao mesmo um olhar individualizado, ou seja, para as suas necessidades reais e específicas, igualando, assim, os desiguais, na medida de suas desigualdades.

O princípio da dignidade humana é considerado fundamento constitucional, sendo harmonizador de todo o sistema jurídico, portanto, a sua preservação é medida que se impõe. No âmbito internacional, é reconhecido como fundamento dos direitos humanos. Nesse sentido, diante da impossibilidade de disposição da dignidade, o referido princípio deve ser efetivado tanto pelo Estado quanto pela sociedade, para que, assim, possam dizer-se verdadeiramente democráticos.

Lado outro, para que a vida digna seja assegurada à pessoa, é imperioso voltar à mesma um olhar atento, ligado às suas reais necessidades e individualidades e, mesmo que não lhe reste mais a sua capacidade, não poderá lhe ser furtada a dignidade.

Almejando assegurar a dignidade e os direitos fundamentais, torna-se cabível o controle jurisdicional em face da omissão estatal, pois ao orçamento público deverão prevalecer as condições mínimas necessárias de existência humana digna.

O mínimo existencial compreende os direitos indispensáveis à vida com dignidade, ao pleno exercício dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, é imperativo compor o direito à alimentação especial o mínimo existencial, sendo este entendido como o conjunto de prestações materiais mínimas necessárias para manter a vida digna ao indivíduo. O mínimo existencial é o núcleo essencial blindado de qualquer intervenção, seja por parte do Estado, seja da sociedade. E, apesar de não estar expressamente previsto no texto constitucional, trata-se de direito fundamental, derivado diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Logo, por ser o direito à alimentação um dos direitos sociais previstos no rol do artigo 6º da Carta Magna, compõe o mínimo existencial, sendo essencial para a garantia de uma vida condigna.

Diante da garantia do mínimo existencial e da dignidade humana, podemos dizer não ser cabível a invocação da teoria da reserva do possível pelos entes políticos, a fim de furta-se ao cumprimento dos direitos fundamentais, somente sob alegação de insuficiência de recursos. Os nossos tribunais têm considerado que, em sendo a reserva

do possível matéria de defesa do Estado, ao mesmo compete o ônus probatório, não cabendo a sua invocação de forma genérica.

A jurisprudência brasileira, ao trazer em seus julgados a análise do direito à alimentação especial, menciona tão somente o direito à saúde, mas, apesar de estarem intrinsecamente ligados, não se confundem, posto que a garantia de uma alimentação especializada àquele grupo de indivíduos que dela faz jus é essencial também para a garantia de sua saúde, motivo pelo qual, ao negar o direito à alimentação, o Poder Público também estará o fazendo com relação à saúde do cidadão, agravando ainda mais a omissão do Estado.

O Poder Judiciário, quando instado a fazê-lo, zelará pela garantia dos direitos sociais fundamentais aos cidadãos, frente a um Estado omissivo, o qual não consegue garantir aos indivíduos que dele necessitam o mínimo necessário a uma vida digna.

Diante, portanto, da demonstração da importância de atender às necessidades especiais alimentares de determinados indivíduos, garantindo, dessa maneira, o mínimo necessário à sua subsistência, intrinsecamente atrelado à saúde plena e à vida digna, torna-se incabível a alegação estatal da teoria da reserva do possível, frente a esse direito. Na verdade, não pode o Poder Público declarar insuficiência de recursos sobre direitos fundamentais, não sendo admissível a utilização da teoria germânica como pretexto para justificar a violação do conteúdo do mínimo existencial.

Para que seja aceitável a referida teoria alemã, já decidiu o Poder Judiciário brasileiro que não basta a mera alegação de escassez de recursos, devendo, para tanto, haver a sua efetiva comprovação. Consoante demonstraram os julgados apresentados e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, prevalecerá a garantia do mínimo existencial e da dignidade humana, em face da alegação da falta de recursos estatais.

Dessa forma, restou comprovado que a alimentação especial, a qual não se confunde com produtos medicamentosos, deve ser assegurada aos indivíduos que dela necessitam, sob pena de ferir direitos outros, tais quais o direito à saúde e o próprio direito à vida, haja vista estarem esses direitos constitucionais fundamentais intrinsecamente ligados, mas com os quais não se confundem, sendo indispensáveis para a fruição de uma vida condigna. E, no caso de o indivíduo não ser capaz financeiramente de suportar os custos de uma alimentação especializada, deverá, desde que assim o comprove, cobrar do Estado a sua efetivação.

Enquanto ao indivíduo cabe a comprovação da sua necessidade de alimentação especial, apta a assegurar-lhe uma vida saudável e digna, o Poder Público, caso se utilize

da tese defensiva da reserva do possível, deverá comprovar de maneira objetiva a sua impossibilidade financeira, não sendo suficiente a alegação de falta de recursos. Com efeito, a má alocação dos recursos públicos é algo latente em nossa sociedade, não sendo admissíveis gastos elevados com bens supérfluos, diante da necessidade de garantir ao cidadão o mínimo necessário à sua subsistência.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais Sociais e Proporcionalidade**. Tradução: Rogério Luiz Nery da Silva. In.: Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo/Organizadores: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. 1ª ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALVES, Clebear Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: o enfoque da doutrina social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, Tiago Moita Koury; DUARTE, Kaique Campos; ATHIAS, Arianne Brito Cal. A busca pela efetivação dos direitos fundamentais: uma análise principiológica do mínimo existencial e da reserva do possível no estado democrático de direito. **In.: RJLB**, Ano 5, nº 3, 1789-1822, 2019. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019\\_03\\_1789\\_1822.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_1789_1822.pdf). Acesso em: 18 jan. 2021.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos?. **In.: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... [et. al]. 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ARAUJO, Luiz Alberto David; BALERA, Felipe Penteado. Princípios Constitucionais e a Efetividade da Dignidade da Pessoa Humana. **In.: A Efetividade da Dignidade Humana na Sociedade Globalizada**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **In.: Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, 97, 107-125, 2002. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BARCELLOS. Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço

democrático. **In.: Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”.** Organizadores: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **In.: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** Org. Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... [et. al]. 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** 3 ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. **In.: Espaço Jurídico,** Joaçaba, v. 8, n. 2, p. 133-154, jul./dez. 2007.

BIZAWU, Sébastien Kiwonghi ; MOREIRA, Renan Lucio. Relação entre os princípios do mínimo existencial e a reserva do possível e os instrumentos de controle de qualidade do ar. **In.: Rev. Brasileira De Direitos e Garantias Fundamentais.** e-ISSN: 2526-0111. Brasília, v. 3, n. 1, p. 136 – 149, jan/jun. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant.** 2ª edição. Tradução de Alfredo Fait, São Paulo: Mandarim, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de luta e resistência, Por uma Nova Hermenêutica, Por uma repolitização da legitimidade.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **O que devemos saber sobre medicamentos,** p. 12-14, 2010. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/medicamentos/publicacoes-sobre-medicamentos/o-que-devemos-saber-sobre-medicamentos.pdf/view>. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL, **Decreto nº 591, de 06 de Julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Brasília, 06 de julho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL, **Decreto nº 3.321, de 30 de Dezembro de 1999**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador". Brasília, 30 de novembro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3321.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm). Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL, **Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010**. Brasília, 04 de fevereiro de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc64.htm). Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Medicamentos. Portaria nº 3.916/98**. Brasília-DF, p. 14, 1998.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04, g. n.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial: REsp. 1.657.156 RJ 2017/0025629-7. Relator: Min. Benedito Gonçalves. DJ.: 05/05/2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num\\_registro=201700256297&data=20180504&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num_registro=201700256297&data=20180504&formato=PDF). Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança: AgRg no RMS 26647 RJ2008/0070436-2. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJ.: 02/02/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450542479/agravo-regimental-no-recurso-em->

mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-26647-rj-2008-0070436-2/inteiro-teor-450542481 .  
Acesso em: 18 jan. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Especial: AgRg no REsp 1136549 RS 2009/0076691-2. Relator: Ministro Humberto Martins. DJ.: 08/06/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14602763/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1136549-rs-2009-0076691-2/inteiro-teor-14602764>. Acesso em: 18 jan. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Especial: AgRg no REsp 1107511 RS 2008/0265338-9. Relator: Ministro Herman Benjamin . DJ.: 21/11/2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24796827/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1107511-rs-2008-0265338-9-stj/inteiro-teor-24796828>. Acesso em: 18 jan. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial: REsp 1041197 MS 2008/0059830-7. Relator: Ministro Humberto Martins. DJ.: 25/08/2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6909418/recurso-especial-resp-1041197-ms-2008-0059830-7>. Acesso em: 18 jan. 2021.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In.: **Brasil: Um Século de Transformações** Pinheiro, Wilhelm e Sachs (orgs.). São Paulo: Cia. Das Letras, p. 222-259, 2001.

BULLA, Leonia Capaverde. Relações sociais e questão social na trajetória histórica do serviço social brasileiro. In.: **Revista Virtual Textos & Contextos**, nº 2, dez. 2003. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/fass/ojs/index.php/fass/article/view/947/727>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BÜHRINGA, Marcia Andrea. Direito Social: proibição de retrocesso e dever de progressão In.: **Direito & Justiça**. v. 41, n. 1, p. 56-73, jan.-jun. 2015.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In.: **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... [et. al]. 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.



CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Mariana Siqueira de. A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. **In.: Revista de Direito Sanitário**, vol. 4, n. 2, julho de 2003.

CAYRES, Giovanna Rossetto Magaroto; JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa Leão. **Direito fundamental à alimentação e a Multiculturalidade**. I Congresso Nacional da FEPODI. São Paulo. p. 89-96. 2015.

CAYRES, Giovanna Rossetto Magaroto; LUCA, Guilherme Domingos de. Princípios da reserva do possível e do mínimo existencial em face da efetivação dos direitos fundamentais sociais no atual estado democrático. **In.: Revista Duc In Altum - Cadernos de Direito**, vol. 8, nº15, mai-ago. 2016.

CAYRES, Giovanna Rossetto Magaroto. **Direito fundamental social ao transporte: Políticas Públicas, reserva do possível e mínimo existencial**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Constituição completa 20 anos. **In.: Revista Internacional de Direito e Cidadania**, v.2, p.45-47, 2009.

COMPLAK, Krystian. Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico. **In.: Revista da ESMESC**. Santa Catarina, v. 15, n. 21, 2008.

CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos. **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. 2012, Coimbra Editora.

COSTA, Marli Marlene Moraes da.; REIS, Suzéte da Silva. Aportes teóricos sobre a fundamentalidade dos direitos fundamentais e sociais. **In.: Estado, Política e Direito: políticas públicas e direitos sociais**. Criciúma: Unesco, 2011.

COTTA, Elisabete Moraes; FUNES, Gilmará Pesquero Fernandes Mohr. Da dignidade da pessoa humana. **In.: Anais do Encontro Toledo de Iniciação Científica Prof. Dr. Sebastião Jorge Chammé** - Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de

Presidente Prudente: v.3, n.3, 2007. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1441>. Acesso em: 18 fev. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. Salvador: Editora JusPovim, 2012.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 10 jan. 2021.

DI CESARE, Paula Paschoal; OLIVEIRA, Solange de. Os direitos à educação e à alimentação adequada como determinantes sociais da saúde. **In.: Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 97/2016, p. 45 – 71, set./out., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DUARTE JUNIOR, Dimas Pereira; OLIVEIRA, Ilzver de Matos; OLIVEIRA, Icone Rocha. Direitos sociais: diálogo entre reserva do possível, mínimo existencial e necessidades humanas. **In.: Revista Juris Poiesis**, vol.21-nº26, pg.33 – 51, Rio de Janeiro: 2018.

DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vita**. Barcelona: Ariel, 1998.

FERREIRA, Pedro Henrique Azevedo Lopes Ferreira. A judicialização dos direitos sociais: A realidade brasileira e o embate entre a teoria do mínimo existencial e a teoria da reserva do possível. **In. Themis: Revista da ESMEC**, 2015. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/507/509>. Acesso em 15 jan. 2021.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GLOECKNER, Joseane Ledebum. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. **In.: A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, ano 13, n. 51, p. 233-250, jan./mar. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GOMES, Eduardo Biacchi; LINHARES, Sólon Cícero Linhares. A relevância econômica dos direitos sociais prestacionais e o limite da reserva do possível face o princípio do mínimo existencial. **In.: Revista direito e justiça: reflexões sociojurídicas**. V. 12, n.19, p.63-76, mar.2013. Disponível em: [http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito\\_e\\_justica/article/view/901](http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/901). Acesso em: 10 jan. 2021.

GOIÁS. **TJ-GO**. Apelação/ Reexame Necessário : 0508881-72.2019.8.09.0051. Relator: Des(a). Maria das Graças Carneiro Requi. DJ: 16/03/2020. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/931719296/apelacao-reexame-necessario-5088817220198090051>. Acesso em: 18 jan. 2021.

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentais, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Coleção Pensamento Humano. Tradução de Clélia Aparecida Martins (primeira parte), Bruno Nadai, Diego Kosbiau, Monique Hulshof (segunda parte). 2ª reimp. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

KELLER, Arno Arnaldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **In.: Revista de Informação Legislativa**. Brasília-DF, a.36 n. 144, p. 239-260, out./dez, 1999.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e Mínimo Existencial: A pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa Leão. **Acesso à moradia: políticas públicas e sentenças por etapas**. Curitiba: Juruá, 2014.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. **A dignidade humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas.** In.: Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo/Organizadores: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. 1ª ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. **In.: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.** Ano 6. n.2, jan./mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Antonio Claudio da Costa (org.) **Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.** São Paulo: Manole, 2017.

MACHADO, Edinilson Donisete; HERRERA, Luiz Henrique Martim. O mínimo existencial e a reserva do possível: ponderação hermenêutica reveladora de um substancialismo mitigado. **In.: Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI** realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. **In.: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil.** v.1, n.8, Jan./Jul. 2008. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2580>. Acesso em: 10 jan.2021.

MARTIN, Andréia Garcia; CARRA, César. A quimera dos direitos fundamentais: análise da eficácia dos direitos sociais à luz de sua justiciabilidade. **In.: Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in) efetividade desses direitos - a Constituição de 1988 e suas previsões sociais.** Dirceu Pereira Siqueira, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (organizadores). 1 ed. Boreal Editora: 2011: Birigui-SP.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana.** Curitiba: Juruá, 2003.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MINAS GERAIS. **TJ-MG**. Ap Cível/Reex Necessário : AC10433120153849002 MG. Relator: Marcelo Rodrigues. DJ: 28/03/2016. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864206080/ap-civel-reex-necessario-ac-10433120153849002-mg>. Acesso em: 18 jan. 2021.

MIRANDA, Jorge. A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais. **In: Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Kátia cristine santos de.; COSTA, Jamille Coutinho. Direito à saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. **In.: Revista de Direito Brasileira**, v.1, n.1, 2011. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2678>. Acesso em: 17 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 15 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946**. Disponível em:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 18 jan. 2021.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; BOTH, Laura Garbini. O direito humano e fundamental à alimentação adequada e à condição feminina no programa Bolsa Família: empoderamento às avessas? **In.: Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 1, p. 98-112, 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **In.: LEITE, George Salomão (Org.). Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **In.: Revista Internacional de Direitos Humanos**, Ano 1, n. 1, São Paulo, 2004.

PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **In.: Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**. n. 15, p. 128-146, abr./2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIRES, Adão de Souza. **A dignidade da pessoa humana: historicidade, conceito e transcendência – Um Estudo a respeito das Encíclicas Sociais Católicas em Paralelo com a Dogmática Jurídica**. Dissertação ( Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília –UNIVEM, Marília, 2018.

RIO DE JANEIRO. TJ-RJ. **AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 0020019-27.2020.8.19.0000**. Relator: Des(a). Peterson Barroso Simão. DJ: 17/08/2020. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/933870602/agravo-de-instrumento-ai-200192720208190000/inteiro-teor-933870612> . Acesso em: 14 jan. 2021.

RIO DE JANEIRO. TJ-RJ. **APELAÇÃO: APL 0002127-13.2019.8.19.0042**. Relator: Des(a). Benedicto Ultra Abicair. DJ: 23/10/2019. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/773747670/apelacao-apl-21271320198190042> . Acesso em: 14 jan. 2021.

ROCHA, Francisco Sérgio Silva Rocha. Orçamento Público e o Implemento dos Direitos Fundamentais Sociais – Discussão acerca da vinculatividade e controle. **In.: A Eficácia dos Direitos Sociais**. SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; MIGUEL, Revenga (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Frederico Fernandes dos; COUTO, Otavio Luis Siqueira. A reserva do possível e o mínimo existencial - o embate entre a possibilidade orçamentária do estado e os direitos humanos fundamentais do cidadão. **In.: Boletim Conteúdo Jurídico n. 491**, p.8-28, Brasília: 2015.

SÃO PAULO. TJ-SP. Apelação Cível : AC 1004011-80.2019.8.26.0037 SP. Relator: Coimbra Schmidt. DJ: 19/12/2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/913182882/apelacao-civel-ac-10040118020198260037-sp-1004011-8020198260037/inteiro-teor-913182912>. Acesso em: 18 jan. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. **In.: Revista de Direito do Consumidor**, vol. 61, p. 90, Jan / 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **In.: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... [et. al]. 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana**: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In.: Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo/Organizadores: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. 1ª ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; ROSA, Taís Hemann da. Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro. In.: **Revista De Direitos e Garantias Fundamentais**, v.16, n.1, 217-248, Vitória: 2015. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/741>. Acesso em: 10 jan. 2021.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: **Direitos sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**.

SERGIPE. **TJ-SE**. Apelação Cível : AC 0000163-34.2016.8.25.0038. Relatora: Iolanda Santos Guimarães. DJ: 03/12/2019. Disponível em: <https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/789099237/apelacao-civel-ac-1633420168250038>. Acesso em: 18 jan. 2021.

SOUZA, Oreonnilda de.; OLIVEIRA, Lourival José de. O custo dos direitos fundamentais : o direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. In.: **R. Dir. Gar. Fund.**, v. 18, n. 2, p. 77-110, mai./ago. Vitória: 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Disponível em: <http://files.camolinaro.net/200000426-33a4135980/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2020.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: **Leituras Complementares de Constitucional – Direito Humanos e Direitos Fundamentais**. NOVELINO, Marcelo (Org.). 4 ed. Salvador: JusPovim, 2010a, v., p.389-427.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019.



SCAFF, Fernando Facury; Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **In.: Verba Juris**, ano 4, n. 4, jan./dez. 2005.

SCAFF, Fernando Facury; A efetivação dos direitos sociais no Brasil: Garantias Constitucionais de Financiamento e Judicialização. **In.: A Eficácia dos Direitos Sociais**.

SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; MIGUEL, Revenga (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **In.: Revista de Direito Administrativo**, v.212, p. 84-94, abr./jun. 1998.

SILVA, Rogério Luiz Nery da.; MASSON, Daiane Garcia. Direitos Sociais e Dignidade da Pessoa Humana: Reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. **In.: Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. Organizadores: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. 1ª ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **In.: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** 6. p. 541-558, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **A dimensão cultural do Direito Fundamental à alimentação**. 1ª ed. Birigui-SP: Boreal Editora, 2013.

SOARES, Breda Evelyn Fernandes. A cláusula da reserva do possível e o mínimo existencial no direito fundamental à saúde. **In.: Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 02, n. 02, p. 139-154, abr./jun.2017.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

TEIXEIRA, Sonia Maria Fleury. Cidadania, Direitos Sociais e Estado. **In.: Rev. Adm. públ.** 20(4): p.: 115-140. out./dez. Rio de Janeiro, 1986.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **In.: Revista de Direito Administrativo**, Vol. 177. Rio de Janeiro, 1989. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>. Acesso em: 10 jan. 2021.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. **In.: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... [et. al]. 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

VOLPE, Karina Rocha Martins. Desafios para efetivação dos direitos da seguridade social na ótica do mínimo existencial e da reserva do possível. **In.: Caderno Virtual** n° 24, v. 1 – jul-dez/2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/619/417>. Acesso em: 10 jan. 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

ZAMBONE, Alessandra Maria Sabatine; TEIXEIRA, Maria Cristina. Os direitos fundamentais nas constituições brasileiras. **In.: Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 9, n. 9, 2012.