

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O MÍNIMO EXISTENCIAL VS. A RESERVA DO POSSÍVEL NA EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS SOCIAIS**

Beatriz de Oliveira Melo

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

PROJETO DE PESQUISA

**O MÍNIMO EXISTENCIAL VS. A RESERVA DO POSSÍVEL NA EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS SOCIAIS**

Beatriz de Oliveira Melo

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP

2017

O MÍNIMO EXISTENCIAL VS. A RESERVA DO POSSÍVEL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Sérgio Tibiriçá Amaral

Mário Coimbra

Alexia Domene Eugenio

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ser meu guia nesta caminhada e me dar força para superar minhas dificuldades.

Aos meus pais, que sempre contribuíram e me incentivaram de todas as formas possíveis para a minha formação, com amor e compreensão, bem como me impulsionando para que eu pudesse tornar real tudo aquilo que eu almejo. Sem eles nada disso seria possível, pois eles são a minha maior sustentação, e nunca mediram esforços para que eu continuasse em busca dos meus objetivos.

Agradeço, ainda, aos meus amigos, que sempre estiveram ao meu lado nesta caminhada, me apoiando, compreendendo e incentivando.

Ao meu orientador, Professor Sérgio Tibiriçá, por aceitar me conduzir nesta etapa acadêmica, pela paciência e disponibilidade, e por proporcionar seu conhecimento para meu aprimoramento e aprendizado.

Por fim, agradeço a todos que de alguma forma estiveram ao meu lado e contribuíram para que eu pudesse chegar até aqui.

RESUMO

O presente artigo realiza uma análise da relação entre eficácia dos direitos sociais, da reserva do possível e do mínimo existencial. A aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais sociais, esculpidos na Constituição Federal de 1988, normalmente costumam ser questionadas quando considerada sua dimensão prestacional, por se tratar de matéria mais complexa. Em inúmeros casos reais, por conta do principal obstáculo para a concretização dos direitos sociais ser a escassez de recursos públicos, vê-se certa insuficiência por parte da Administração Pública em efetivar alguns direitos sociais que demandam alto dispêndio de recursos, por questões de limitação orçamentária. Frente a isso, aborda-se o significado da cláusula da reserva do possível, analisando o que é razoável exigir do Estado diante da escassez de recursos estatais suficientes a atender toda a demanda social. Junto à isso, aborda-se o conceito do mínimo existencial no contexto dos direitos fundamentais sociais, bem como a sua importante função de servir como parâmetro para a aferição da proporcionalidade das restrições que o Estado, sob o argumento da reserva do possível, impõe à eficácia dos direitos fundamentais sociais. Assim, neste estudo é feito uma análise acerca da eficácia dos direitos sociais, sendo apresentados diversos posicionamentos na doutrina, levantando-se questões acerca da separação dos poderes, dos limites da atuação judicial com o intuito de conter possíveis violações aos direitos fundamentais sociais, bem como qual órgão público detém a competência de criação de políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais Sociais – Eficácia - Reserva Do Possível – Mínimo Existencial.

ABSTRACT

This article analyzes the relationship between effectiveness of social rights, the reserve of the possible and the existential minimum. The applicability and effectiveness of the fundamental social rights, sculpted in the Federal Constitution of 1988, are usually often questioned when considering its size, because it is a more complex matter. In many real cases, because the main obstacle to the realization of social rights is the scarcity of public resources, there is a certain insufficiency on the part of the Public Administration to effect some social rights that demand a high expenditure of resources, due to budgetary limitation issues. In view of this, the meaning of the clause of the reserve of the possible is analyzed, analyzing what is reasonable to demand of the State in the face of the scarcity of sufficient state resources to meet all social demand. Alongside this, the concept of the existential minimum in the context of the fundamental social rights, as well as its important function of serving as a parameter for the measurement of the proportionality of the restrictions that the State, under the argument of the reservation of the possible, imposes on the effectiveness of fundamental social rights. So, in this study an analysis is made of the efficacy of social rights, with various positions being presented in the doctrine, raising questions about the separation of powers, the limits of judicial action in order to contain possible violations of fundamental social rights, and as which public body has the competence to create public policies.

KEYWORDS: Fundamental social rights – Effectiveness - Reserve of the possibilities clause - Minimum for existence.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	4
2.1 Contextualização Histórica.....	7
2.2 Conceito e Aplicabilidade Imediata	12
2.3 Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais	15
2.3.1 Concretude dos Direitos Fundamentais Sociais e o Princípio da Máxima Efetividade	17
2.3.2 Limites aos Direitos Fundamentais Sociais	19
3. O MÍNIMO EXISTENCIAL.....	23
3.1 Conceito de Direito ao Mínimo Existencial.....	28
3.2 Garantia Do Núcleo Essencial	31
3.2.1 Teorias objetiva e subjetiva	35
3.2.2 Teorias absoluta, relativa e mista	37
3.3 O Mínimo Existencial Como Núcleo Essencial Dos Direitos Sociais.....	42
3.4 A efetividade do mínimo existencial	46
4. A RESERVA DO POSSÍVEL: ALGUMAS DIMENSÕES E CONEXÕES	52
4.1 A reserva do possível sob a ótica das teorias interna e externa	56
4.2 A Reserva do possível como matéria exclusiva de defesa do Estado	60
5. A ATUAÇÃO DO ESTADO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS ..	63
5.1 Controle de verbas orçamentárias	67
5.2 Sobre a intervenção judicial	70
5.2.1 Atividade política e o papel judicial	75
6. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS NA FRONTEIRA ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL	79
6.1 Critérios de ponderação.....	83
6.2 A reserva onde não houver o mínimo	87

7. CONCLUSÃO	90
8. BIBLIOGRAFIA	93

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao voltar-se especialmente ao aspecto do respeito aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, de forma democrática e compreensiva, ampliou os valores do Estado Social, com o objetivo de trazer à tona uma sociedade mais justa e igualitária.

Nesse contexto, o texto constitucional trouxe uma série de direitos ao patamar de direitos fundamentais, dentre eles, os direitos sociais. Tal feito foi com o objetivo de evidenciar a necessidade de uma igualdade na sociedade brasileira, e conferir direitos atinentes a todos os cidadãos, garantindo-lhes condições dignas de vida e participação ativa dentro de uma democracia. Isso reflete, por exemplo, no art. 6º da Constituição, que assegura o direito à educação, à saúde, à moradia, à assistência social, à previdência e ao lazer – garantidos tais direitos a todos os cidadãos, de forma igualitária.

De fato, o Estado passou a ser o principal protetor de manifestações individuais que giravam em torno desses direitos, devendo proporcionar a igualdade, distribuir serviços necessários à sociedade; este passou a atuar provendo, fomentando e garantindo.

Porém, o esforço estatal para a realização dessas prestações e garantias tem sido cada vez mais alvo de críticas – devido serem direitos que servem de base a todo um ordenamento jurídico, muito se discute a respeito de sua limitação.

Eis uma tese de defesa que todos os direitos possuem custos – tanto os direitos civis, direitos de liberdade, quanto os direitos sociais (alguns deles chamados de prestações positivas) têm custos. Todas as questões relacionadas ao Estado que signifiquem em custo, são diferentes do custo dos ditos direitos sociais, que apresentam certa mutabilidade necessidade de cada indivíduo.

Um exemplo muito comum é o serviço de saúde, que possui um custo que depende diretamente da espécie de interesse que se quer sanar no caso

concreto – nem todos ficarão doentes da mesma doença, e nem o custo para serem tratados será mais ou menos a mesma coisa para todos.

Acompanhando a doutrina moderna, que reconhecem os direitos fundamentais como direitos subjetivos, o importante é dizer que em uma sociedade que têm a premissa de viver sob a lei, e não de homens, está obrigada a gastar, principalmente, com a manutenção adequada de uma sociedade que pretende diminuir seus índices de desigualdade. Tais diferenças existentes servem para nos atentar que há de fato a se pensar quando se fala de custos de direitos.

Os direitos fundamentais sociais demandam um alto custo para a sua promoção, de modo que, não raras vezes, haverá alguns limites para a sua aplicabilidade. Nessa circunstância que se pretende versar o presente trabalho: expondo possíveis limitações – o mínimo existencial –, não esquecendo de uma possível impossibilidade econômica – a reserva do possível –.

Procura-se, inicialmente, tratar de uma breve definição sobre os direitos fundamentais sociais em uma forma geral, realizando-se uma contextualização histórica, conceituando e versando sobre a sua aplicabilidade imediata, bem como sobre a concretude, sua relação com o princípio da máxima efetividade, e os possíveis limites atinentes a estes direitos.

Em um segundo momento, é tratado o conceito do Mínimo Existencial, a sua relação com a garantia de um núcleo essencial, e a visão deste mecanismo aos olhos das teorias objetiva e subjetiva. Prossegue-se, ainda, em uma análise sob a perspectiva das teorias absoluta, relativa e mista, bem como o mínimo existencial como núcleo dos direitos fundamentais sociais, e a sua eficácia diante a isso.

Posteriormente, trata-se da Reserva do Possível e suas particularidades, tratando desta cláusula sob a ótica das teorias interna e externa, e as questões atinentes ao seu uso como matéria exclusiva de defesa do Estado.

Na sequência, contempla-se a atuação do Estado na efetivação dos direitos sociais, abrangendo objetos relacionados ao controle de verbas orçamentárias, implementação de políticas públicas, bem como a atividade política e o papel judicial em tal matéria.

Por fim, faz-se uma relação entre os temas dispostos anteriormente, frente ao foco deste trabalho – os direitos fundamentais sociais -, e como estes se relacionam e como poderiam solucionar a questão da efetivação destes direitos.

Como se vê, o tema se trata da relação entre a eficácia dos direitos fundamentais, a reserva do possível e o mínimo existencial. Para o seu desenvolvimento, foram utilizadas pesquisas doutrinárias e referências a algumas jurisprudências preponderantes. O seu objetivo é demonstrar que é possível, através da garantia do mínimo existencial, compatibilizar a efetividade dos direitos sociais com a teoria da reserva do possível.

2. OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A previsão normativa dos direitos sociais – bem como os demais direitos fundamentais – é amplamente beneficiada na Constituição de 1988 que, inovando na história constitucional brasileira, os promoveu à condição de direitos fundamentais, sendo estes submetidos à sistemática e aos princípios próprios dessa categoria de direitos, bem como suas características que visam a defesa da dignidade da pessoa humana.

Integram ao rol de direitos consagrados na Constituição os direitos originários dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil em conteúdo de direitos sociais, especialmente o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU), a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica – OEA) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador – OEA). Os direitos que estão nos tratados são denominados pela doutrina como “humanos”, nomenclatura da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos.

É dirigido ao Estado o dever de implementar os direitos sociais – que objetivam, mormente, o alcance da igualdade material, através da disponibilização de meios para tanto – e tal ato necessita de seu compromisso em atingir resultados concretos e, como consequência, a prestação de contas à sociedade das metas alcançadas ou o fundamento da sua falha. Neste sentido, segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 406) “Os direitos a prestações significam, em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social)”.

Logo, a preocupação em atingir resultados é uma característica ímpar dos direitos sociais prestacionais, sendo, também, um elemento norteador do Estado Democrático e Social de Direito, sendo este o Estado traçado pela Constituição Federal de 1988. Houve uma preocupação específica em relação aos direitos sociais, estabelecendo uma série de dispositivos que assegurassem ao cidadão o

necessário para a sua existência digna e para condições de trabalho e emprego ideais.

Os direitos sociais adquiriram dimensão jurídica no Brasil quando disciplinados, inicialmente, na Constituição de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores. Na referida constituição, os direitos sociais se encontravam no capítulo “Da ordem social”, que sempre estivera em conjunto com a ordem econômica.

Todavia, surge uma grande mudança com a Constituição de 1988, que traz um capítulo próprio dos direitos sociais e, separadamente, um título especial somente sobre a ordem social. Entretanto, esta mudança não leva a consequência de uma intransigente separação, como se os direitos sociais não fossem algo ínsito na ordem social. O art. 6º da Constituição explana com clareza que aqueles são conteúdo desta, ao dizer que *‘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.’* E esta forma mencionada é fornecida precisamente no título da ordem social. Logo, os direitos sociais podem ser localizados, também e especialmente, no Título VIII - Da Ordem Social, vale dizer, nos artigos 193 e seguintes, o que torna o rol do art. 6º não taxativo. Logo, prosseguindo neste entendimento, tais direitos sociais enumerados no art. 6º não são exatamente um grupo homogêneo e positivado; encontram-se dispersos no texto constitucional, tanto no citado artigo 6º e, sobretudo, nos artigos 7º a 9º e artigos 193 a 232.

Sintetiza-se, então, que os direitos sociais estão dispostos na Constituição de 1988, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), e no Título VIII (Da Ordem social).

Os direitos sociais, segundo José Afonso da Silva, podem ser classificados da seguinte forma, à vista do Direito Positivo (2010, p.287):

Por isso, sem preocupação com uma classificação rígida, e com base nos arts. 6º a 11, agrupá-lo-emos nas seis classes seguintes: (a) direitos sociais relativos ao trabalhador; (b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; (c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; (d) direitos sociais relativos

à moradia; (e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; (f) direitos sociais relativos ao meio ambiente.

Do artigo 7º ao 11, o constituinte privilegiou os direitos sociais do trabalhador, do homem enquanto produtor, seja em suas relações individuais ou coletivas. O art. 7º disciplina os direitos dos trabalhadores em suas relações individuais. Já os direitos coletivos dos trabalhadores englobam o direito de sindicalização (art. 8º), direito de greve (art. 9º), direito de participação dos trabalhadores em colegiados dos órgãos públicos (art. 10) e o direito de representação na empresa (art.11).

Quanto o direito ao trabalho, é possível notar que houveram desdobramentos em seu conteúdo no próprio capítulo destinado aos direitos fundamentais sociais (art. 7º ao 11 da Constituição), fazendo com que cada vez mais os direitos sociais sejam confundidos com o direito do trabalho. Relacionado, entende José Felipe Ledur (2009, p. 74-80):

A inserção de regras e princípios de direito do trabalho entre os direitos e garantias fundamentais (artigos 7º a 11 da Constituição de 1988) prova a força do vínculo histórico entre os direitos sociais e o direito ao trabalho e seus desdobramentos em normas de direito do trabalho, previdenciário e coletivo.

De outro lado, encontram-se os direitos sociais do homem enquanto consumidor, que são os indicados no art. 6º e desenvolvidos no título da ordem social, sendo estes os direitos à Seguridade Social (Saúde, Previdência Social e Assistência Social), os direitos relativos à Cultura, à Educação, à Moradia, ao Lazer, ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e os direitos sociais da Criança e dos Idosos.

O texto do art. 6º demonstra que o lazer e a segurança são direitos novos e não reconhecidos em constituições anteriores; até mesmo o direito à saúde não era positivado anteriormente, muito embora algumas normas trouxessem preceitos relacionados a este. Já no que tange a moradia, esta passou a ser direito fundamental social a partir da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de

2000, positivando-se de fato, mas sendo direito já reconhecido em constituições estrangeiras e normas de direito internacional.

2.1 Contextualização Histórica

Os direitos sociais surgiram em virtude da grande precariedade de condições de vida e de trabalho impostas aos operários durante o século XVIII e XIX, juntamente com o impacto causado pelo processo de industrialização, transtornos sociais que decorreram deste, bem como o predomínio de doutrinas socialistas e a compreensão de que os direitos alcançados ainda eram insuficientes para a implementação de uma justiça social. Em tais circunstâncias, há uma intervenção do Estados nas relações entre empregados e trabalhadores, visando assegurar condições dignas.

Partindo-se do pressuposto de que a análise do desenvolvimento da Constituição Brasileira ao longo da história, bem como a inclusão de direitos sociais nesta é primigênio para a compreensão do sentido, fundamento e alcance de cada direito conquistado, traçar-se-á um breve panorama da evolução da Constituição, e por consequência, dos direitos fundamentais.

A luta pela conquista do Estado Democrático de Direito começara logo que instalado o golpe de 1964 e, especialmente, após o AI 5, sendo este o instrumento mais autoritário conhecido na história política brasileira.

Lançada a candidatura de Tancredo Neves à Presidência da República, traz consigo um ideal de Nova República. Menciona José Alfonso da Silva, o famoso discurso de Tancredo pronunciado em Maceió (1984, p.6):

A Nova República pressupõe uma fase de transição, com início a 15 de março de 1985, no qual serão feitas, 'com prudência e moderação', as mudanças necessárias: na legislação opressiva, nas formas falsas de representação e na estrutura federal, fase que 'se definirá pela eliminação dos resíduos autoritários', e o que é mais importante, 'pelo início, decidido e corajoso, das transformações de cunho social, administrativo, econômico e político que requer a sociedade brasileira'. E, assim, finalmente, a Nova República 'será iluminada pelo futuro Poder Constituinte, que, eleito em 1986, substituirá as malogradas instituições atuais por uma Constituição

que situe o Brasil no seu tempo, prepare o Estado e a Nação para os dias de amanhã.

O candidato possuía total apoio dos cidadãos para a execução de seu programa de construção da 'Nova República', por necessidade de se verem livres da derrota que sofreram por forças autoritárias que dominaram o país durante vinte anos (1964 a 1984). Sua eleição fora saudada como um novo período na história brasileira. Após o Brasil ter passado por um grande período de ditadura militar, iniciou-se um processo de redemocratização, onde se via a necessidade de devolver à população todos os direitos suprimidos deles durante o processo ditatorial.

Entretanto, Tancredo veio a falecer antes mesmo de assumir a Presidência – Assumiu seu Vice-Presidente, José Sarney, consistindo ainda na necessidade de uma redemocratização, que seria instaurada em seu mandato. Cumprindo uma das etapas dos compromissos da transição, José Sarney enviou ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional convocando a Assembleia Nacional Constituinte, aprovada como EC-26. Convocando os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, e após, sendo também instalada sob a Presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, assim se fez a votação do texto. Finalmente, após bem examinada, constituiu-se a Constituição Federal de 1988, sendo este um marco que definiu o Brasil como, novamente, um país democrático. Mas, interessante frisar que, para sua finalização, sofreu 67 emendas e mais 6 emendas constitucionais de revisão, passando por um longo processo de elaboração que envolveram cerca de 558 constituintes durante um período aproximado de 20 meses.

A Constituição da República de 1988 trouxe transformações formais e de fundo que importam a adoção de uma nova ideia de direito, que constrói uma nova concepção do Estado e da Sociedade, diferente da que vigorava no sistema constitucional revogado. Há a necessidade de um Estado Democrático de Direito e uma sociedade livre, justa e solidária.

Direcionando ao enfoque dos direitos sociais, a primeira Constituição no Brasil a mencionar tais direitos foi a de 1934, sob influência da Constituição

alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores. Nesse sentido, José Felipe Ledur (2009, p. 74-80):

As Constituições do México, de 1917, e a alemã de Weimar, de 1919, constituem referência internacional para a instauração de novo modelo de Estado – o que rompe com a concepção liberal. Passa-se a exigir, não a abstenção ou a mera presença do Estado para garantir a liberdade e a propriedade de alguns, mas sim atividade que leve ao usufruto desses direitos por aqueles a quem o sistema social e econômico não garante o mínimo existencial, base necessária para que o indivíduo possa desenvolver-se com autonomia. Consequência dessa nova concepção é o reconhecimento de direitos sociais nas constituições de países europeus e da América.

De fato, a Constituição do México foi pioneira no reconhecimento dos direitos sociais, sendo estes inclusos no capítulo das garantias e liberdades, documento que completa 100 anos e foi originário da Revolução Mexicana comandada por Pancho Vila e Emiliano Zapata.

Na trajetória histórica do reconhecimento dos direitos sociais, esclarece Fábio Konder Comparato que a Constituição mexicana de 1917 “foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas à qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123)” e que, inclusive em reação ao sistema capitalista, “foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e procura no mercado”.

No mesmo sentido, a respeito da Constituição Mexicana, Lima Júnior constata (2001, p. 23) que:

O texto constitucional mexicano de 1917 destacou-se não só pela primazia em estabelecer uma declaração ideológica dos direitos fundamentais de segunda dimensão, como também por buscar a instituição de uma sociedade baseada no direito ao trabalho, sendo forjada dentro de um acirrado embate entre a visão socializante do Estado e a liberal clássica, disputa esta que já prenunciava o cisma que se estabeleceria, em termos internacionais, apartando os direitos civis e políticos dos econômicos e sociais.

Sobreveio, em seguida, a Constituição Republicana de Weimar, que aprimorou o Estado da democracia social delineado pela Constituição mexicana de 1917. Surgiu depois da Primeira Guerra Mundial, com o fim do Império Austro-Hungaro. Trouxe à clássica declaração de direitos e garantias individuais – instrumentos de defesa contra o Estado, delimitação da liberdade individual, não autorizando atuação dos Poderes Públicos – os direitos sociais. Tais direitos, adverso dos direitos individuais clássicos, não tinham como objeto uma abstenção, um “não fazer”, e sim uma atividade positiva do Estado, pois direitos como à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e outros do mesmo gênero só se concretizam através de políticas públicas, ou seja, programas de ação governamental.

As Constituições do México, de 1917, e a alemã de Weimar, de 1919, constituem referência internacional para a instauração de novo modelo de Estado – o Estado Social de Direito – que rompeu com a concepção liberal. Referindo-se à implementação de um Estado Social em tais Constituições, Alessandra Gotti (2012, p.37) traz o seguinte entendimento:

A transposição da lógica do Estado Liberal ao Social gera interpretações incompatíveis, já que no Estado Social, pela ampliação de suas tarefas no campo social, é fundamental a existência de um Estado forte e presente e não um Estado apequenado e ausente; além disso, o Estado Social é marcado – ao lado dos tradicionais conflitos individuais e bilaterais – por conflitos de caráter coletivo, plurilaterais, relacionados à justiça distributiva.

Além de o Estado Social demandar uma interpretação própria, guiada por uma lógica distinta da exigida pelo Estado Liberal, os direitos de liberdade e, especialmente, o princípio da separação dos poderes – utilizados pela burguesia como escudo à frente do Estado para a defesa dos direitos de liberdade – devem ser reinterpretados à luz dessa nova lógica.

Com isso, passa-se a exigir do Estado não mais a abstenção ou sua mera presença para garantia de liberdade e propriedade a alguns, e sim a atividade que de fato leve ao gozo desses direitos por quem o sistema social e econômico não garante o mínimo existencial, sendo esta base necessária para o desenvolvimento autônomo do indivíduo.

Na doutrina alemã, a Constituição de Weimar chegou a atribuir maior importância no que se refere ao aspecto social, entretanto, os direitos fundamentais sociais que afirmava não lograram êxito para sua concretude. Já no Brasil, os ideais da constituição de Weimar marcaram presença na Constituição de 1934, bem como nas seguintes, sendo inseridas normas atinentes a direitos sociais em títulos, como já mencionados, concernentes à Ordem Econômica e Social.

Baseando-se nos ideais da Constituição de Weimar, a Constituição de 1934 apresentou significativa evolução, reconhecendo vários direitos sociais e trabalhistas que não se encontravam positivados na Lei brasileira. Nesse sentido, afirma Fernando de Brito Alves (2009, p.1):

A Constituição de 1934 reconheceu a maioria dos direitos sociais mais difundidos, principalmente no tocante ao trabalho, entre eles: a isonomia salarial, o salário mínimo, a jornada de trabalho de 8 horas; a proibição do trabalho de menores, o repouso semanal, as férias remuneradas, a indenização por dispensa sem justa causa, a assistência médica ao trabalhador e à gestante, bem como reconheceu a existência dos sindicatos e associações profissionais, entre outras medidas.

Efeito disso, a partir do Decreto n. 5452/43, criou-se a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que trouxe mais democracia e direitos aos trabalhadores, tais como o direito de greve, repouso remunerado, estabilidade, demissão por justa causa, entre outros.

Sem dúvida, a Constituição de 1988 trouxe significativa modificação no território dos direitos sociais, ao incluí-los no rol dos fundamentais e, além disso, reconheceu novos direitos, resultantes do desenvolvimento de seus trabalhos.

Sobre a constituição de 1988, Paulo Bonavides (200, p. 155-176) afirma que:

A Constituição de 1988, ao revés do que dizem os seus inimigos, foi a melhor das Constituições brasileiras de todas as nossas épocas constitucionais. Onde ela mais avança é onde o Governo mais intenta retrogradá-la. Como constituição dos direitos fundamentais e da proteção jurídica da Sociedade, combinando assim defesa do corpo social e tutela

dos direitos subjetivos, ela fez nesse prisma judicial do regime significativo avanço.

Dessa forma, os direitos sociais constituem uma evolução na busca por uma sociedade mais justa e igualitária. Contudo, anos após a promulgação da Constituição Federal ainda permanece o mesmo desafio: atribuir aos direitos sociais a devida efetividade diante das limitações do Estado em satisfazer a crescente demanda da população por prestações sociais.

2.2 Conceito e Aplicabilidade Imediata

Como dimensão dos direitos fundamentais do homem, os direitos sociais são prestações positivadas fornecidas pelo Estado Democrático e Social de forma direta ou indireta, declaradas em normas, regras, valores e princípios constitucionais, que promovem melhores condições de vida a parte mais fraca e, portanto, são direitos ligados ao direito de igualdade. Em complemento, Víctor Abramovich e Christian Courtis (2006, p. 16-17) observam que:

Os chamados 'direitos sociais' são fruto da tentativa de traduzir em expectativas (individuais ou coletivas) respaldadas legalmente o acesso a certos bens configurados em consonância com a lógica deste modelo. Efetivamente, uma característica comum da regulação jurídica dos âmbitos configurados a partir do modelo de Direito social – como trabalho, seguridade social, saúde, educação, moradia ou meio ambiente – é a utilização do poder do Estado, com o propósito de equilibrar situações de desigualdade material – seja a partir do propósito de garantir padrões de vida mínimos, melhores condições a grupos sociais postergados, compensar as diferenças de poder nas relações entre particulares ou excluir um bem do livre jogo do mercado. Daí que o valor que geralmente se ressalta quando se fala de direitos sociais é a igualdade material.

É fato que o conceito de direitos sociais não se restringe somente a uma dimensão prestacional (direito à saúde, educação, moradia, seguridade social, alimentação, entre outros), mas também a uma gama de direitos de defesa (limites da jornada de trabalho, liberdade de associação sindical, direito de greve, entre

outros). Assim, neste enfoque, urge ponderar a abrangência dos direitos sociais, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 173-174):

Ainda na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais.

Em consonância, Gustavo Amaral (2004, p. 111) diz que:

Não é possível negar que o direito de greve e o direito de sindicalização são típicos direitos sociais, não reclamando qualquer prestação positiva do Estado, pelo contrário, requerem sua abstenção. Não havendo qualquer diferenciação estrutural seja na regra normativa, seja na aplicabilidade, entre o direito de sindicalização e o direito de livre associação, que é tipicamente individual. Logo, tem-se que a efetividade social dos direitos negativos é mais simples, já que exige apenas um não fazer do Estado, não demandando, comumente custos e aparato estatal.

Assim, os direitos sociais exigem a intermediação dos entes estatais para sua concretização; guardam íntima relação com o cidadão e a sociedade, abrangendo os indivíduos na perspectiva de que os tais possuem a necessidade de condições mínimas de subsistência. Apesar dos direitos sociais se apresentarem em dois âmbitos – cunho prestacional e direitos de defesa – o foco deste trabalho se debruça sobre a segunda dimensão desses direitos: a prestacional.

Por tratarem de direitos fundamentais, há de reconhecer a eles aplicabilidade direta e imediata (artigo 5º, § 1º da CF). Entende-se que estão superadas as opiniões doutrinárias divergentes acerca da aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais descritos na Constituição. As normas constitucionais que enunciam os direitos individuais, por serem de aplicabilidade direta e imediata, sua

eficácia não deve depender da intermediação do legislador. Os direitos sociais se tratam de obrigações positivas, o que lhes confere a característica da exigibilidade.

Destarte, o problema que surge na doutrina consiste na busca de mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter incompleto e abstrato das normas definidoras de direitos sociais, a fim de possibilitar sua concretização prática.

Justamente, são classificadas como normas de eficácia limitada, pois para a sua aplicação plena, relativamente aos interesses que expõe, depende da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador possa lhes proporcionar a capacidade de execução em termos de regulamentação dos interesses visados – contudo, muitas podem ser aplicadas independentemente da criação de uma regulamentação complementar, por não haver necessidade.

Segundo a classificação mais difundida no contexto constitucional brasileiro das normas constitucionais quanto a sua eficácia e aplicabilidade, sendo esta a do professor José Afonso da Silva, disserta (2007, p.138):

Em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes:

I - Estabelecem um dever para o legislador ordinário;

II – Condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;

III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum

IV – Constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;

V – Condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;

VI – Criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem (...)

Nesse passo, os direitos sociais classificam-se como normas programáticas, das quais fixam políticas públicas, e preveem a implementação de

programas estatais destinados à materialização dos fins sociais do Estado. De acordo, José Afonso da Silva (2007, p. 138):

São normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos, como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. Como exemplo, o art. 215 da Lei Maior.

Cabe ressaltar, em resumo, que as normas constitucionais num geral podem ter redução na sua aplicação, a depender do caso concreto – possivelmente na colisão entre direitos fundamentais. Por conta de os direitos fundamentais sociais estarem previstos, em prevalência, como normas constitucionais de eficácia limitada e de princípio programático, necessitam da regulamentação infraconstitucional para poderem ter aplicação, cabendo ao legislador infraconstitucional agir em favor de tal normatização, para que possa proporcionar a população um sentimento de efetividade de tais direitos.

2.3 Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais

Aplica-se o termo “direitos fundamentais” aos direitos inerentes ao ser humano, que participaram da fundação daquele estado e, portanto, anteriores e superiores. São direitos público-subjetivos de pessoas, sendo estas físicas ou jurídicas, positivados em dispositivos constitucionais, possuindo caráter normativo supremo dentro do ordenamento jurídico, apresentando como finalidade delimitar o exercício estatal em prol da liberdade individual.

Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 52) diz que “desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação”.

Assim, cada direito fundamental constitui um direito individual que vincula o Estado – e este, dependendo da matéria, está obrigado a fazer algo, ou

abster-se de atuar; trata-se de competência negativa, que restringe a possibilidade de atuação de seu poder.

A Constituição de 1988 elegeu como princípio orientador e unificador dos direitos fundamentais o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (v. artigo 1º, inciso III, da CF).

Outrossim, incluiu os direitos sociais, também chamados de *status positivus* (como o direito à saúde, à educação, à moradia e à assistência social) na categoria dos direitos fundamentais (Título II da CF), os quais são dotados de eficácia imediata, nos termos do artigo 5º, § 1º, da CF. Engloba os direitos que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado referente a melhorias de condições de vida, garantindo pressupostos materiais necessários ao exercício da liberdade – deve o Estado agir conforme indicado pela Constituição.

Além da sua elevada força normativa, a Carta de 1988 incluiu ao núcleo imodificável da Constituição tais direitos e garantias fundamentais, constituído no art. 60, § 4º, IV, que segundo Bonavides (2010, p. 589) “retira do alcance do legislador constituinte de segundo grau o poder de deliberar acerca de emenda porventura tendente a abolir aqueles direitos e garantias”.

Eis que surge uma classificação dos direitos fundamentais, diante de sua importância no universo jurídico (histórica e doutrinária), elencando-os entre direitos de primeira, segunda, terceira, e (por alguns doutrinadores) até uma quarta dimensão. Sendo o foco voltado aos direitos fundamentais sociais, estes se apresentam na segunda dimensão de direitos, sendo frequentemente associados a direitos que demandam uma prestação dos poderes públicos, que satisfaça aos destinatários de tais direitos fundamentais – exemplos são o direito à assistência social, a educação, a saúde, alimentação, trabalho, etc.

Por outro lado, esses direitos também carregam um cunho negativo, um direito à não intervenção do Estado, tais como a liberdade de greve. Logo, nem todos os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição correspondem, necessariamente, a uma prestação estatal. Em coerência, expõe George Marmelstein (2008, p.51-2):

Os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade.

Portanto, há de se ter em mente que as respectivas normas sociais fundadas em fundamentalidade apresentam algumas diferentes estruturas, ora prevendo prestações de cunho positivo por parte do poder público, ora estabelecendo uma posição de defesa do seu titular contra as violações do Estado.

2.3.1 Concretude dos Direitos Fundamentais Sociais e o Princípio da Máxima Efetividade

Ao falarmos da eficácia jurídica e social constitucional e a concretude dos direitos nela postulados, é visível um constante espaço entre a norma e a realidade. Nesse momento, surge o princípio da máxima efetividade como um dos postulados mais relevantes para interpretação da constituição, principalmente se o objetivo é atingir um grau máximo de êxito dos preceitos inseridos na norma. Em consonância, disserta Manoel Jorge (1999, p.18):

No momento em que o maior clamor ouvido diz respeito à concretização da norma constitucional, o princípio da máxima efetividade não é apenas mais um postulado dentro do plexo principiológico da ciência do direito constitucional. É, para nós, o princípio mais importante na interpretação da constituição, se quiser visualizar, no mundo físico, os efeitos próprios e esperados pelo constituinte originário quando lançou as bases e o programa da comunidade política.

No que tange ao caráter prestacional dos direitos sociais, apontam-se várias possibilidades para o alcance de sua efetivação. Não se vê grandes obstáculos a aplicação ou eficácia dos direitos fundamentais defensivos, haja vista

que estes são considerados pela doutrina aptos, desde logo, a proporcionar todos os seus efeitos jurídicos. Já a esfera dos direitos sociais prestacionais não goza das mesmas prerrogativas, sendo possível defini-las como prestações de natureza “fática”.

Inicialmente, nos termos do §1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais são providos de aplicabilidade imediata. Assim, surge a ideia de que tal norma da Constituição estaria por si só, apta o suficiente para transformar todos os direitos fundamentais em normas de aplicabilidade imediata e dotadas de eficácia. Na medida em que se insere no Texto Maior um determinado direito categorizado como fundamental, teria este, desde logo, aplicabilidade imediata e plena eficácia, não sendo possível a cogitação de uma norma apenas programática.

Existem diferentes concepções na doutrina quanto tal eficácia e aplicabilidade, considerando-se que a Carta Magna previu, minuciosamente, vários direitos fundamentais – e, nesse contexto, é natural o surgimento de divergências interpretativas, sobretudo referente a uma colisão de dois ou mais direitos elencados como fundamentais. E é neste momento que pode o intérprete refugiar-se ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Para o doutrinador José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p.1149):

A postura da máxima efetividade ou da eficiência consiste num princípio de interpretação da constituição e pode ser formulado da seguinte maneira: A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Logo, há o entendimento de que todas as normas referentes a direitos fundamentais são regidas por uma eficácia mínima, cabendo ao poder estatal lhes prover a maior eficácia possível – seria este uma espécie de otimização, impondo uma maximização da eficácia de todos os direitos fundamentais, inclusive os prestacionais.

Com tais conceitos, é pontuável não aceitar soluções de conflitos entre direitos fundamentais por meio de critérios de alcance reduzido, a julgar que o resultado dificilmente assegurará a máxima efetividade desses direitos. As normas constitucionais devem ser interpretadas de modo que a Lei Maior alcance sua eficácia plena, máxima.

2.3.2 Limites aos Direitos Fundamentais Sociais

Dentre as singularidades dos direitos fundamentais, lhe foram garantidas de supremacia salvaguarda pela rigidez e, em alguns casos até a imutabilidade, pelo art. 60, § 4º, IV, da Carta de 1988, sendo elevados a limites materiais de alteração da Constituição, como núcleo intangível, isto é, de “cláusulas pétreas”.

Para a realização de ações estipuladas e focadas a implementação do mínimo essencial de cada direito social é vital que seja garantido o máximo dos recursos disponíveis para tanto, atingido até mesmo a esfera de outros direitos, o que nos leva a abordar a possibilidade de limitação ao alcance dos direitos fundamentais sociais.

Os direitos fundamentais gozam de uma proteção em permanente tensão com as restrições – quanto mais ampla a compreensão dessa proteção, mais aparece medidas interventivas do Estado; quanto mais restrito for o entendimento, menor será a possibilidade de um conflito entre os direitos fundamentais e o Estado, porém, nem sempre garantida sua devida eficácia.

Devido a certas ausências no texto Constitucional, no que se refere à previsão expressa sobre o papel que o poder estatal pode desempenhar neste campo, que deriva o surgimento de certos limites aos direitos fundamentais. As restrições a esses direitos devem ser compreendidas como qualquer ação ou omissão do poder público que traga desvantagem ao conteúdo de um direito fundamental, de forma que reduza, elimine ou dificulte as suas vias de acesso ao bem que ele protege. Dando maior abrangência, também compreende como

restrição as manifestações de conteúdo jurídico, criação de “leis restritivas”, que limite, qual seja a forma, a obtenção do direito.

Não se prevê expressamente na Constituição como proceder diante à limites impostos aos direitos fundamentais. A doutrina, porém, vem manifestando-se neste sentido, entendendo existir limites a tais restrições, havendo um núcleo intangível dos direitos fundamentais, um núcleo essencial - junto a este, também elencam o princípio da proporcionalidade, e o princípio da igualdade.

Apesar dos direitos fundamentais serem inerentes aos seres humanos, universais, e inalienáveis, se vê necessário na vida em sociedade, no dia-a-dia, a necessidade de determinar certos limites aos direitos fundamentais. Como na maioria das vezes, a imposição de limites a esses direitos é realizada pelos poderes públicos, numa sociedade democrática, devem esses poderes estarem sujeitos a autorizações específicas no que tange a possibilidade de limitar esses direitos, que seja determinado o “como” e “quando” das restrições.

Demonstradas as deficiências, surge na doutrina duas principais teorias sobre as limitações aos direitos fundamentais – as teorias “interna” e “externa. A maior distinção entre elas se encontra nas conotações com o intervencionismo estatal existentes na teoria interna, enquanto a teoria externa se liga à defesa da liberdade e do individualismo. A chamada “teoria interna” tem como fundamento básico superar a liberdade e o individualismo da “teoria externa”, justificando que a liberdade somente faz sentido numa sociedade juridicamente plena e ordenada, bem como, o indivíduo coexiste dentro de uma comunidade, não isolado desta. Assim, entra o importante papel do legislador efetivar a liberdade, bem como ponderando os direitos fundamentais para que estes não violem bens jurídicos de mesmo valor ou superior. A teoria interna ou imanente foi defendida principalmente por Peter Harbele, em seu livro “A Garantia do Conteúdo Essencial do art. 19 §2º, da Constituição”, de 1962. Prevalecia o ideal de que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais se encontra em limites imanentes, insuscetíveis de ponderação. Para tal teoria não existe, a rigor, restrição a direitos fundamentais. Neste sentido, diz Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 37-38):

Da mesma forma que ocorre com as teorias que se baseiam em um suporte fático restrito para os direitos fundamentais, a teoria interna tem o ônus de demonstrar a possibilidade de se fundamentar a limitação de direitos "a partir de dentro", de forma a excluir a necessidade de restrições externas. A principal figura a que se costuma recorrer, para esse fim, é aquela conhecida por limites imanentes.

Justamente, os limites aos direitos fundamentais não surgiriam de forma "externa", e sim afirmar-se-iam de dentro, ou seja, sendo limites "internos", imanentes. As previsões realizadas pelo legislador teriam apenas o caráter de mera declaração – as leis não criariam limites, apenas seriam uma forma de concretizá-los.

Por outro lado, a teoria externa tem como base a teoria dos princípios e parte da convicção de que os direitos fundamentais são restringíveis por intervenções exteriores ao seu conteúdo essencial. Sob seu paradigma, independentemente da restrição, não há nenhuma influência no conteúdo do direito, restringindo apenas o seu exercício – logo, em um conflito de princípios, o que cede não teria afetada sua validade e extensão. Sobre tais fundamentos, disserta Martin Borowsky (2003, p. 66):

A teoria externa pressupõe a existência de dois objetos jurídicos diferentes. O primeiro é o direito *prima facie* ou direito não limitado; o segundo, a restrição desse direito. Como resultado da restrição se obtém o direito definitivo ou limitado.

Em conformidade, Robert Alexy (2015, p. 277):

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas - o direito e sua restrição -, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de teoria externa.

Por fim, é evidente na teoria externa que o conteúdo do direito fundamental anterior a imposição de restrições não se trata de uma posição definitiva – esta pode ser alterada pelo mecanismo de ponderação dos bens jurídicos protegidos, extraíndo que tais posições anteriores as restrições impostas são posições “prima facie”.

Assim, o cumprimento dos direitos fundamentais, de acordo com a teoria externa, suporta limitações, ao contrário do que defende a teoria interna. Perceptível, desta forma, que a teoria interna parte de um viés social, voltado a uma visão mais protetiva dos direitos fundamentais. Já na teoria externa, a liberdade é acentuada, podendo esta ser restringida de acordo com as situações concretas, na ocorrência de conflito de interesses.

3. O MÍNIMO EXISTENCIAL

A proteção do mínimo existencial está ancorada na ética e se fundamenta nas condições primárias para o exercício da liberdade, na ideia de uma vida feliz e digna, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e dignidade humana.

Vejamos que, os direitos humanos possuem alguns antecedentes na filosofia de São Tomás de Aquino, que se forma na ideia de um direito natural, na concepção de que o homem era criatura feita à semelhança de Deus. A proteção dos direitos humanos em face do Estado surgiu como uma resistência poder das monarquias absolutistas. As mais graves ameaças e limitações à liberdade e à dignidade do homem, provinham do Estado. Logo, ao superar o absolutismo, uma das primeiras expressões dos direitos humanos foi ao se reconhecer com um dos propósitos de trazer limites ao poder estatal.

Frente a isso, é possível realizar uma conexão – o problema do mínimo existencial se confunde com a questão da pobreza; e, ora, o combate à pobreza e a fixação dos direitos mínimos dos cidadãos nunca foram o centro de debates sociais e das ações estatais na maior parte do mundo.

No Estado Patrimonial, os pobres não eram isentos de tributos, o que acarretava uma estrutura injusta e prejudicial à liberdade e a dignidade do homem. Cabia à Igreja, através de seus dízimos, e aos cristãos ricos dar assistência social aos pobres, o que levou por alimentar uma dependência e mendicância. Logo, tratando-se de um estado essencialmente patrimonialista, onde até mesmo os pobres eram tributados sem qualquer progressividade, ameaçava a dignidade da pessoa humana dificultar, ou até mesmo impossibilitar a liberdade do indivíduo ao tratar da disposição de seu patrimônio.

A proteção do mínimo existencial se dá em uma época de transição - o Estado de Polícia. Alteram-se aquelas concepções: alivia-se a tributação dos pobres e outorga para o Estado a proteção dos mesmos. Com o limite do mínimo

existencial, há a retirada da incidência tributária sobre as pessoas que não possuem orçamento mínimo ao seu sustento. Neste sentido, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 04):

A legislação de D. Maria, de 17 de dezembro de 1789, alivia a sujeição fiscal dos pobres. Por outro lado, se transfere a assistência social aos pobres da Igreja para o Estado. Na Alemanha, os príncipes adquirem o direito de proteção e assistência (*SchutzundHilfe*). Na Inglaterra a legislação dos pobres, desde Elizabeth I (1533 – 1603), atribuía ao Estado o dever de assistência. Na Áustria, D. José criou o Fundo do Estado para a pobreza, em 1781. Na França predominam as ideias contrárias à esmola, defendidas por Colbert. Em Portugal, modifica-se também o enfoque da obrigação de conceder esmolas (...).

Assim, ao Estado arcar com sua responsabilidade em relação aos pobres, fato que ocorreu entre os séculos XVII e XVIII, o Estado Moderno passou a resguardar o mínimo existencial da incidência de tributos. Com isso, a mendicância passou progressivamente a ser desestimulada pelo próprio Estado.

A concepção do mínimo existencial encontra raízes e começa a tomar forma no direito alemão, através de debates travados pela doutrina e jurisprudência alemãs, na década de 1950, onde se discutiu a existência da garantia de um mínimo indispensável para a existência humana digna. Atingiu o seu ápice na década de 1990, já na Corte Constitucional da Alemanha, por intermédio de Paul Kirchhof.

O mínimo existencial ganhou destaque em várias declarações internacionais de direitos humanos - entre elas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948, artigos XXV e XXVI); a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, aprovada pela Resolução 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas (1986, artigo 1º); o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU – 1996, artigo 2º); bem como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (San José da Costa Rica – 1960).

Fora apresentado ao Brasil por Ricardo Lobo Torres, no final dos anos 80, pouco tempo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, publicado na prestigiada Revista de Direito Administrativo¹.

O direito ao mínimo existencial não se encontra proclamada na Constituição em cláusula genérica e aberta. Entende-se que a ideia do mínimo existencial se relaciona de forma direta ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto como um dos fundamentos da Constituição (art. 1º, III) e também como uma das finalidades da ordem econômica (art. 170, *caput*), que, por sua vez, quando retrata o mínimo necessário para que o ser humano tenha uma vida digna. Além disso, o art. 6º da CF/88 – o qual define os direitos sociais – traz certo espaço para o mínimo existencial, haja vista sua aproximação dos direitos fundamentais sociais.

Logo, é possível percebermos uma ligação dos direitos sociais à dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, ao mínimo existencial – pois os direitos expressos no art. 6º têm como objetivo conferir aos cidadãos as mínimas condições para exercerem o direito a uma existência digna. Nesse sentido, Ana Paula Barcellos (2002, p. 252):

Uma primeira resposta que se pode apresentar desde logo, insatisfatória por sua generalidade, porém útil, é que 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 a 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.

Apesar da ausência de previsão constitucional específica do Mínimo Existencial, entende-se que este instituto pode ser extraído de uma análise cumulada da doutrina, remetendo-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao princípio da igualdade substancial, e, ademais, ao Estado Democrático de Direito. Oportunas as palavras de Ricardo Lobo Torres (2009, p. 165/166):

¹ Cf. R. L. Torres, “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais”, in: Revista de Direito Administrativo, n. 177, 1989, p. 20-49, in: Direitos fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível.

“O Estado Democrático de Direito passa a garantir o mínimo existencial, em seu contorno máximo, deixando a questão da segurança dos direitos sociais para o sistema securitário e contributivo, baseado no princípio da solidariedade. Habermas percebeu excelentemente a nova situação: Identificou a segurança jurídica, o bem estar social, e a prevenção como objetivos dos tipos ideais das formas de Estado – Estado de Direito, Estado Social e Estado de Segurança.”

É perceptível, principalmente na doutrina, as variadas tentativas de definição do que seria o mínimo existencial – cada autor entende de uma forma diferente, na sua particularidade subjetiva, o que são as necessidades vitais de cada ser humano; alguns apresentam uma visão mais ampla, outros mais estreita. Mas, independentemente da variedade de conceitos, a responsabilidade do Estado sempre preexistirá ao mínimo, como disserta Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 318):

Ainda que a definição de um mínimo existencial possa variar, é possível reconhecer que determinadas prestações materiais incumbidas ao Estado pelo constituinte são essenciais para a manutenção da vida humana com dignidade. Sempre que a vida humana, e a personificação do homem (em contraposição à ideia de coisificação do homem) estiverem em risco, poderá o intérprete aquilatar a presença do mínimo existencial.

Assim, não necessariamente o mínimo deve ser visto como um direito que necessita de lei para sua obtenção; é inerente a todo ser humano, com a devida proteção proporcionada por parte do Estado.

O mínimo necessário à existência consiste em um direito fundamental, pois sem ele cessa a possibilidade de sobrevivência digna do homem e desvanecem as condições iniciais da liberdade. Porém, é necessário ter em mente que o mínimo existencial carece de conteúdo específico – abrange qualquer direito, mesmo que originariamente não-fundamental (há um mínimo existencial no direito tributário, financeiro, etc.). Destaca-se a posição em que se encontra o mínimo, de centralidade, irradiando-se para todos os ramos do direito e subsistemas jurídicos.

A Teoria do Mínimo Existencial se caracteriza como um subsistema da Teoria dos Direitos Fundamentais, e se trata de uma teoria normativa e interpretativa onde o foco está na concretização, eficácia e validade do mínimo existencial, e projeta as consequências sobre a interpretação dos direitos fundamentais. Ademais, é dogmática, pois através de fontes legislativas e jurisprudenciais que também visa concretizar os direitos fundamentais.

O principal desafio sobre o qual se debruçam os principais teóricos do mínimo existencial se encontra na definição do objeto prestacional de direitos sociais mínimos para a existência humana. Para o alcance de tal conteúdo, se valem da ponderação dos princípios e valores jurídicos de maior importância, em conjunto com a consciência do que é minimamente necessário para garantir a subsistência humana e as condições primárias de liberdade. Através de tais esclarecimentos, abre-se a possibilidade ao entendimento de que a Teoria do Mínimo Existencial, incluída a Teoria dos Direitos Fundamentais, é um dos caminhos para a própria legitimação dos direitos fundamentais – sendo estes direitos carregam em seu âmago e têm como um de seus propósitos a defesa de tais garantias.

Norberto Bobbio (1992, p. 24) chegou a dizer que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”, esclarecendo que é primordial o amparo as lutas sociais e as demandas processuais, conferindo-lhes a devida legitimidade, saindo da esfera conceitual para adentrar, de fato, na esfera da concretude. Ainda neste sentido, posiciona-se Clèmerson Merlin Clève (2003, p. 27):

(...) sustenta-se a obrigação do Estado consistente no respeito ao mínimo existencial (não há dignidade humana sem um mínimo necessário para a existência). Ou seja, as prestações do poder público decorrentes do reconhecimento dos direitos fundamentais poderão ser progressivamente incrementadas. Todavia, o mínimo existencial implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. O definir esse mínimo não é tarefa fácil. O que se afirma, porém, é que para a observância deste mínimo, pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário, estando o Judiciário, do ponto de vista constitucional, autorizado a decidir a respeito. (...) O conceito de mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável (...).

Logo, além de se preocuparem com a conceituação, é notável também a preocupação destes doutrinadores com a efetividade do mínimo, sendo inegável a íntima relação deste com os direitos fundamentais. A partir disso, o mínimo de dignidade deve ser reconhecido a todo ser humano, de modo que o Poder Estatal estaria obrigado a realizar seu conteúdo através de prestações materiais.

3.1 Conceito de Direito ao Mínimo Existencial

Os mínimos sociais, usando-se da expressão escolhida pela Lei nº 8.742/93, integram o conceito de direitos fundamentais – estabelecida uma íntima relação entre os dois institutos, vê-se que o mínimo encontra sua legitimidade na ordem jurídica interna dos direitos fundamentais; o mínimo existencial constitui o núcleo dos direitos fundamentais. Sumariamente, pode-se dizer que se trata de um direito a condições mínimas de existência humana digna que deve ser objeto inatingível de intervenção do Estado, exigindo, ainda, prestações positivas.

A doutrina nacional, em busca de uma conceituação, traz alguns contornos interessantes à compreensão do mínimo existencial. Primeiramente, como exemplo desta proliferação de teses, traz Gustavo Amaral (2001, p.66) o binômio essencialidade/excepcionalidade, que concerne o grau de essencialidade da prestação pública, afirmando estar ligada ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana, de modo que “quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida”, sendo plausível justificar a denegação apenas com o argumento de existir circunstâncias concretas que impedem o atendimento de todas que demandam prestações essenciais.

Por outro lado, Ana Paula de Barcelos (2002, p. 258-259) define o mínimo existencial como o formado por uma condição instrumental e três condições materiais necessárias a proferir a dignidade humana: “educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, a *fortiori*, o status de direito subjetivo exigível diante do poder judiciário”.

Já Ricardo Lobo Torres (2009, p. 36) entende que um direito é objetivamente mínimo quando “coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens, independe de suas condições de riqueza” – tal direito seria composto por “direitos da pessoa humana, referidos a sua existência em condições mínimas”, e assim, “ficam fora do âmbito do mínimo existencial os direitos das empresas ou pessoas jurídicas, ao contrário do que acontece com direitos fundamentais em geral”.

Tal raciocínio ao qual se alinha ao defendido pelo autor Ingo W. Sarlet (2003, p. 312-313), que se utiliza do termo direito à garantia a uma existência digna. Parte o autor do estudo da dignidade humana como parâmetro da garantia de uma existência digna de todos os indivíduos, e, apesar de não se referir diretamente à noção de “mínimo existencial”, deixa transparecer a necessidade de algumas prestações materiais previstas nos direitos fundamentais ao salário mínimo, à assistência social, à previdência social, à saúde e à moradia, tornando tais direitos prontamente exigíveis do judiciário. Menciona, ainda:

Há como sustentar que, na base dos quatro direitos sociais expressamente consagrados pelo nosso Constituinte, se encontra a necessidade de preservar a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo (aspecto que assume especial relevância no caso do direito à saúde), mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade.

Assim, por mais que a definição de um mínimo existencial possa variar, ainda é possível reconhecer que determinadas prestações materiais atribuídas ao Estado pelo legislador são vitais para a preservação da vida humana com dignidade.

Quanto à natureza jurídica do mínimo existencial, é de magnitude significativa e prevalente o ideal doutrinário de que se trata de uma regra jurídica, não obstante possua princípios e valores jurídicos como elementos justificantes do seu conteúdo, mas encontra melhor definição nesta natureza justamente por conta da natureza regrativa ser aplicada através de equivalência do caso concreto à norma legal abstrata e, portanto, insuscetível de sopesamento. Em coerência, Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 333, *apud Rafael José Nadim*, 2012, p.106) entende que:

Sendo o “mínimo” compreendido como as condições necessárias à sobrevivência do homem, e como núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, erige-se como “[...] verdadeira muralha que não poderá ser transposta, sob pena de comprometimento de todo o sistema constitucional, e da legitimidade do Estado Democrático de Direito.”

Entende-se que, a retórica do mínimo existencial não minimiza os direitos sociais; pelo contrário – os fortalece extraordinariamente na sua esfera essencial, dotado de potencial eficácia, até os maximizando em região periférica, irradiando a todo o sistema constitucional, valendo sob a reserva da lei.

Não poderá ser considerado princípio, pois este não é absoluto, conforme enuncia Robert Alexy (2015, p. 94-95) ao acentuar que os princípios podem ser ponderados. Ora, seu conteúdo não pode ser ponderado, posto que já se constitui dos direitos mínimos para a sobrevivência humana e para a garantia das condições iniciais de liberdade. Alterando tal substância tão inicial, altera-se toda uma base construída sobre tais direitos. Nesse mesmo sentido, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 83):

O mínimo existencial não é um valor nem um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Nada obstante, está impregnado pelos valores e princípios jurídicos mais relevantes. O mínimo existencial não é um valor, por não possuir a generalidade e a abstração de ideias como as de liberdade, justiça e igualdade. Além disso, o mínimo existencial pode se traduzir, para a sua garantia, em regra jurídica, o que jamais acontece com valores (...). O mínimo existencial também não é princípio jurídico, por não exibir as principais características dos princípios, que são as de ser objeto de ponderação e de valer *prima facie*. De feito, o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente, porque constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é irredutível por definição e insuscetível de sopesamento.

Portanto, o mínimo existencial é regra jurídica e imperativa (e não princípio), uma vez que comporta direitos definitivos e imponderáveis, estando situado na seara dos direitos fundamentais. Haja vista seu caráter imperativo, a sua não observância pode caracterizar ação ou omissão inconstitucional. Na dimensão dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana também funciona como mecanismo de fundamentação e orientação desses direitos; também se impõe como

uma regra. Logo, ao desrespeitar o mínimo existencial, a dignidade também estará sendo violada.

3.2 Garantia Do Núcleo Essencial

Ao falar de núcleo essencial dos direitos fundamentais nos referimos a um núcleo que, sem o tal impossibilitaria a vida humana livre – o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é o seu centro, algo que, se retirado, lhes desestruturaria, retiraria sua razão de existir.

Adentrando neste aspecto, é possível afirmar que, o que entendemos por direito fundamental – e, assim sendo, também de uma garantia fundamental – e as noções materiais que asseguram uma vida digna, teve como sua primeira importante elaboração dogmática na Alemanha, obtendo, conseguinte, um precoce reconhecimento jurisprudencial.

A discussão em torno da garantia do mínimo imprescindível para uma existência digna obteve destaque após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, na Alemanha, sendo desenvolvida pela doutrina, bem como no âmbito legislativo, administrativo e jurisprudencial. Nesse sentido, Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 315):

A noção de mínimo existencial foi muito difundida na Alemanha, especialmente após a II Guerra Mundial. Como observou Andréas J. Krell, praticamente todos os autores alemães concordam que o Estado Social deve garantir aos cidadãos sua existência física com dignidade, ou seja, um “mínimo social”. Este mínimo foi extraído do princípio da dignidade humana e do direito à vida e à integridade física, direitos positivados na Lei Fundamental. A partir daí, a jurisprudência alemã tem defendido a existência da garantia a um “mínimo vital”.

O primeiro jurista a defender o possível reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva do mínimo existencial foi o publicista Otto Bachof, que, ao início de 1950, sustentou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º,

I, da Lei Fundamental da Alemanha) não se referia apenas à garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, na falta de recursos materiais que possibilitem uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana seria lesada. Com isso, entende que o direito à vida e integridade corporal não poderiam ser concedidos como mero direito de defesa, mas, pelo contrário, impondo também um ativismo no sentido de garantir a vida.

Posteriormente, o Tribunal Federativo Administrativo da Alemanha reconheceu, no seu primeiro ano de existência, o direito de um cidadão carente a auxílio material por parte do Estado, sendo um dos argumentos o postulado da dignidade da pessoa humana, sustentada pela formulação de Bachof, evidenciando que o indivíduo, na qualidade de ser humano autônomo e responsável, deve ser reconhecido como portador de direitos e obrigações, sendo que estas implicam essencialmente a manutenção das suas condições de existência.

Transcorridas duas décadas da referida decisão, o Tribunal Constitucional Federal acabou por também reconhecer, em uma primeira decisão sobre a questão, um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Tal decisão veio a ser chancelada, em sua essência, em outros âmbitos da Corte Constitucional Alemã, o que aferiu como resultado o reconhecimento irrefutável da garantia estatal do mínimo existencial como constitucional. Nesse sentido, menciona Ingo Wolfgang Sarlet e Marina Filchtiner Figueiredo (2010, p. 22):

(...) O indivíduo pode levar uma vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual o direito à assistência social – considerado, pelo menos na Alemanha e, de modo geral, nos países que integram a União Europeia, a principal manifestação da garantia do mínimo existencial – alcança o caráter de uma ajuda para a autoajuda, não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si mesma, mas a sua proteção e promoção (...).

Assim, o conteúdo essencial é o núcleo intocável e irrestringível desses direitos, seja de liberdade ou sociais, proporcionando como resultado um limite para a atuação dos poderes estatais.

A Lei Fundamental da República Federal Alemã (1949) prescreveu a garantia ao núcleo essencial em seu artigo 19.2, ao estabelecer que “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”. Também faz menção expressa a tal princípio a Constituição Portuguesa (1976), que o prescreveu em seu art. 18.3, ao estatuir que “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de se revestir de caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”. Por fim, a Constituição da Espanha (1978), também traz em seu corpo de forma explícita tal princípio, ao dizer que “os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II do presente Título vinculam todos os poderes públicos. Somente por lei, que em todos os casos deve respeitar seu conteúdo essencial, poderão ser regulados esses direitos e liberdades (...)”.

Destarte, vemos que o surgimento do princípio de proteção ao núcleo essencial do direito fundamental tem a finalidade de estabelecer, especialmente ao constituinte, um limite para a restrição dos direitos fundamentais, sob pena de uma possível inconstitucionalidade. Encontramos, assim, a finalidade primordial deste princípio: Não admitir, em nenhuma hipótese, que o núcleo essencial dos direitos fundamentais devidamente garantido, seja violado – tal finalidade guará a atuação do legislador, traçando seu limite de atuação. Nesse sentido, Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 319):

O núcleo essencial responde à porção característica do direito oriunda da ponderação de princípios, interesses e bens jurídicos em conflito, a partir do postulado da proporcionalidade. Este núcleo pode ser identificado através de uma extensa carga argumentativa, que obriga o intérprete e o legislador a apresentar racionalmente a identificação de um núcleo intangível do direito fundamental para determinado caso concreto.

Por fim, no Brasil, nossa Constituição de 1988 não menciona expressamente o princípio de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais como as constituições já mencionadas, entretanto, não obsta técnica em extraí-lo da razão de ser desses direitos e sua natureza. Em análise ao art. 60 §4º, inciso IV, da Constituição de 1988. Tal mandamento constitucional estabelece de forma explícita que não será objeto de deliberação a proposta de emenda

tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Desta forma, evidencia-se, mesmo que indiretamente, a iminente preservação do conteúdo ínsito dos direitos fundamentais, e entre eles, os direitos fundamentais sociais (os quais recebem destaque neste trabalho). Ou seja, se o legislador infraconstitucional está impedido de restringir o âmbito de proteção de um direito fundamental de forma que o esvazie completamente, extinguindo-o - nem sequer por emenda constitucional - consequentemente, o núcleo essencial de cada um destes direitos fundamentais previstos na Constituição está tutelado de forma segura.

Entende-se como “conteúdo essencial” a fração do conteúdo da norma fundamental que não pode ser objeto de limitação pelo Estado. A garantia do conteúdo essencial refere-se, assim sendo, à proteção desse conteúdo mínimo; contudo, exige-se cautela ao intitulá-los como sinônimos, como explana Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 204/205):

A simples ideia de um conteúdo essencial dos direitos sociais remete automática e intuitivamente ao conceito de mínimo existencial. Essa intuição em considerar ambas as figuras como intercambiáveis ou sinônimas deve, no entanto, ser vista com cautela (...). O conceito de mínimo existencial é usado com diversos sentidos, e pode significar (1) aquilo que é garantido pelos direitos sociais – ou seja, direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial; (2) aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, é justiciável – ou seja, ainda que os direitos sociais possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial, sendo o resto mera questão de política legislativa; e (3) o mesmo que conteúdo essencial – isto é, um conceito que não tem relação necessária com a justiciabilidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito social.

Assim, no caso dos direitos fundamentais sociais que reclamam a prestações, caso em que a atividade do legislador mostra-se mais contínua, a garantia do núcleo essencial funciona como um parâmetro a mais de controle de constitucionalidade, devendo seus intérpretes que buscam lhe atingir oferecerem uma carga de argumentação elevada; qualquer intervenção só poderá insurgir em casos de grave justificação, em que demonstre maior peso de outros princípios em conflito, por exemplo, mas sempre mantendo a proporcionalidade da restrição.

3.2.1 Teorias objetiva e subjetiva

A ideia de um núcleo essencial dos direitos fundamentais pressupõe uma análise de seu âmbito de proteção – o que nos leva verificar a possibilidade ou não de sua restrição e em que proporção isso seria possível. Nesse sentido, é importante ressaltar as várias interpretações conferidas a este princípio, a depender da teoria que será adotada. A doutrina divide-se basicamente entre duas teorias opostas, sendo a teoria objetiva, e a teoria subjetiva, como passa a se analisar.

Versando sobre o objeto de proteção, preconiza a teoria objetiva que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais consiste em uma instituição jurídica objetiva; quer dizer que, o objeto de proteção da garantia do núcleo essencial é a norma jurídica, e não o direito subjetivo, admitindo a supressão deste no caso concreto. Protege-se o texto constitucional como um todo, e não os direitos subjetivos que dele decorrem. Resguarda-se a garantia geral e abstrata prevista no texto normativo. Para CANOTILHO (1992, p. 544), “Uma norma vincula um sujeito em termos objetivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto”.

Também nesse sentido, preconiza Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 157):

(...) os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais, entendimento este, aliás, consagrado pela Jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, praticamente desde o início de sua profícua judicatura.

Já a teoria subjetiva sustenta que deve ser protegido o conteúdo essencial, considerando-se a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, de maneira que, as posições jurídicas são analisadas individualmente, em cada caso. A limitação a um determinado direito fundamental deve ser analisada de acordo com o seu titular, e não em relação à coletividade. O Viés subjetivo se mostra como a

possibilidade do indivíduo “fazer valer” sua prerrogativa jurídica, segundo Christine Oliveira Peter da Silva (2001, p. 49):

“É importante destacar que, ao se falar sobre direitos fundamentais subjetivos, faz-se referência à possibilidade que tem o seu titular - o indivíduo ou a coletividade a quem é atribuído - de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades, o direito à ação ou mesmo as ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora de direito fundamental em questão.”

Ana Maria D'Ávila Lopes expõe que o a teoria subjetiva é aceita pela maioria da doutrina.² Entretanto, defende-se neste meio a necessidade da conjugação entre essas duas visões – sem exclusividade de uma das duas. Nesse sentido, Luís Fernando Sgarbossa (2010, p. 294-295):

Sustenta-se, aqui, portanto, a conjugação das teorias objetiva e subjetiva, tendo em vista que não faz sentido a manutenção de uma garantia institucional, meramente objetiva, intangível em seu núcleo, cuja dimensão subjetiva seja franqueada, ainda que motivadamente, mesmo em sua essência. Tal interpretação é, em nosso juízo, insubsistente em face da teleologia do instituto jurídico dos direitos fundamentais: objetivando à concreta proteção da pessoa, nada significa sua dimensão objetiva dissociada da dimensão subjetiva. A pretensão de tal dissociação é insubsistente do ponto de vista de uma teoria jusfundamental coerente e consistente.

Logo, apesar da existente controvérsia, vários doutrinadores não são a favor desta dicotomia, alegando que a dupla dimensão dos direitos fundamental, leva à necessidade de complementação por ambas as teorias – objetiva e subjetiva – e não a exclusão de uma pela outra.

²Garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 41, nº 164, out/dez 2004, p. 8

3.2.2 Teorias absoluta, relativa e mista

Visto as teorias que versam sobre o objeto de proteção do núcleo essencial, da mesma forma é indispensável analisar se o núcleo essencial possui um valor relativo ou absoluto, ou seja, se sua delimitação depende ou não do confronto com outros direitos.

Insta salientar que, é sólido na doutrina que os direitos não são absolutos, cabendo restrições. A questão que se coloca nesse contexto é saber se o núcleo essencial é constante ou mutável – na primeira hipótese, fala-se da teoria absoluta; na segunda, da teoria relativa.

Para os adeptos da teoria absoluta, apesar de suas diversas versões³ o núcleo dos direitos fundamentais seria insuscetível de ponderação (por constituírem verdadeiras normas jurídicas). Trata-se de um núcleo essencial absoluto, sendo uma área intocável, onde não haveria espaço para ponderação. Logo, seus limites externos formam uma barreira insuperável, independentemente dos interesses e situações em casos concretos. Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 187):

Todas as versões das teorias que defendem a existência de um conteúdo essencial absoluto têm em comum a ideia de que, se fosse possível representar graficamente o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, deveria existir um núcleo, cujos limites externos formariam uma barreira intransponível, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possam haver em sua restrição.

De outro vértice, subsiste a teoria relativa, pautada na ideia de que o conteúdo essencial se define em cada caso concreto, exigindo uma justificativa para restrição ao direito fundamental, sempre atendendo ao princípio da proporcionalidade. Desta forma, o conteúdo essencial resulta de uma de uma

³ Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 188-190) traz a subdivisão realizada por Claudia Drews na teoria absoluta: a teoria absoluta dinâmica e a teoria absoluta estática. Para os defensores do conteúdo absoluto-dinâmico, embora o núcleo essencial não seja relativizado conforme urgências e afins, pode este ser modificado conforme o passar do tempo, haja vista ser mutável. Já os defensores do conteúdo absoluto-estático, concebem o núcleo essencial dos direitos fundamentais como absolutos em sentido espacial e também em sentido material-atemporal; ou seja, além de intangíveis, seriam imutáveis.

ponderação – as restrições advindas do uso do princípio da proporcionalidade não afetam a garantia do núcleo essencial. A garantia do núcleo essencial reduz-se ao princípio da proporcionalidade; ainda que delineado esse conteúdo essencial, ele não será um valor absoluto, imutável, podendo adequar-se a cada caso concreto analisado. Neste sentido, Robert Alexy (2015, p. 297-298):

Segundo a teoria relativa, o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento. Restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental. A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade. Diante da inquestionável vigência da proporcionalidade, o art. 19, § 2º, teria simplesmente um significado declaratório.

Ainda há espaço para as teorias moderadas ou mistas, que preservam o caráter absoluto e relativo do conteúdo essencial, e adotam que a liberdade do Estado relacionada aos direitos mínimos não é restrita, pois encontra limites na necessidade, ao confrontar com outros direitos, e características essenciais do ser humano. O núcleo essencial está pautado em um campo no qual as intervenções seriam possíveis. A tese adotada por essa teoria relaciona-se com a ideia de liberdade, conforme explana Ricardo Lobo Torres (2009, p.92):

As posições moderadas partem da convicção de que a liberdade não pode ser total e ilimitada, pois contrasta com a necessidade, se limita pelo direito e coincide com as características essenciais do ser humano. Os direitos de liberdade, portanto, compreendem a necessidade da delimitação ditada pela liberdade do outro, como proclamou magnificamente a Declaração de Direitos do Homem de 1789.

Destarte, a teoria mista seria uma mescla de ambas as teorias expostas anteriormente, ao prever que, em princípio, o núcleo dos direitos fundamentais seria imponderável, porém, em determinadas circunstâncias excepcionais, poderia admitir certa ponderação.

A doutrina diverge acerca da preferência por uma ou outra doutrina. Ana Maria D'Ávila Lopes (2004, p. 8), não toma parte em uma das teorias, mas

pontua que, no âmbito da teoria relativa, esta oferece baixa proteção ao direito fundamental individual quando em um conflito com algum interesse estatal, no qual o segundo prevaleceria sobre o primeiro. Em sua concepção, a teoria absoluta, por outro lado, propicia constante proteção ao conteúdo essencial do direito fundamental. Preceitua, assim:

A adoção de uma ou de outra teoria implicará relevantes consequências, das quais, talvez, a mais importante refira-se à primazia que irá outorgar-se ao direito fundamental em relação ao interesse estatal. Assim, por um lado, a teoria relativa admite que a limitação de um direito fundamental depende apenas dos interesses contrapostos das partes em conflito, porém aceita a possibilidade da revogação parcial ou total desse direito no caso da afetação de algum interesse estatal; contrariamente, a teoria absoluta proclama sempre o respeito ao conteúdo essencial do direito fundamental, o que implica garantir a existência desse direito sempre, ainda que exista um interesse estatal em conflito.

Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 154-155) refuta esta doutrina, alegando que acarreta insegurança jurídica não estabelecer a quem cabe a tarefa de definir o conteúdo essencial de cada direito, e nem ao menos os parâmetros para uma possível definição. Isso provoca uma fragilidade aos direitos fundamentais, na medida em que protege somente o conteúdo essencial, e, de certa forma, está autorizando que parcela do direito fora desses limites possa sofrer restrição estatal. Nesse diapasão, Olsen adota a teoria relativa (2008, p.62-63) e argumenta:

(...) referida teoria permite a identificação de um núcleo de maior significação no direito fundamental, de modo a exigir uma carga de argumentação racional profundamente convincente a fim de justificar sua mitigação em virtude do peso de outros princípios, bens jurídicos ou valores em conflito. A justificação racional deste núcleo somente pode ser atingida mediante a ponderação no caso concreto, pois definições a priori mostram-se arbitrárias e fatalmente incompletas. A teoria relativa permite um conceito maleável de núcleo essencial, em conformidade com as noções de *derecho dúctil* definidas por Gustavo Zagrebelski, e que melhor se coadunam com a necessidade de adequação das normas constitucionais à evolução histórica e social da humanidade. Apesar desta maleabilidade, ela não deixa o direito fundamental desprotegido, pois os critérios da proporcionalidade deverão sempre ser satisfeitos quando o Estado pretende restringir o âmbito normativo de um direito fundamental.

Logo, entende a autora que em cada direito fundamental há um núcleo de maior relevância, e este só poderia sofrer restrições por frutos de sólidos argumentos que elucidassem a necessidade de prevalecer outros bens jurídicos ou valores em conflito, sendo que, a admissibilidade dessa restrição somente se daria no caso concreto.

Por outro lado, Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 206-207) se pauta no um modelo relativo de garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, e refuta qualquer possibilidade de prevalência das teorias absolutas, desta forma:

Se parte da premissa segundo a qual (1) os direitos fundamentais têm um suporte fático amplo e que, por consequência, há uma distinção entre o direito em si e o direito eventualmente restringido – que se reflete na distinção entre direitos *prima facie* e direitos definitivos -, que, por sua vez, (3) é expressa na distinção entre princípios e regras, e que, por fim (4) a regra da proporcionalidade é a forma de controle e aplicação dos princípios como mandamentos de otimização, então, não há espaço algum para teorias absolutas.

Em outras palavras, entende-se que as restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais; mas, caso tais restrições passem pelo teste da proporcionalidade, considerar-se-ão constitucionais – porém, tais restrições que passam pelo teste da proporcionalidade não vêm a atingir o conteúdo essencial. Nesse sentido, então, o autor encerra:

Em outras palavras: se a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional, e se essa fundamentação constitucional é controlada a partir da regra da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição é constitucional. Se é inimaginável considerar como constitucional uma restrição que invada o conteúdo essencial de algum direito, então, o proporcional respeita sempre o conteúdo essencial.

Por fim, para se considerar a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental, é necessário passar pelo filtro da proporcionalidade para obter tal patamar; entretanto, a regra da proporcionalidade sempre respeita o conteúdo

essencial – logo, controlado pela proporcionalidade, a restrição não atingirá o conteúdo essencial.

Em uma perspectiva próxima, autores adeptos da relativização admitem a ponderação do núcleo essencial na proporção que o compreendem como uma proteção do direito fundamental frente a restrições que possam ser desproporcionais. Novamente, Ana Maria D'Ávila Lopes (2004, p. 13) conclui sobre a relativização, citando Otto y Pardo:

O pensamento de Otto y Pardo tem provocado interessantes discussões a respeito da relativização dos direitos fundamentais em virtude da incorporação da garantia do conteúdo essencial em um sistema no qual já existe o controle de constitucionalidade das leis. A doutrina e a jurisprudência têm predominantemente aceito a relativização, só que não sob o ponto de vista negativo, mas, justamente, com a afirmação da historicidade e da exigência da constante atualização de um direito. Nesse sentido, a garantia do conteúdo essencial não apenas aceita a possibilidade da limitação, mas também a regulação de um direito fundamental, com a finalidade de permitir que possa ser efetivamente exercido, mas sempre que não seja desnaturalizado. Essa garantia, junto com os princípios da ponderação dos bens e da proporcionalidade, constitui um mecanismo indispensável na realização dos direitos fundamentais, os quais não são direitos absolutos mas também não são, nem muito menos, instrumentos da arbitrariedade do legislador.

É certo que a dimensão do núcleo essencial dos direitos fundamentais assume um cuidado especial no que tange a restrições por intervenções estatais. Por conta disso, traz-se o rigor da priorizar bens jurídicos em conflito, no qual assumem um peso com justificativa quase evidente, com o objetivo de evitar uma profunda mitigação do núcleo essencial.

O núcleo essencial dos direitos fundamentais é deveras um dos limites para a intervenção do Estado. São previstos meios de controle de constitucionalidade (art. 102, I, 'a', 103), na Constituição Federal de 1988, bem como assumem o caráter de cláusulas pétreas, imodificáveis até mesmo pelo poder de reforma da própria (art. 60, § 4º, IV).

É visível a condição de intangibilidade inerente aos direitos fundamentais, no qual a intervenção do Estado só se dá munida de grave justificação, argumentação plausível e fortemente racional, que evidencie o maior

peso de outro princípio possivelmente em conflito, bem como uma restrição proporcional. Focando no caso dos direitos fundamentais sociais a prestações, estes exigem maior atividade do legislador, e a garantia do núcleo essencial deve fornecer critério melhor aprimorado de controle de constitucionalidade.

3.3 O Mínimo Existencial Como Núcleo Essencial Dos Direitos Sociais

Entre as diversas definições de mínimo existencial apresentadas pela doutrina, identifica-se como ponto em comum a relação com as prestações materiais que assegurem as condições mínimas de sobrevivência, respeitando à dignidade da pessoa humana. Como já ressaltado, o mínimo existencial vem sendo identificado com o direito a prestações fáticas – como o direito à educação, saúde, trabalho, assistência aos desamparados, acesso à justiça, rendimento mínimo garantido, acesso a uma alimentação básica e vestimentas, garantia de moradia, lazer, transporte, higiene e previdência social, entre outros, previstos sob o título de “Direitos Sociais”, no Capítulo II (arts. 6º a 11) do Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”) da Constituição Federal. Sendo assim, eis a razão pelo qual o mínimo existencial é estudado na doutrina dentro do contexto dos direitos fundamentais sociais.

Dentre as diversas conceituações de mínimo existencial, uma possibilidade de definição de quais seriam as necessidades de todo ser humano a serem englobadas pela noção de mínimo existencial seria a de Vincenzo Demetrio Florenzano (2005, p. 47), por tentar relacionar esse conceito com uma norma positivada no direito brasileiro – o artigo 7º, IV da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (grifo da autora)

Já Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 36-37) oferece como parâmetro para identificação do mínimo existencial o princípio da dignidade da pessoa humana; logo, atingindo a este à dignidade, significa que estaria atingindo ao núcleo dos direitos sociais, sendo este, o mínimo:

Neste contexto, cumpre registrar que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se deverá restringir às hipóteses nas quais a própria vida humana estiver correndo o risco de ser sacrificada, inobstante seja este o exemplo a ser referido. O princípio da dignidade da pessoa humana assume, no que diz com este aspecto, importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido. Negar-se o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito (ainda mais em face da norma contida no artigo 208, § 1º, da CF, de acordo com o qual se cuida de direito público subjetivo) importa igualmente em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este implica para a pessoa humana a capacidade de compreensão do mundo e a liberdade (real) de autodeterminar-se e formatar a existência, o que certamente não será possível em se mantendo a pessoa sob o véu da ignorância. (grifo da autora)

A autora Alessandra Gotti (2012, p. 82), defende a sua visão do conceito através da interpretação feita pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU)⁴ sobre o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, mais especificamente de seu art. 2º, parágrafo 1º. Assim, expõe o seguinte:

Tendo em vista que o art. 5º, § 2º, da Carta de 1988 é a porta pela qual os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico brasileiro – e com a especificidade de estarem no mesmo patamar das normas constitucionais (...) –, é fundamental que a compreensão da abrangência do núcleo essencial dos direitos sociais (o

⁴ Parágrafo 10 do Comentário Geral n. 3 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU): “10. (...) o Comitê entende que corresponde a cada Estado-parte uma obrigação mínima [*minimum core obligation*] de assegurar a satisfação de, pelo menos, níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos. Assim, por exemplo, um Estado-parte no qual um número significativo de indivíduos esteja privado de uma alimentação adequada, de cuidados médicos essenciais, de abrigo e moradia, ou das mais básicas formas de educação está, *prima facie*, descumprindo as obrigações contidas no Pacto. Se o Pacto fosse lido de um modo a não estabelecer obrigações mínimas [*minimum core obligation*], seria ele completamente privado de *raison d'être* [razão de ser]. Analogamente, há de se advertir que toda avaliação de um Estado estar cumprindo sua obrigação mínima deve levar em conta também as limitações de recursos que se aplicam ao país de que se trata. O art. 2º (1) obriga cada Estado-parte a adotar as medidas necessárias ‘até o máximo de seus recursos disponíveis’. Para que um Estado-parte seja capaz de atribuir a sua incapacidade de assegurar ao menos obrigações mínimas à inexistência de recursos disponíveis, deve demonstrar que todos os esforços foram feitos para usar todos os recursos que estão à sua disposição para satisfazer, com prioridade, aquelas obrigações mínimas”

chamado “mínimo existencial”) seja feita também à luz dos parâmetros internacionais fixados pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O recurso aos parâmetros internacionais para a identificação das obrigações mínimas de determinados direitos, a partir dos Comentários Gerais elaborados pelo Comitê, contribui para que seja construído um consenso a respeito das prestações fáticas (...).

É possível entender que esses parâmetros podem proporcionar uma nova ótica à discussão do “mínimo existencial”, já que, reconhecendo a fundamentalidade em todos os direitos sociais, prestigia a supremacia da Constituição e proporciona maior eficácia as normas constitucionais, admitindo que todos os direitos sociais possuem um “núcleo” que necessariamente deve ser satisfeito.

Já Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 319) entende que a correspondência do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais com o mínimo existencial não se trata de uma constante, ou seja, nem todo direito fundamental social terá em seu núcleo um conteúdo equivalente ao mínimo existencial, e explana que “no caso do direito à saúde, por exemplo, a correspondência entre núcleo essencial e mínimo existencial parece bastante clara. O mesmo, entretanto, não ocorre se for tomado como parâmetro o direito fundamental à participação nos lucros do empregador”.

Assim, segundo a visão da autora, é preciso deixar claro que “se tratam de duas categorias distintas – núcleo essencial de direito fundamental social, e mínimo existencial – mas que podem ter características e aplicação semelhantes”.

Mas, vejamos que, tais divergências não apresentam grande relevância. Cabe como algo realmente importante saber que, tanto a noção de mínimo existencial como a garantia do conteúdo essencial detêm suma importância em situações no qual o Estado utiliza o argumento da reserva do possível como mecanismo para impor restrições à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Isso porque, ambos os conceitos – mínimo existencial e conteúdo essencial – que delimitam a fração mínima irrestingível, sob pena de desrespeitar a sobrevivência digna do titular do direito.

Com as tentativas de definição trazidas pelos doutrinadores, é notável a preocupação destes, primeiramente, com a efetividade e proteção das normas de

direitos fundamentais sociais. Como cada caso concreto possui a sua individualidade, parece que o mais correto é a delimitação do mínimo existencial e do conteúdo essencial em cada particularidade, utilizando-se do princípio da proporcionalidade. Sendo assim, o princípio da proporcionalidade exigirá uma justificativa do Estado que seja legítima e materialmente constitucional para que venha a restringir um direito social – assim, o bem jurídico que o Estado alega que visa proteger quando alega a cláusula da reserva do possível, por exemplo, deverá ser bem mais relevante que a fração do direito que sofreu restrição; mas, acima de tudo, a proporcionalidade também exigirá como requisito essencial que tenha sido protegido, ao menos, o mínimo existencial.

Nesse sentido, Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 310) afirma que, além da necessidade de submeter ao exame da proporcionalidade, deve haver como requisito a “proibição da insuficiência”:

A proporcionalidade em sentido de proibição de insuficiência representa um valioso instrumento à disposição do Judiciário para que a atuação do Estado seja devidamente avaliada e ponderada, de modo a se proibir a negligência para com prestações determinadas pela Constituição. Portanto, há que se ponderar cuidadosamente o argumento da escassez (bem como o próprio argumento democrático e da macrojustiça) com a realização do direito fundamental social reclamado concretamente, de modo que somente por uma razão extremamente grave a efetividade do direito jusfundamental poderá ser temporariamente afastada.

Em outro trecho, a autora relaciona o exame da proporcionalidade e a proibição da insuficiência, à garantia do mínimo existencial:

Além da proibição da insuficiência, abrangida em seus três aspectos – adequação, necessidade e proporcionalidade – existe outro elemento que por certo influencia as decisões judiciais acerca da realização dos direitos fundamentais sociais: a noção de mínimo existencial. Ela fornece um parâmetro material de aferição da possibilidade de aplicação da argumentação relacionada à reserva do possível.

Desta forma, o postulado da proporcionalidade enquanto proibição da insuficiência e o mínimo existencial se mostram como dois importantes instrumentos

à disposição para melhor aferição dos direitos fundamentais sociais, e assim, estes três elementos acima citados, em conjunto, guardam uma relação de subsidiariedade entre si, de forma que é necessário compatibilizá-los com a questão da escassez de recursos para efetivar as prestações previstas nas normas de direitos sociais.

3.4 A efetividade do mínimo existencial

O vínculo que se estabeleceu entre os direitos fundamentais sociais com o que passou a ser designado de uma garantia a um mínimo existencial é ostensivo, mas é igualmente evidente que também há uma série de aspectos controversos em relação à capacidade de efetivar esta garantia. Deveras, as normas de direitos sociais devem, em princípio, outorgar máxima efetividade possível, portanto, possuir direta aplicabilidade, mas o que não significa que sua eficácia e efetividade serão iguais.

Adentrando este aspecto do tema, é possível afirmar que a doutrina de George Jellinek, construída para sistematizar os direitos públicos subjetivos e identificar a pluralidade de relações entre o Estado e indivíduo, foi de suma importância para reconhecer a questão de como se dá a efetivação do mínimo existencial. Ricardo Lobo Torres (2009, p. 179) reproduz tal teoria, e sistematiza:

Quatro são os status, que compreendem “as condições nas quais pode se encontrar o indivíduo como membro do Estado”: a) a *status subiectionis*, no qual é excluída a autodeterminação, pois a personalidade é sempre relativa e limitada; b) *status libertatis*, no qual o membro do Estado é senhor absoluto, livre do *imperium*; c) *status civitatis*, que se apresenta como fundamento do complexo de prestações estatais no interesse individual; d) *status activae civitatis*, no qual o indivíduo é autorizado a exercer os direitos políticos. Conclui Jellinek: “prestações ao Estado, liberdade frente ao Estado, pretensão contra o Estado, prestação por conta do Estado são pontos de vista dos quais pode ser considerada a situação do direito público do indivíduo.”

Vejamos que, a problemática do relacionamento entre o Estado e o mínimo existencial compreende parte tal teoria, abrangendo o *status negativus*, o

status positivus libertatis, como já dito anteriormente. É de grande relevância entender a aplicação desta teoria pois, com o novo convívio estabelecido entre a liberdade e a justiça, os direitos fundamentais tiveram debilitado o seu *status negativus* e, como conseqüência, passaram a depender cada vez mais das prestações positivas e igualitárias do Estado, exibindo o *status positivus libertatis*.

Os direitos sociais continuam a ostentar substancialmente o *status negativus*, que significa o poder de autodeterminação do indivíduo, a liberdade de ação ou de omissão sem constrangimentos advindos do Estado. Com isso, estabelece ligação direta com o mínimo existencial, haja vista que se trata de direito subjetivo resguardado negativamente contra a intervenção do Estado.

No que se trata do *status positivus libertatis*, este envolve a segurança jurídica e, em relação aos direitos fundamentais sociais, estabelece a seguridade social. É perceptível que o mínimo existencial engloba o *status positivus* e *status negativus*, pois também é garantido positivamente pelas prestações estatais. Não é raro que se converta uma prestação em outra, ou que haja simultaneamente a proteção constitucional em vertente positiva e negativa.

Enquanto a alçada negativa do mínimo existencial se afirma na esfera tributária, através das imunidades fiscais, e estabelece que o poder de imposição do Estado não pode invadir a esfera de liberdade mínima do cidadão, representada pelo direito à subsistência, a alçada positiva deste direito estabelece que suas liberdades consistem nas prestações positivas do Estado, seja relacionada com a segurança jurídica ou a seguridade social, de modo geral - podem ser garantidos por serviços públicos, ou por prestações financeiras do Estado, por exemplo. Assim, a esfera positiva vêm a demonstrar seu efeito nas prestações estatais, conforme afirma Paulo Caliendo (2010, p.176):

(...) Diferentemente dos direitos de defesa, os direitos a prestações são geralmente carecedores de eficácia se não houver uma concretização legislativa, visto que eles dependem da existência de recursos públicos e de condições materiais para a satisfação objetiva de todas as pretensões ligadas ao equilíbrio material na distribuição e redistribuição de recursos.

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 47):

De acordo com a tradição de nossa doutrina, os direitos fundamentais sociais têm sido compreendidos como direitos a prestações estatais, havendo ainda quem os enquadre na doutrina das liberdades públicas, conceituando os direitos sociais como a liberdade positiva do indivíduo de reclamar do Estado certas prestações. Considerados resultado de uma evolução que radica na já referida Constituição Francesa de 1793 e que passa pela assim denominada “questão social” do século XIX, os direitos fundamentais sociais passaram a ser entendidos como uma dimensão específica dos direitos fundamentais, na medida em que pretendem fornecer os recursos fáticos para uma efetiva fruição das liberdades, de tal sorte que têm por objetivo (na condição de direitos prestacionais) a garantia de uma igualdade e liberdade real, que apenas pode ser alcançada pela compensação das desigualdades sociais. Justamente em virtude de sua vinculação com a concepção de um Estado social e democrático de Direito, como garante da justiça material, os direitos fundamentais sociais reclamam uma postura ativa do Estado, visto que a igualdade material e a liberdade real não se estabeleceram por si só, carecendo de uma realização. (...)

As prestações negativas, pelo fato de se pautarem em uma abstenção por parte do Estado, estabelecendo-lhe um limite de intervenção, não carregam a característica de se materializar apenas com alguma atuação do Poder Público, diferentemente das prestações positivas.

Eis que *status negativus* dos direitos sociais arrolam algumas imunidades – o acesso á justiça e defesa de direitos (art. 5º, XXXIV, LXXIII, LXXII, LXXIV e LXXVI da CF); às instituições de educação e assistência social sem fins lucrativos (art. 150, VI, c, da CF); imposto territorial rural e pequenas glebas (art. 153, §4º, II da CF); educação gratuita (art. 206, IV da CF) e assistência social gratuita (art. 203 da CF), e mais algumas imunidades implícitas no Texto Maior.

No que tange ao *status positivus libertatis*, a afirmação do direito ao mínimo existencial aparece tanto na Constituição Federal quanto nas leis complementares, e em inúmeras leis ordinárias. Compõem positivamente o mínimo existencial – o direito a seguridade social (art. 194 da CF); direito à saúde (arts. 6º e 195, ambos abrangidos pelo art. 165, §5º, III da CF); direito à previdência social (art. 165, §5º, III da CF); direito à educação (arts. 205 e ss. da CF); direito à moradia (art. 6º da CF) e o direito à assistência jurídica (art. 5º, LXXIV). É visível que, em determinadas situações, a afirmação do direito ao mínimo existencial se dá, simultaneamente, tanto em seu aspecto positivo quanto no seu aspecto negativo – deve o estado fazer ou se abster, de acordo com a situação concreta.

Podemos afirmar que os direitos fundamentais sociais demonstram como elementos fundamentais: a exigência de um padrão mínimo de segurança material; se caracterizam como sendo lídimos direitos subjetivos devendo ser verificados a cada caso concreto, podendo apresentar como limitação a reserva do possível; conflitos entre esses direitos devem ser resolvidos mediante ponderação; se pautam brevemente sobre os princípios constitucionais da administração pública como meio de redução aos limites da reserva do possível; e o alcance de sua efetivação só será obtido na construção de uma ordem econômica justa e eficiente, em meio a um ambiente econômico saudável.

Visto isso, a possibilidade de concretização dos direitos fundamentais sociais gerou diversas interpretações e entendimentos na doutrina, visto que alguns direitos exigem uma ação positiva do Estado, e outros, uma abstenção por parte deste.

Para George Marmelstein Lima (2005, p.87), existem três teorias sobre a eficácia destes direitos: a teoria da eficácia zero (“o Judiciário não pode implementar direitos sociais”); teoria da eficácia mínima (“o Judiciário somente pode agir negativamente” ou “o Judiciário somente pode agir para efetivar o mínimo existencial”) e a teoria da efetividade máxima (“o Judiciário pode e deve agir para efetivar as normas de direitos fundamentais sociais”).

Dentro da ideia de máxima eficácia dos direitos fundamentais, de acordo com Paulo Caliendo (2010, p. 178) é possível listar algumas concepções, quais sejam:

Concepção absolutista: entende que os direitos fundamentais sociais devem ser concretizados pelo Judiciário no caso concreto sem qualquer consideração sobre outras questões, tais como: Separação dos poderes, restrições orçamentárias, entre outras. Assim, os direitos fundamentais devem sempre e ao máximo ser implementados;

Concepção absolutista particular: podemos encontrar em *Andreas Krell* uma posição bastante particular. Para este autor, a única forma de se ter uma resposta satisfatória à escolha trágica entre salvar milhares de doentes sujeitos a doenças raras da pobreza (malária, febre amarela, cólera, etc) e salvar-se alguns poucos submetidos a doenças raras, de cura improvável ou da riqueza seria proceder o tratamento de todos. (...) Trata-se de um absolutismo tão somente em relação a determinados direitos fundamentais sociais de hierarquia superior ou componentes do núcleo essencial do valor da dignidade da pessoa humana;

Concepção moderada: defende que a proteção dos direitos fundamentais devem sempre e ao máximo serem garantidos, observando-se os limites impostos pelos custos de sua implementação e as conseqüências da decisão;

Diante de tais concepções, é razoável a compreensão de que a proteção dos direitos fundamentais sociais efetuada mediante uma eficácia máxima possível leva a efetivação destes direitos a um nível elevado – quer-se dizer que, nessa concepção, existiria uma proibição de insuficiência no fornecimento e preservando o mínimo existencial necessário à dignidade do ser humano. Assim, de certa forma, os direitos fundamentais sociais estariam dirigidos ao mínimo existencial.

A grande questão deste entendimento é que não se restringe a atuação do judiciário somente à garantia do mínimo existencial, mas exige-se também do Poder Público (especialmente da Administração Pública) que exprima as razões pelas quais está impossibilitando, de forma técnica e orçamentária, a promoção de determinado direito social, bem como qual conduta que eventualmente adotará para se preparar e conseguir cumprir determinada exigência social. É pertinente a disposição de Andréia Garcia Martin e César Carra sobre o assunto (2011, p. 72):

(...) diante da omissão do Estado, será o Judiciário obrigatoriamente instado a se manifestar, necessitando analisar o caso com minúcia e atenção, pois, conforme a decisão do STF, não é qualquer alegação de ausência de recursos orçamentários que inviabilizará a efetivação dos direitos sociais, sob pena de reconhecer-se que o orçamento sobrepõe aos direitos fundamentais, o que, em verdade, se mostra o contrário, os direitos fundamentais encontram-se, na maioria das vezes, acima da existência de recursos materiais.

Destarte, vê-se pairar certa instabilidade sobre a concretude dos direitos sociais, e quais os meios de lhes proporcionar a máxima efetividade em objetivo de preservação ao seu mínimo existencial. Contudo, cabe ao intérprete ou a quem caberá aplicar a lei *in concreto* ponderar sua decisão a fim de proporcionar, com êxito, a efetividade dos direitos fundamentais sociais e, sobretudo, protegendo o mínimo existencial que lhe compõe. Torna-se a atividade jurisdicional de grande

valia na tentativa de impedir que a carga valorativa dos preceitos constitucionais seja sucumbida.

4. A RESERVA DO POSSÍVEL: ALGUMAS DIMENSÕES E CONEXÕES

Vários dos direitos fundamentais dependem de prestações positivas advindas do Estado, ocasionando-o gastos financeiros que, por sua vez, enfrenta o problema da escassez de recursos públicos. Isto posto, funda-se um conflito entre a necessidade de intervenção do Estado para a garantia dos direitos fundamentais e a impossibilidade financeira para a efetivação destes. Surge, assim, a reserva do possível, que objetiva adequar tais anseios às possibilidades financeiras do Estado. Em consonância, Ana Carolina Lopes Olsen conceitua (2008, p. 201):

A reserva do possível corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito. O direito é um fenômeno prescritivo, ou seja, as normas jurídicas têm por fundamento uma realidade fática, a partir da qual prescrevem condutas. Dentro desta concepção, é certo que o Direito não pode prescrever o impossível – e é neste sentido, em um primeiro momento, que se pode abortar a temática da reserva do possível, embora trazendo a discussão para o campo dos direitos fundamentais sociais a prestações.

O argumento da reserva do possível é eventualmente utilizado nas réplicas do Estado às demandas judiciais cujo objeto é o cumprimento de prestações previstas em normas que outorgam aos cidadãos algum direito fundamental social. Preceitua adequar essas pretensões às possibilidades financeiras do Estado.

A origem da Teoria da “Reserva do Possível” teve sua construção na Alemanha, apresentada como uma criação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que, surgindo uma nova visão no ano de 1973, ao julgar uma ação em que se discutia a limitação de vagas nas universidades públicas alemãs, decidiu pela impossibilidade de garantir o acesso universal ao ensino superior, pois não haveria recursos orçamentários suficientes – tal caso ficou conhecido como “*numerus clausus*”, usado como critério para ingresso de alunos em tais instituições, sendo que estas não acompanharam o crescimento da quantidade de estudantes na República Federativa Alemã (estruturalmente falando), sendo necessário impor tal limitação de vagas.

No precedente chamado de *numerus clausus I*, a Corte Constitucional Alemã decidiu que aquelas leis que acolhiam tal critério eram compatíveis com o texto constitucional, pois diante da escassez de recursos, não seria possível garantir acesso universal ao ensino superior. Recusou, dessa forma, a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade ilimitada, ou ao menos suficiente de vagas nas universidades públicas, para atender a todos que se candidatassem. Assim, a Corte Constitucional compreendeu – aplicando a teoria inovadora da “Reserva do Possível” – que o direito à prestação positiva (o número de vagas nas universidades) se encontrava dependente da reserva do possível, no caso, os recursos disponíveis do Estado – os cidadãos só conseguiriam exigir do Estado aquilo que razoavelmente lhe caberia em questões orçamentárias. Acerca deste julgamento, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner (2010, p.138) trazem a seguinte conclusão:

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 de 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.

No Brasil, o argumento da reserva do possível é frequentemente reportado em julgados no qual são objeto as políticas públicas de implementação de direitos fundamentais sociais, como se fosse, na verdade, uma teoria da reserva do orçamentariamente possível, impondo limites a efetivação de tais direitos. Nesses casos, busca o Estado se eximir da responsabilidade de efetivar tais direitos, ou os restringe, argumentando a falta de recursos financeiros suficientes para tanto.

Convém afirmar que a reserva do possível é matéria de exclusiva defesa do estado. Entende-se que a reserva do possível pode ser de ordem fática (falta de recursos) ou jurídica (orçamentária). A total ausência dos recursos necessários a satisfazer um direito – no que tange as suas prestações - impede faticamente o cumprimento da demanda social, não havendo o que se questionar. Mas é necessário salientar que a aludida carestia de recursos deve ser provada e não simplesmente alegada, sob pena de responsabilidade de quem os administra.

Porém, é de suma importância distinguir a existência dos recursos em geral, da existência concreta de recursos. Recursos, sob um prisma geral, podem existir quando se compara uma determinada necessidade de um indivíduo ou grupo em particular com o total de membros do Estado. Assim, ao olhar o orçamento geral, poderá dizer se, frente a aquela demanda que necessita de uma “quantidade-x”, há recursos ou não. Mas, apenas a existência de recursos não basta, pois estes não estão apenas previstos de maneira geral no orçamento, mas sim alocados. E dentro desta concepção, ainda há uma outra impossibilidade jurídica – a questão da escassez. Bens escassos são aqueles não usufruíveis por todos; requer-se uma distribuição, seguindo determinadas regras (regras estas que pressupõem o direito igual do bem e, concomitantemente, a impossibilidade de uso idêntico e simultâneo).

Acerca dessas informações, é possível trazer o entendimento de que a reserva do possível estabelece uma relação ao “custo dos direitos”, ou seja, trata-se de um limite argumentativo num contexto fático à implementação de direitos constitucionais, com a premissa de insuficiência orçamentária para tanto, bens escassos, ou por alegar que pretende seguir um padrão na maneira em que aloca os recursos. Mas vejamos que, dirige-se à Administração Pública a efetivação de tais comandos prestacionais expostos pela norma; logo, a ela caberá o ônus justificar caso contrarie tal deliberação. Neste sentido, Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 212):

Ainda que não se possa exigir o logicamente impossível, quando se busca a efetivação de um direito fundamental prestacional é preciso ter em mente qual a responsabilidade dos órgãos públicos para com a sua efetivação. A Constituição, ao alçar determinados direitos à condição de direitos fundamentais, e determinar expressamente a alocação de recursos para a sua realização, admite o argumento da reserva do possível como exceção, e não como regra. Os direitos não existem porque há recursos disponíveis. Sua mera existência determina, por si só, a alocação dos recursos necessários à sua realização (...).

Seguindo a premissa, compete somente ao Estado provar a presença de situação casuística que enseje a “reserva”. Uma vez demandado, cabe apenas ao Estado o ônus de provar a insuficiência, sob pena de haver veracidade nas

alegações formuladas pelo autor. Em tal sentido, Daniel Sarmiento (2010, p. 411-412):

“Portanto, o ônus da prova em demonstrar que a concessão de determinada prestação esbarra na reserva do possível deve pesar sobre o Estado, e não sobre o jurisdicionado, até porque não seria razoável exigir deste último que apresentasse em juízo todos os dados e informações necessários para que se proceda à referida análise. Não basta, portanto, que o Estado invoque genericamente a reserva do possível para se opor à concessão judicial de prestações sociais [...]”

Além de matéria de exclusiva defesa do Estado, a reserva do possível somente pode ser alegada de forma excepcional. Há o entendimento de que não é possível que o Estado alegue a reserva a toda e qualquer demanda que lhe é imposta, mas somente as que se mostrem como inacessíveis ao orçamento estatal, de forma que poderia traduzir a um prejuízo para a coletividade.

Assim, surge a afirmação de que, enquanto mecanismo de restrição aos direitos fundamentais, a reserva do possível não é absoluta, mas está sujeita a um padrão de razoabilidade e proporcionalidade; proíbe-se o exagero infundado ao falar da efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois não é coerente exigir do Estado e da sociedade (de modo geral) algo fora dos padrões do adequado e estritamente proporcional. Neste sentido, Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 214):

A reserva do possível acaba por possuir uma dimensão preponderantemente jurídica, de mandamento de realização dos direitos fundamentais sociais dentro de um padrão de razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de ferimento do sistema constitucional como um todo, bem como uma dimensão especialmente fática, de mandamento de observância da realidade, da existência de recursos materiais e da exigência razoável e proporcional de alocação de recursos. Ainda, a reserva do possível acaba por determinar a ponderação entre o bem jurídico que se visa realizar e a escassez artificial de recursos, ou seja, aquela escassez que resulta da alocação dos recursos existentes para outros fins.

De fato, existe uma obrigação constitucional expressa ao Poder Público para que destine os recursos necessários à satisfação dos direitos fundamentais sociais. Se, por exemplo, a alocação de recursos não se respalda nos parâmetros

impostos pela Constituição, em respeito a esta, surge uma clara violação ao comando de limitar uma parcela do orçamento para despesas atinentes aos direitos sociais, como educação, saúde, assistência social e previdência. Mas, além das exigências, a reserva do possível também opera como uma restrição a ser analisada – é necessário ponderar os bens jurídicos que eventualmente venham a conflitar, estabelecendo mecanismos jurídicos de controle para tanto, que tenham como principal objetivo permitir maior efetividade destes direitos, haja vista que são inteiramente necessários à realização de justiça e igualdade social, preceitos velados pela Constituição.

4.1 A reserva do possível sob a ótica das teorias interna e externa

Os direitos sociais devem ser encarados como direitos originários a prestações estatais. Destarte, a reserva do possível será vista como uma restrição (de certa forma) a concretude destes direitos fundamentais, seja sob a ótica da teoria interna ou externa.

Analisando a reserva do possível de acordo com a teoria interna, seria esta um limite imanente à norma de direito fundamental. Ou seja, ao estabelecer delimitações normativas a cada direito fundamental social respectivamente, a escassez de recursos estatais sempre seria levada em conta, pois se trata de fator determinante a invocação da reserva do possível. É o que se trata de “limite imanente” do direito fundamental; não exatamente uma restrição, mas uma delimitação de seu conteúdo.

Exemplificando, de acordo com o entendimento preconizado pela teoria interna, se existirem recursos financeiros suficientes a dar efetividade à pretensão requerida, chegar-se-á a conclusão de que o demandante será titular do direito pleiteado. Em contrário, se inexistirem recursos suficientes, não sendo viável a realização prática da pretensão requerida, será possível concluir que tal demanda não estaria dentro do âmbito normativo do direito social, não sendo digno de proteção jurídica.

Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p.190-191) se opõe aos conceitos estabelecidos por esta teoria. Para ela, nessa perspectiva, as situações que se consideram como inclusas na esfera de proteção de determinado direito social seriam produto de uma escolha, e não algo identificado dentro dos controles de legitimidade e constitucionalidade; conseqüentemente, o poder público ao ser encarregado de estabelecer a destinação dos recursos orçamentários, poderia agir de forma arbitrária, delimitando normativamente o direito social, indicando o que estaria contido dentro desses limites. Isso apenas enfraqueceria o sistema de proteção dos direitos fundamentais. Ilustrando o pensamento da autora, tem-se o seguinte trecho:

(...) com isso, ver na reserva do possível um limite imanente dos direitos fundamentais, ainda que seja logicamente aceitável, gera um grave enfraquecimento no sistema de proteção destes direitos, já que poderes constituídos legitimados a descrever o âmbito normativo de um direito, com seus limites inerentes, terão total discricionariedade para afirmar o que é possível e o que não é (...). Em um Estado Democrático de Direito, é forçoso reconhecer que esta discricionariedade não pode ser total, mas deve se enquadrar aos objetivos traçados pela própria Constituição.

Logo, preconiza a autora que não é correto que o direito fundamental já nasce com a limitação da reserva do possível, “de modo que, por exemplo, fornecer remédios para o tratamento de gripe é possível, enquanto fornecer remédios para o tratamento da hepatite “B” não é possível”. Então, tem como entendimento que a escassez dos recursos econômicos fadados à realização destes direitos não é algo natural, mas fruto das escolhas realizadas pelos poderes públicos, ou seja, algo artificial.

Seguindo o raciocínio da autora, é possível encontrar o conceito da teoria externa; a influência da reserva do possível em relação aos direitos fundamentais corresponde como um elemento externo a esses direitos, que vêm a modificar e reduzir a sua eficácia. Assim, tem-se dois lados: em um deles se encontra a norma de direito fundamental ampla, e no outro, a reserva do possível, que se relaciona à escassez dos recursos necessários a dar efetividade a tal direito.

Neste sentido, assinala Robert Alexy (2015, p.277) que a teoria externa distingue entre direitos fundamentais de um lado, e restrições a tais direitos de outro, como duas coisas separadas e distintas, entre as quais pode existir uma relação de restrição – relação esta que surge de uma necessidade externa ao direito, ou seja, “essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos”.

Assim, é possível extrair o entendimento de que, somente diante de circunstâncias reais que será viável estimar a extensão de um direito fundamental social, colocando em confronto determinada pretensão jurídica deduzida com os recursos materiais disponíveis. Visualizando a reserva do possível enquanto elemento externo seria possível reduzir mais ou menos o campo normativo do direito, e tal redução também seria passível de controle de constitucionalidade e sujeita ao exame de proporcionalidade. Neste sentido, Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 195):

(...) a escassez de recursos poderia impedir a exigibilidade de um direito fundamental social, mas, para tanto, o Judiciário, perante o qual esta exigibilidade foi reclamada, terá ao seu alcance o mecanismo da ponderação, a partir da proporcionalidade, a fim de averiguar que escassez de recursos é esta, se é contornável ou não, se as razões que determinaram a escolha alocativa de recursos em prejuízo deste direito são efetivamente adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

Seguindo este raciocínio, Gustavo Amaral (2001, p. 208) adota a posição de que a alocação de recursos pelo Estado também deve ser passível de controle e ponderação, inclusive pelo Judiciário, ao mencionar que “cabe ao magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal”.

Destarte, optar pela adoção da teoria externa ou interna não é exatamente um fator determinante na garantia dos direitos fundamentais – pois é visível que, em ambas as teorias, há um fator delimitador que deve ser implementado pelo poder público, seja por intermédio de elementos limitadores

internos ou externos que, conseqüentemente, se submetem a um controle de constitucionalidade e proporcionalidade.

A condição realmente determinante para a preservação dos direitos fundamentais diante dos limites impostos a eles, como a reserva do possível, é que lhes submetam ao controle de proporcionalidade e constitucionalidade, independentemente da possibilidade de serem considerados “limites imanentes” ou “restrições externas”. Logo, o poder público, em suas três faces - Executivo, Legislativo e Judiciário – deve justificar a sua escolha ao atribuir maior importância a um bem do que a outro, ao destinar recursos financeiros à sua satisfação.

4.2 A Reserva do possível como matéria exclusiva de defesa do Estado

De fato, trata-se a reserva do possível de matéria exclusivamente de defesa do Estado, haja vista que cabe ao Poder Público a efetivação das determinações adstritas na norma, em especial as de caráter fundamental. Não tem coerência admitir que particular, no âmbito de uma execução por quantia certa, por exemplo, alegue a cláusula como meio se desvencilhar em caso de insolvência.

Com este entendimento, em segundo plano, também cabe salientar que compete ao Estado provar a situação *in concreto* que enseje a reserva, não havendo a possibilidade de inverter ou fracionar este ônus probante. Uma vez demandado, o encargo de provar déficit orçamentário compete apenas ao Estado, sob pena da possibilidade de ter declarada veracidade nas alegações formuladas pelo autor. Neste sentido, Gustavo Amaral (2001, 116-117):

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”.

Assim, a alegação formulada deve ser devidamente argumentada pelo Estado. Trata-se, inclusive, de medida de proteção, para evitar impor ao autor da demanda o dever de provar a existência de recursos orçamentários para satisfazer sua pretensão, pois isso dificultaria o direito à prova e o acesso à justiça, de modo geral.

Outra questão é, a reserva do possível somente pode ser alegada pelo Estado em caráter excepcional; não pode utilizar-se deste argumento a toda e qualquer demanda que lhe é requerida, mas apenas às que demonstrem,

claramente, ser inacessíveis por conta do orçamento estatal limitado, para que não proporcione prejuízo a coletividade. Ou seja, significa que, caso o Estado use da reserva do possível como defesa *una*, e no caso específico não seja adequado o seu uso, o Estado será considerado revel, por conta da reserva do possível carregar este caráter de excepcionalidade. Neste sentido, Rafael Nadim (2012, p. 60):

Com efeito, tal característica evita a promiscuidade a que o instituto tem sido renegado, com sua alegação indiscriminada em “peças-padrão” dos diversos organismos que defendem o Estado Brasil afora, sem quaisquer esclarecimentos de sua amoldagem ou não no caso concreto que apresenta. Ora, certamente, uma maneira de manter um instituto protegido contra a banalização é utilizando-o do modo adequado para o qual fora concebido, e, no caso da Reserva do Possível, este modo certamente é o da excepcionalidade.

Logo, a reserva do possível conserva tal aspecto para auxiliar, também, em uma distinção entre o que não é possível porque não há, comprovadamente, recursos, meios suficientes, ou que não é possível porque os meios suficientes foram alocados para outras prioridades. Em conformidade a tal entendimento, prossegue Rafael Nadim (2012, p.60):

Mesmo porque, há de se distinguir a “inexistência de recursos”, o que raramente ocorre num Estado de grande arrecadação e grande distribuição de bens sociais, como é o caso do Brasil, da “escolha alocativa de recursos”, o que geralmente ocorre num Estado em que essa distribuição é maior que a arrecadação, como é o caso do Brasil.

Assim, o que não se admite é o uso da reserva de maneira indiscriminada, padrão negativo à suprimimento de direitos fundamentais, pois isso infringiria os preceitos velados pela Constituição Federal. De forma igualitária, há a necessidade de observar determinados critérios para a concessão de direitos fundamentais sociais, também existem determinados critérios a serem considerados para a não concessão destes direitos. A reserva do possível não se trata de uma regra de aplicabilidade, logo, os critérios de concessão dos direitos sociais devem sempre ser colocados em primeiro lugar e, portanto, somente em último caso, imperaria a cláusula da reserva, limitadora de tais direitos.

Assim, é possível concluir que, diante dos critérios de disponibilidade de recursos e disponibilidade jurídica dos recursos materiais, a reserva do possível sempre envolverá a proporcionalidade, quando alegada – e devidamente argumentada – pelo Estado. O impacto da reserva certamente poderá ser ao menos minimizado por intermédio do controle das decisões políticas que versem sobre a alocação de recursos; mas, isso deve se dar através da proporcionalidade, que incidirá como uma proibição do excesso e de insuficiência, também servindo de parâmetro de controle aos atos do poder público e, inclusive, os jurisdicionais, no que tange ao dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

Frente a isso, em caso de eventual problemática, há uma série de garantias constitucionais que viabilizam o acesso ao Judiciário, sendo o caso da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF), em casos de lesão ou ameaça a direito, que também pode se dar pela falta de veiculação de políticas públicas.

5. A ATUAÇÃO DO ESTADO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Um Estado democrático de Direito como o Brasil, requer de uma Constituição que seja capaz de reger a vida em sociedade através dos valores selecionados por ela como fundamentais, bem como necessita também de uma organização dos Poderes Públicos, de forma que institua a autonomia de cada um para realizar suas funções, seguindo um sistema harmônico de coordenação. Assim, o Estado, portador de personalidade jurídica própria, foi criado pela Constituição com o fim de defender os interesses do povo, administrar o interesse público. Em virtude de tal fim que o poder público se reveste de supremacia e imperatividade.

Entretanto, tal poder deve ser visto como um “dever-poder”, ou seja, seu exercício pressupõe o alcance da finalidade que se propôs a concretizar, que é a proteção da coletividade. Logo, a supremacia aqui exposta não se trata do poder público em si, mas sim da finalidade estatal, que zela pelo interesse público e pela realização do bem comum.

De fato, como a efetivação dos direitos sociais pende, em sua grande maioria, da criação de condições materiais, conseqüentemente, compete ao Estado priorizar a alocação de recursos públicos para atingir tal finalidade. Atinente a esta questão, Celso Antônio Bandeira Mello (2000, p.32):

Aqui, entretanto, é necessária uma importantíssima acotação. Estes caracteres, que sem dúvida, informam a atuação administrativa, de modo algum autorizariam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. É que a Administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres-poderes”, no interesse alheio.

Logo, o Estado, enquanto órgão que exerce função administrativa detém a função de satisfazer os interesses da coletividade. Por conta disso, o uso das prerrogativas da administração será legítimo quando se tratar de medida indispensável ao atendimento de interesses públicos.

Ao Poder Público incumbe o encargo de conferir às normas que definem direitos fundamentais sociais a maior eficácia possível; vê-se, portanto, uma preocupação do constituinte com a viabilidade econômica dos direitos fundamentais sociais previstos na Lei Maior. Claramente não é tarefa da Constituição estabelecer regras extremamente rígidas e integralmente inflexíveis aos poderes públicos, tolhendo-lhes a capacidade de administração de seus próprios recursos. Entretanto, ao elencar os direitos fundamentais como um dos objetivos primordiais do Estado – em respeito à dignidade da pessoa humana – a Constituição estabelece obrigações a serem cumpridas, e o ente estatal não está autorizado a se desvirtuar.

Como um dos princípios mais importantes da Administração Pública encontra-se o princípio da supremacia do interesse público. Logo, é imanente ao Estado de direito o império do interesse público sobre o privado, apregoando a superioridade do interesse coletivo sobre o individual. Eis que a Administração Pública, como atuação que objetiva a aplicação concreta da lei para satisfação do interesse público, exerce tal função objetivando alcançar as finalidades prescritas em lei.

Assim, a atuação do Estado é regulamentada pela Constituição, a qual estabelece limites ao poder de tributar e aponta os caminhos a serem trilhados pelo administrador público – e este, deve agir de acordo com seus preceitos. Se estiver presente tal limitação imposta pela Lei Maior para se obter recursos financeiros, evidentemente também estará na realização de despesas. Isso entende-se da seguinte maneira: além de limites estabelecidos pela previsão orçamentária para o dispêndio de recursos, a Constituição também determina limites que correspondem à destinação dos recursos públicos ao alcance de seus objetivos e prioridades. Neste sentido, Ana Paula Barcellos (2002, p. 240-244):

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 da Costa Rica obrigam os Estados signatários a investirem o máximo dos recursos disponíveis na promoção dos direitos previstos em seus textos.

Desta forma, sempre que houver referências à inexistência de recursos para a concretude dos direitos fundamentais sociais, há de se averiguar se a atividade orçamentária provida pelo Estado – seja na obtenção de recursos ou realização de despesas – está em conformidade com os preceitos constitucionais.

Visto isso, é crucial conhecer do conceito da função administrativa que, conforme a professora Lucia Valle Figueiredo, se trata do seguinte (2000, p. 31-32):

A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário.

Dentro deste conceito, é necessário estabelecer que o interesse público pode-se dividir entre primário e secundário. O interesse público primário classifica-se como o legítimo interesse público, ou o chamado interesse social ou interesse da coletividade. O interesse público secundário trata-se do interesse atinente ao Estado, pelo simples fato de deter personalidade jurídica, independentemente de sua qualidade de provedor dos interesses coletivos.

No parâmetro estudado, revela-se clara a necessidade de prevalecer o interesse público primário, em caso de contraposição de ambos, em detrimento ao interesse público secundário.

No que tange ao planejamento e implementação de políticas públicas, são estes fins estabelecidos pela Constituição e a serem alcançados pela atuação

concreta dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Logo, por meio das políticas públicas, o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, atingir os propósitos previstos na Constituição, no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam diretamente de ações.

Vê-se que a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar as políticas públicas; o não cumprimento injustificado deste dever acarreta a desarmonia da ordem jurídica, cabendo ao judiciário corrigir a ação administrativa, sob pena de transformar os direitos sociais em letra morta. Não podem os direitos sociais ficarem condicionados apenas à boa vontade do administrador. Neste sentido, Otávio Henrique Martins Port (2005, p. 177):

Dentro do âmbito da Constituição dirigente, como é o caso da brasileira, que tem por objetivo transformar a realidade sócio-econômica, criando condições para a efetiva implantação dos programas e tarefas estabelecidos pelo constituinte, a garantia da efetividade dos direitos sociais e econômicos constitui tarefa cogente e impostergável para todos os poderes constituídos, mormente para o Poder Executivo, diretamente responsável pela implementação das políticas públicas.

Logo, por conta dos atos administrativos estarem sujeitos ao cumprimento direto de programas e tarefas constitucionais, não paira dúvidas que há a possibilidade de controle jurisdicional dos mesmos. Entende-se isso em conformidade ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, dentro do sistema de freios e contrapesos no que tange a separação dos poderes, sendo tal princípio expresso na Constituição em seu art. 5º, inciso XXXV. De fato, tanto nos atos políticos como administrativos, há um grau de discricionariedade conferido ao Poder Executivo, mas trata-se de uma liberdade que detém como margem atender da melhor forma o interesse público instado nas disposições constitucionais. Neste sentido, Otávio Henrique Martins Port (2005, p. 179):

Destarte, os atos políticos estão sujeitos, como os atos administrativos em sentido estrito, ao controle jurisdicional. Cabe ao Judiciário, como no caso dos atos administrativos, primeiramente interpretar as normas constitucionais objeto de aplicação, utilizando-se dos métodos da hermenêutica constitucional, mormente o teleológico e o sistemático (...) para só então concluir pela existência ou não de um campo de discricionariedade, dentro do qual o administrador pode escolher livremente a forma de atuar, sempre em observância aos valores albergados pela Constituição.

Desta forma, se a administração extrapola os limites de competência que lhe foram atribuídos e age sem sentido, ou fugindo da finalidade na qual está vinculada, dá-se a autorização ao Poder Judiciário de reconhecer que o Executivo não cumpriu sua obrigação legal diante das disposições traçadas pela Constituição, violando direitos difusos e coletivos, podendo, inclusive, o Poder Judiciário corrigir tal distorção e restaurar a ordem jurídica violada.

5.1 Controle de verbas orçamentárias

A lei orçamentária carrega elevada função enquanto instrumento de planejamento e de controle das políticas públicas. Para se falar em efetivação dos direitos fundamentais, se vê necessário abordar a previsão orçamentária de políticas públicas vertidas para tal fim; no mesmo sentido, ao falar sobre a deficiência na fiscalização dos gastos públicos, deve-se partir da elaboração e execução da lei orçamentária.

Vejam os que, o Executivo pode formular um orçamento que destina poucos recursos à proteção de direitos, não destinar efetivamente os valores previstos no orçamento à realização de direitos ou até mesmo pode alterar previsões iniciais e destinar recursos para outras prioridades. Ao revés, é visível a função do Judiciário em proteger tais direitos cuja efetivação não está contemplada no orçamento de forma equivalente ao intentado judicialmente; pode se posicionar no sentido de que, embora previsto na lei orçamentária, não há o concreto, haja vista a ausência de recursos; ou ainda, pode vir a proteger determinado direito que, de forma isolada, pode ser suportado pelo orçamento, mas se estender ao âmbito de todas as pessoas que se encontrem em situação de igualdade, traria a necessidade de um reajuste orçamentário para a proteção.

Diante de tais questões é impossível, portanto, falar de efetivação dos direitos sociais sem relacionar ao orçamento. Conceituando-a, segundo Harrison Ferreira Leite (2011, p. 19):

Orçamento público é uma lei que contém a previsão de receita e fixação de despesa para um período determinado (art. 165, §8º da CF). Embora sucinto, o conceito encerra três propriedades do orçamento: a) a lei que visa a provocar uma conduta especial nos agentes políticos, gerando sanção pelo seu não cumprimento; b) lei que fixa a despesa e prevê a receita; e c) lei concreta de implantação de políticas públicas.

Logo, num primeiro momento, o orçamento destaca-se como uma lei dirigida à Administração Pública, de forma que lhe impõe deveres, cuja desobediência pode gerar sanções de intervenção política e até mesmo crime de responsabilidade. Num segundo momento, vê-se que a Constituição Federal não autoriza valores aleatórios, pelo contrário, determina que o valor orçamentário fixado seja adequado a realidade, além do que, o previsto deve ser seguido. Por fim, é claro que o orçamento é lei que concretiza direitos dos cidadãos aos serviços públicos prestados pelo Estado através de políticas públicas. O orçamento opera como uma conexão entre a previsão legal protetiva de um direito e a sua efetivação, sendo essencial para a prática das políticas públicas que visam a proteção de direitos.

Entretanto, vê-se que a norma orçamentária é constantemente marginalizada quando colocada em plano de comparação com as demais leis. Não é comumente ressaltada como elemento de influir na decisão, pois não carrega crédito de lei; é tratada como norma desvalorizada, não devendo ser levada em questão quando se trata da proteção de direitos. Nesse sentido, ainda menciona Harrison Ferreira Leite (2011, p. 29-31):

(...) para a corrente predominante, o orçamento é instrumento meramente político, servindo apenas à execução de políticas, através de atos administrativos discricionários, e não pode ser controlado judicialmente. Com esse pensamento, o aspecto legal-material do orçamento passa ao largo, uma vez que, embora revista extrinsecamente a aparência de lei, na verdade não contém uma norma jurídica. Na classificação das leis como normativas e não normativas, entende-se que o orçamento não é uma lei normativa.

De acordo com a citação acima, coloca-se que o Judiciário não teria legitimidade para definir políticas públicas que venham a concretizar programas sociais, educacionais e afins. Da mesma forma, o magistrado também não entraria

na discussão a respeito do planejamento orçamentário, pois se trata de competência exclusiva do Executivo e do Legislativo.

Mas, vê-se necessário expor o orçamento sob outro ângulo, e não de acordo com uma interpretação ultrapassada, além de trazer um suporte jurídico novo que sustente sua força normativa em bases constitucionais, servindo de parâmetro para atuação de todos os poderes, não podendo receber tratamento distinto das demais prerrogativas normativas comuns.

Partindo da ideia de que o orçamento, como uma de suas principais funções, visa também planejar a administração pública, a atuação desta é imprescindível para a concretude dos direitos sociais. É um fato a existência da discricionariedade administrativa, mas este exercício deve ser realizado dentro dos limites legais, sempre atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Deve este poder ser controlado caso atinja um direito social. Nesse sentido, Hartmut Maurer (2006, p. 151):

Infração contra direitos fundamentais e princípios administrativos gerais. Os direitos fundamentais e os princípios gerais para atuação administrativa, em especial, os da necessidade e da proporcionalidade, são barreiras objetivas ao poder discricionário, mas também devem ser observados nas condições do poder discricionário. Sua violação torna a decisão discricionária viciosa.

Vale citar, por fim, a lição de Cassagne (2009, p. 216):

Em suma, la prohibición de arbitrariedad configura um limite para el ejercicio de la potestad discrecional, que implica una garantía para el administrado y constituye, al propio tiempo, una pauta del control que ejercen los jueces para proteger los derechos e intereses de las personas con la mira puesta, fundamentalmente, en la defensa de sus libertades y someter a la administración al derecho. Por esse motivo, la revisión judicial há de ser amplia e comprender tanto el análisis de las entrañas de los hechos como las cuestiones jurídicas o de derecho.

Assim, em decorrência dos princípios já citados, frisa-se que o uso do poder discricionário pela administração pública não pode vir a ocasionar lesão, sob pena de ter declarada sua invalidade.

Vejamos que, a elaboração do orçamento é delimitada por dois fatores especiais: o manuseio dos recursos limitados e a inevitável necessidade de algumas escolhas trágicas. Para minimizar efeitos indesejados, decorrentes de prioridades frente à escassez de verbas orçamentárias para a concretude de todas as demandas, o legislador traz as normas orçamentárias que definem um percentual mínimo de aplicação em determinadas áreas, e auxilia na fixação de prioridades que se propõem a atender uma maior quantia de demandas para maior proteção constitucional.

De fato, pela limitação de recursos o legislador é obrigado a realizar racionamento, escolhas, ponderamentos, a fim de que haja uma distribuição mais equitativa dos recursos públicos, escolhendo entre os bens que serão protegidos, as atividades desempenhadas, as metas a serem alcançadas, sempre com visão de maior eficiência e prevenção.

5.2 Sobre a intervenção judicial

O Estado Democrático de Direito Brasileiro demanda de uma Constituição instruída a reger a vida em sociedade, a partir de seus valores destacados como fundamentais; também traz em seu corpo uma organização dos Poderes Públicos na qual cada um deles detém autonomia para realizar suas funções, a serem desempenhadas de acordo a um sistema harmônico de coordenação. Entretanto, vê-se a validade da Constituição ao listar direitos fundamentais, outorgar competências aos poderes públicos, através de um órgão que seja capaz de garantir a efetividade de tais preceitos, com poder de punir e responsabilizar quem age em desrespeito.

Assim, o Poder Judiciário tem ocupado tal posição de garantir a efetividade dos preceitos e atribuições previstos na Constituição, exemplificando o controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, ou o controle concreto e difuso de constitucionalidade, na atuação dos magistrados num geral.

Segundo Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 268), a partir da previsão constitucional destes controles mencionados (CF, arts. 97; 102, I, “a”, “q”; 103), sempre que a discussão acerca da legitimidade do Judiciário para intervir na atuação dos demais poderes instituídos se desvirtuar dos fins constitucionais, poderia a mesma dar-se por encerrada. A legitimidade do Judiciário estaria assentada em previsão expressa do constituinte.

Entretanto, em questão da abertura das próprias normas constitucionais e das várias interpretações que podem se deduzir das tais surge vários debates na doutrina brasileira acerca da atuação dos poderes públicos.

Dirigindo a visão ao princípio da separação de poderes, além do sentido negativo (de divisão, controle e limite do poder), este também traz sua face positiva, de assegurar de forma justa e condizente às ordens das funções do Estado; desta forma, impõe competências, tarefas, funções e várias responsabilidades aos órgãos soberanos, ou seja, uma responsabilidade pelo exercício de um poder. Assim, em casos em que haja o excesso e as competências fazendo o uso da competência conferida constitucionalmente de forma ilimitada, resultaria em ofensa a este princípio.

Frente a isso, é válido discorrer sobre os argumentos apresentados em prol e contra a atuação jurisdicional de controle da constitucionalidade e realização dos direitos sociais.

Segundo Cezar Saldanha Souza Júnior (2002, p. 87) ter a Constituição previsto um extenso e detalhado rol de direitos, não assegura real eficácia na concretização das pretensões atinentes aos cidadãos. Com isso, vê o autor a necessidade de organizar um sistema político que funcione adequadamente; em suas palavras:

O constituinte pensou que, colocando na Constituição uma relação de tarefas a executar e prevendo instrumentos judiciais para dar-lhes eficácia, resolveria nossos problemas. Na verdade, o direito não pode substituir a política. Se o constituinte, ele próprio, não pode resolver os nossos problemas de uma penada, menos ainda pode obrigar qualquer dos poderes constituídos, ou os três, a resolvê-los. (...). Se a política desenvolvida pelo Congresso não puder resolvê-los, menos condições terá

o Poder Judiciário, cuja função é de outra natureza, além de carecer dos meios e da legitimidade para essa tarefa.

Logo, na visão do autor, não é da competência do Poder Judiciário formular políticas públicas, que institui encargo a outro poder. A questão da realização dos direitos sociais através do meio jurisdicional, várias não se leva em conta a gama de elementos materiais e financeiros que são vitais para que a população possua ao seu alcance serviços e bens que viabilizem a realização de tais direitos.

Usa-se do mesmo raciocínio o autor Roger Stiefelmann Leal (2005) ao mencionar que há uma diversidade de caminhos de realizar uma prestação exigida por um direito social, que depende de uma escolha sobre qual o melhor meio para a efetivação. Tal escolha se situa no âmbito político, sob a responsabilidade dos órgãos governamentais e legislativos, que foram devidamente legitimados a prestar tais tarefas, sendo assim:

O modo e a oportunidade de concretizar os direitos sociais através da oferta de serviços públicos não podem ser objeto de decisão judicial. (...) A administração financeira do Estado, bem como a definição de estratégias e políticas para a melhor aplicação dos recursos públicos a fim de atender às necessidades da população, por óbvio, fogem da alçada do Poder Judiciário.

Desta forma, somente após a edição de normas infraconstitucionais que há de falar em direito subjetivo instituindo e organizando o serviço público. E segue o referido autor, dizendo que “os direitos sociais previstos na Constituição são normas de cunho programático, restringindo-se a fornecer diretrizes e orientações ao parlamento.”

Paulo Gustavo Gonet Branco (2002, p. 147) diz que, na questão de realização de programas sociais, educacionais, de saúde e habitacional, o Judiciário não teria legitimidade para determinar políticas públicas que realizem tais programas. Da mesma forma, na discussão a respeito do planejamento orçamentário, o magistrado não poderia adentrar, pois se trata de atividade de competência do executivo e do legislativo. Assim, comenta:

A satisfação desses direitos é deixada, no regime democrático, primacialmente ao descortino do legislador. Não cabe, em princípio, ao judiciário extrair direitos subjetivos das normas constitucionais que cogitam de direitos não-originários a prestação. O direito subjetivo pressupõe que as prestações materiais já hajam sido precisadas e delimitadas – tarefa própria do órgão político, e não judicial. Compreende-se, assim, que, por exemplo, do direito ao trabalho (art. 6º da Constituição) não se deduza um direito subjetivo do desempregado, exigível em juízo, a que o Estado lhe proporcione uma posição no mercado de trabalho.

Logo, seu entendimento é que a atuação dos juízes no campo dos direitos sociais demanda de muita sutileza, pois a realização de tais direitos fundamentais se dá por meio de prestações do poder público, que pressupõem a existência de um orçamento e obstáculos específicos.

Existem outros enfoques, entretanto, que demonstram a legitimidade democrática dos órgãos jurisdicionais, devendo esta ser legitimada, especialmente nos casos pautados na efetividade dos direitos fundamentais sociais. Neste sentido, lembra José Eduardo Faria que, o judiciário brasileiro enfrenta um impasse, pois existe uma lacuna entre o poder jurídico destinado a prestações e a vida de uma sociedade com alto índice de cidadãos vivendo abaixo do nível de pobreza. Focando a uma expansão dos direitos humanos, integrando uma dimensão social, o Judiciário estaria incumbido de, em última instância, promover uma condição humana digna. Assim, expõe (1994, p. 105):

(...) não podem simplesmente ser ‘atribuídos’ aos cidadãos; cada vez mais elevados à condição de direitos constitucionais, os direitos sociais requerem do Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade – políticas essas que têm por objetivo fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação.

No mesmo sentido, preceitua Flávia de Almeida Viveiros (2002, p. 294) de Castro, afirmando que o Estado de Direito contemporâneo se ratifica primeiramente na garantia dos direitos fundamentais, cabendo ao Poder Judiciário zelar pelo seu respeito e implementação, sendo assim “a lógica da supremacia da

Constituição, inserida nas modernas democracias, exige que a validade das leis e dos atos do Estado busque, na Carta Magna, o seu fundamento”.

Por fim, Pio Marconi (1994, p. 49) também adota uma posição de defesa de um Judiciário ativo e responsável por influenciar na realização dos direitos fundamentais sociais, havendo até a possibilidade deste poder aferir a possibilidade de realização destes direitos quando em ausência da vontade política para tanto. Disserta:

A magistratura ocupa uma posição singular nessa nova engenharia institucional. Além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Aplicar o direito tenta a configurar-se, assim, apenas um resíduo da atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça. Assim, o juiz não aparece mais como o ‘responsável pela tutela dos direitos e das situações subjetivas, mas também como um dos titulares da distribuição de recursos e da construção de equilíbrios entre interesses supra-individuais.

Parece de maior validade considerar que o Judiciário surge como órgão legitimado a realizar ponderação que levará ao reconhecimento dos direitos fundamentais sociais de forma definitiva, bem como órgão que determina aos poderes públicos a satisfação dos interesses tutelados constitucionalmente. De fato, o Judiciário deve respeitar o poder discricionário que detém a Administração Pública; entretanto, se a mesma se utilizar da discricionariedade como uma exceção não tão plausível ao direcionamento dos recursos para outros fins que não os impostos pela Constituição Federal como sendo prioridade, representará desvio de poder, e também se sujeitará ao controle jurisdicional de constitucionalidade.

Isso nos leva a questão da reserva do possível, que não deve ser alegada de forma que não represente uma condição de realidade a ser ponderada para fins de efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas sim como um mero disfarce de uma escassez “constituída”, em desrespeito aos direitos fundamentais sociais.

5.2.1 Atividade política e o papel judicial

No âmbito de uma Constituição brasileira dirigente, com o objetivo de transformar a realidade sócio-econômica criando condições para a implementação efetiva dos programas e funções estabelecidos pelo constituinte, a garantia da efetividade dos direitos sociais estabelece tarefa cogente e impostergável para todos os poderes constituídos, especialmente ao Poder Executivo, diretamente responsável pela implementação de políticas públicas.

Os atos emanados com viés de planejamento possuem caráter eminentemente político, e se submetem ao controle jurisdicional, pois representam o cumprimento direto dos programas e tarefas constitucionais, e devem guardar plena conformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de invalidade. Neste sentido, menciona Ana Paula de Barcellos (2010, p. 104-105):

(...) os poderes públicos estão submetidos à Constituição, como uma decorrência direta da noção de Estado de Direito, por força da qual o exercício do poder político encontra limites em normas jurídicas. À Constituição, é certo, não cabe invadir os espaços próprios da deliberação majoritária, a ser levada a cabo pelas maiorias democraticamente eleitas em cada momento histórico. Uma das funções de um texto constitucional, porém, é justamente estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção de direitos fundamentais.

Por meio de políticas públicas o Estado poderá, de forma abrangente, realizar os fins previstos na Constituição, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais cuja fruição direta dependa de ações.

Entretanto, existe um acervo de críticas já formuladas, como explanado anteriormente, sobre a possibilidade do controle jurídico e jurisdicional das políticas públicas. Mas, tratam-se de críticas inconsistentes visto a importância dos direitos fundamentais sociais; devem os atos políticos, assim como os atos administrativos em sentido estrito, estarem sujeitos ao controle jurisdicional. Nesse mesmo

segmento, assim como os atos administrativos, os atos políticos também possuem um grau de discricionariedade, no qual possui uma margem de liberdade para atender da melhor forma ao interesse público, mas tal escolha pode estar sujeita à apreciação do Poder Judiciário. E assim estabelece-se a relação entre os dois poderes. Neste sentido, Otávio Henrique Martins Port (2005, p. 183-184)

(...) assim, partindo-se da concepção de que a constitucionalidade por omissão pode e deve ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, havendo inclusive na Constituição instrumentos processuais específicos para esse tipo de controle, nada impede que a inação do Poder Executivo no caso da não adoção de políticas públicas seja objeto de apreciação pelo Judiciário, se se tratar de descumprimento de imposição constitucional.

Isso ocorre porque, é mais adequado ver os atos políticos como uma categoria de atos administrativos *lato sensu*. Assim, estando os atos administrativos curvados ao princípio da legalidade, a obediência a este princípio deve ser compreendida de forma que atinja a todo o sistema jurídico. Assim, de acordo com Lúcia do Valle Figueiredo (2000, p. 188) “os atos políticos não se furtam de se curvarem diretamente à Constituição, como os atos administrativos que são.”

É possível afirmar que o orçamento é a lei que traz maior aproximação entre o âmbito jurídico e político. A administração carrega um caráter prestacional e é responsável pela gestão de recursos, principalmente no caso de elaboração das leis orçamentárias, que se insere na categoria dos atos políticos. Mas, não é pelo fato de serem atos políticos que as leis orçamentárias, de iniciativa vinculada do Poder Executivo (art. 165 da Constituição Federal), que escapa do controle jurisdicional. Por conta disso, se vê cada vez mais necessário o controle judicial do orçamento, apontando a necessária conformidade com os parâmetros constitucionais. Neste sentido, Otavio Henrique Martins Port (2000, p. 196):

(...) A possibilidade de controle jurisdicional nesses casos guarda perfeita conformidade com o fato de que a omissão do Executivo, quando da elaboração das leis orçamentárias em relação à disponibilização de numerário destinado às políticas públicas de cunho social, implica violação do direito público subjetivo negativo dos indivíduos, de verem afastadas medidas que coarquem ou impedem a implementação das mencionadas políticas. Ora, se as políticas públicas dependem de recursos orçamentários

para a sua viabilização, é claro que, não reservar os devidos recursos, significa impedir a efetiva implementação dessas políticas e, por consequente, coartar a consubstanciação dos direitos sociais e econômicos.”

Assim, o Judiciário pode assumir a tarefa de denunciar omissões reiteradas dos poderes públicos que violem direitos fundamentais sociais, com o objetivo de fazer com que o Estado cumpra determinadas prestações; sendo assim, pode – e deve – surtir este efeito de repelir os poderes públicos e atentá-los para o problema, de modo a fazer com que voltem suas políticas públicas para a satisfação do direito em questão. Vê-se, aqui, a dupla atuação do Poder Judiciário – tornar evidente o descumprimento de determinadas normas relacionadas aos direitos fundamentais sociais, ou, determinar a sua implementação.

Haja vista a forma ampla em que é vista a tarefa de efetivação dos direitos fundamentais sociais que também incumbe ao Poder Judiciário, adentra-se na questão de que este órgão também é responsável por cuidar da justiça no caso concreto, envolvendo partes determinadas, a partir da realidade que lhe é retratada através do processo.

Visto isso, encontra-se uma disparidade de raciocínios sobre o assunto, havendo os que defendam que o Judiciário somente poderia determinar condutas positivas a serem adotadas pelos poderes públicos, no sentido de que as referidas condutas viessem a atender todos aqueles que, por ventura, inferirem a mesma pretensão jurisdicional; não poderia o Judiciário realizar escolhas políticas, sob pena de violação ao princípio da isonomia. Neste sentido, José Reinaldo de Lima Lopes (1994, p.126-127):

(...) A prestação do serviço depende da real existência dos meios: não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade, e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social.

Nestas condições, deve o Judiciário ser provocado por mecanismos coletivos de exigência dos direitos sociais, pois se dar de forma individual pode gerar decisões conflitantes em questões que deveriam ser tratadas de maneira uniforme.

Por outro lado, as decisões judiciais, diante de um caso em que configura a hipótese de incidência de um direito fundamental a prestação, e sendo evidente a omissão dos poderes públicos, o que leva a atingir de forma negativa a esfera jurídica do titular do direito, não basta apenas observar se a decisão que será proferida pode ser estendida a todos os titulares do mesmo direito, pois não é somente o princípio da isonomia que deve ser observado nas decisões judiciais em relação à efetivação de direitos fundamentais sociais. Neste sentido, Giovanni Bigolin (p. 68):

Mesmo em se tratando de escolhas disjuntivas, em que está em conflito o mesmo bem jurídico a ser tutelado, como é o caso de uma fila de pacientes aguardando um órgão a ser transplantado, a escassez natural de recursos não inibe a intervenção do Poder Judiciário sob o argumento da 'reserva do possível'. É que a situação ameaça à vida dos interessados enquadra-se no parâmetro existencial do mínimo, permitindo a tutela imediata do Juiz que poderá reconhecer, acaso devidamente demonstrado, que o critério adotado pela administração (cronológico) pode ser topicamente superado, em face da comprovada urgência de atendimento de um paciente, mesmo em detrimento de outro que esteja em situação estável no aguardo da transferência do órgão.

É mais interesse que o acesso ao Judiciário para a tutela dos direitos fundamentais seja incentivado e não recriminado, como pretendem alguns autores, vendo tal ação como um "privilégio". Independentemente das circunstâncias, o Judiciário tem a função de atender ao caso concreto, visto o seu dever que lhe é incumbido de observância dos direitos fundamentais sociais. Quanto maior o acesso ao Judiciário, e quanto mais ele for capaz de atender as demandas (sempre com decisões fundamentais e racionais), maior será a positivação dos direitos fundamentais sociais, impulsionando o Estado na adoção de políticas gerais que acatem a todos.

6. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS NA FRONTEIRA ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

A categoria dos direitos sociais que demandam atuações positivas por parte do Estado exige, por sua vez, o dispêndio de recursos. A necessidade de uma previsão orçamentária é um dos problemas que atingem o Estado como um limite de sua atuação, restringindo sua capacidade de efetivar os direitos sociais, pois os recursos são finitos.

Concomitante a isso, a conscientização da população acerca de seus direitos e o fortalecimento das instituições destinadas a assegurá-los (como, por exemplo, o Ministério Público) tornaram cada vez mais comum o ajuizamento de ações nas quais se demandam prestações materiais a serem oferecidas pelo Estado, com propósito o de dar efetividade e assegurar os direitos sociais tutelados pela Constituição.

Diante disso, vive-se um dilema: de um lado, a exigência de o Estado garantir o mínimo existencial e, de outro, a finitude dos recursos disponíveis pelo Poder Público para assegurar esse mínimo. Isso traz à tona o argumento da Reserva do Possível - introduziu, nas discussões acerca do dever do Estado de efetivar os direitos sociais, a preocupação com a sua disponibilidade orçamentária. O argumento da reserva do possível passou a ser utilizado pela Administração Pública como uma forma de “salvação” frente à intervenção judicial, sem que houvesse, entretanto, um esclarecimento sobre qual o conteúdo que compreende tal conceito vago.

De um lado, a teoria da reserva do possível vem dirimir um problema real, correspondente ao fato de que os recursos financeiros do Estado são finitos; de outro lado, se interpretada à risca, equivale ao esvaziamento da efetividade dos direitos sociais, contrariando o § 1º do artigo 5º do texto constitucional, que determina a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais. Sob esta argumentação, passou-se a legitimar a não realização de direitos fundamentais sociais, no que se trata, principalmente, da sua dimensão prestacional.

Já em relação a um segundo aspecto – garantia dos direitos sociais – que se encontra o mínimo existencial. Este, representando conteúdo mínimo dos

direitos sociais, não poderia sofrer restrições por parte do Estado, nem sob o argumento da indisponibilidade financeira, assim iniciando um conflito entre esses dois conceitos, mas, sempre buscando a solução de um bem maior – a efetividade dos direitos sociais.

Ou seja, há uma natureza principiológica do mínimo e da reserva, permitindo que um se oponha ao outro. Mas vejamos que, por ser o mínimo existencial algo ínfimo aos direitos sociais, não pode o Estado tão-somente alegar a reserva do possível para afastá-lo; exige-se maior carga comprobatória da insuficiência orçamentária. Em determinados casos, convém a admissão a reserva, mas com argumentos necessariamente qualificados a afastar o mínimo.

Atendo-se ao sentido de que é necessária a proteção ao mínimo existencial, em frente a possíveis alegações estatais sobre a escassez de recursos, é notável uma cadeia ampla de argumentos que pairam na doutrina jurídica – alguns entendimentos levam a conclusões da qual seria necessária a relativização do mínimo, outros imperam com totalidade alegando não ser admissível o uso da reserva do possível para desviar o dever do Estado de agir.

Consoante, encontra-se a doutrina de Andreas Joachim Krell (2002, p. 52-54), para quem a cláusula da reserva do possível decorre de um Direito Constitucional comparado equivocadamente, não sendo viável admiti-la em um país pobre como o Brasil, pois os entes públicos justificariam sua omissão social perante critérios de política monetária, condicionando a realização dos direitos sociais à existência de “caixas cheias” do Estado, o que reduziria a sua eficácia a zero. Defende, ainda, que não haveria como escolher entre tratar milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou um pequeno número de pessoas portadoras de doenças raras ou com remota chance de cura, pois, com base na principiológica da Carta de 1988, o Estado deve tratar de todos, afirmando que:

(...) se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviços de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligadas aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a “ponderações” perigosas e anti-humanistas do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?”

Seguindo tal entendimento, discorre Ana Paula de Barcellos (2008, p. 274):

Desse modo, quando estiver em discussão a concretização de um direito social visando o mínimo existencial, o argumento da reserva do possível não poderá ser suscitado pelo ente estatal, em face da proibição de insuficiência no fornecimento e na preservação de um patamar mínimo à existência humana. A objeção da reserva do possível arguida, neste caso, acabaria por revelar a confissão de uma conduta inconstitucional anterior por parte da própria autoridade pública, pois se as condições elementares para a dignidade humana deixaram de ser asseguradas, é porque os recursos públicos existentes foram alocados em desacordo com as prioridades estabelecidas pela Carta Magna.

Dessa forma, é possível entender que a reserva do possível constitui um óbice à realização de pretensões relacionadas à direitos sociais, não sendo possível impedir, entretanto, a concretização de direitos indispensáveis a assegurar um “mínimo existencial”.

Em sentido oposto, relacionado ao primeiro aspecto – dos que se atém ao conceito da reserva do possível – condiz a ideia de que é fundamental o uso da reserva do possível, pois está intrinsecamente relacionada a princípios orçamentários - estes devem ser respeitados na elaboração e execução das leis orçamentárias que, por sua vez, determinarão a alocação dos recursos estatais. Por meio de tais princípios, é buscado um equilíbrio nas finanças do Estado, sendo pertinente sua observação para a saúde financeira do país.

Ademais, a existência da reserva não se baseia somente para rebater o mínimo, mas para os direitos fundamentais sociais que não comportam o mínimo existencial na sua totalidade. Vê-se que um conceito demasiado abrangente impede que a participação do Estado seja sempre presente.

Segundo Canotilho (apud KRELL, 2002, p. 51), a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais está ligada a uma reserva do possível, apontando sua dependência à existência de recursos econômicos, sempre condicionada ao volume de recursos suscetíveis de ser mobilizado para esse efeito. Dentro desse entendimento, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro óbice fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Sob outro aspecto, é notável, em síntese, que se busca a implementação de políticas públicas relacionadas com os direitos sociais, e maior adjudicação de prestações que se referem ao mínimo existencial. Porém, remanescem alguns problemas ligados à espera do aprofundamento do debate, para que seja possível uma extensão do controle jurisdicional e a integridade do orçamento democrático.

Por essas razões que a reserva do possível necessita de critérios, mas e não pode ser retirada totalmente do ordenamento jurídico, pois sempre haverá a necessidade de suprir mazelas sociais, e o Estado não conseguirá abranger todas com total eficiência.

Assim, é de condição determinante para a preservação dos direitos fundamentais que os limites a eles impostos, como a aplicação da reserva do possível, sejam submetidos ao controle de constitucionalidade e proporcionalidade - é necessário que os poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário) justifiquem por que consideraram um bem mais importante que outro, destinando os recursos financeiros disponíveis à sua satisfação. O eventual impacto da reserva do possível poderá ser ao menos minimizado, mediante o controle das decisões políticas acerca do uso de recursos, inclusive ao que se refere a transparência das decisões. De acordo, Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner (2010, p. 31):

“Além disso, assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, de que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas que, ao fazê-lo, haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo a determinada prestação social, ou mesmo quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida estatal com base na alegação de uma violação de direitos sociais, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos poderes.”

Logo, todo este panorama evidencia que os direitos fundamentais sociais vêm enfrentando sérias dificuldades para sua realização, principalmente atinente a questão de escassez de recurso. Todavia, existem meios de contornar tal

situação, de forma racional, utilizando-se da materialidade da Constituição e abordando critérios de ponderação, conforme exposto a seguir.

6.1 Critérios de ponderação

É inegável a importância da ponderação em relação aos direitos sociais. Para poder de afirmar que determinado direito corresponde a um mínimo existencial, e outro não, há necessidade da realização de um processo de ponderação no qual se encontram duas vertentes: uma no sentido da prestação estar prevista na norma e protegida pela dignidade da pessoa humana e igualdade fática, e outra na questão de outros bens jurídicos ou direitos que afastem a sua incidência. Segundo Ana Paula de Barcellos (2005, p. 23) ponderação trata-se de “(...) técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.

Exemplificando, o direito a saúde demonstra certa evidência a favor da realização da prestação, mas isso ocorre, pois na maioria das vezes relaciona-se a própria sobrevivência do ser humano, atingindo a conclusão de que não pode haver a prevalência de argumentos relacionados à escassez de recursos em detrimento ao bem jurídico vida; ora, a ponderação, aqui, se mostrou minimamente necessária.

As normas de direitos fundamentais sociais demonstram um peso especial quando relacionadas à busca pela realização de prestações minimamente necessárias à vida digna de cada indivíduo. Mas vejamos que, parece equivocado sintetizar todas as normas de direitos sociais à percepção de mínimo existencial, pois a construção da sua exigibilidade se dá caso a caso, ao se ponderar princípios e bem jurídicos conflitantes.

Atinente a proibição da insuficiência, pode-se dizer que determinado direito social pode ser restringido até o limite da prestação material exigida, garantindo ao menos a realização mínima que se pretende. Com isso, é possível corroborar um aspecto do mínimo existencial assumindo especial importância na ponderação de direitos sociais frente à reserva do possível: a realização mínima.

Vendo o mínimo existencial como parcela nuclear do direito fundamental social necessário à sobrevivência digna do cidadão, ele poderá ser identificado de acordo com cada caso em concreto. Neste sentido, Emerson Garcia (2004, p. 04):

Também denominado de núcleo duro ou núcleo comum dos direitos fundamentais, o mínimo existencial indica o conteúdo mínimo e inderrogável desses direitos, resultando "de um levantamento comparativo de sua incidência em instrumentos de direitos humanos (os próprios textos), fortalecido ademais pela construção jurisprudencial daí decorrente e pelo processo de interpretação destes dispositivos equivalentes com formulações distintas. (...)

Tratando-se de um conteúdo mínimo, que atua como elemento aglutinador da essência dos direitos fundamentais, é vedado ao Estado a adoção de quaisquer medidas, de ordem legislativa ou material, comissivas ou omissivas, que busquem frustrar a sua concreção. Tanto atentará contra o mínimo existencial a ação concreta, finalisticamente dirigida ao vilipêndio do bem jurídico por ele tutelado, como a omissão deliberada em tornar concreta uma previsão normativa ou mesmo em editar um ato normativo que viabilize o alcance de um status jurídico favorável ao indivíduo. A sua observância, assim, independe de qualquer medida de intervenção legislativa, derivando diretamente da própria Constituição.

É perceptível no sistema constitucional pátrio que a reserva do possível como condição de realidade, acaba se apresentando quase sempre que se demanda do Estado uma prestação material que, por consequência, há a necessidade de dispêndio de recursos. Logo, fazendo jus a validade do mínimo existencial, sempre que a sobrevivência digna do indivíduo estiver sob ameaça, a justificativa para abstenção do Estado deve ser realmente grave. Neste sentido, observa Clèmerson Clève (2003, p. 28):

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 imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.

Na mesma busca de criar mecanismos de defesa das prestações atinentes à dignidade humana, Ana Paula de Barcellos (2002, p. 252-253) assume o

mínimo existencial com um caráter de regra jurídica, não se sujeitando a ponderação:

(...) uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do “tudo ou nada”, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites.

Por outro lado, menciona Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 330-331) o relato de Ingo W. Sarlet em relação ao publicista alemão Christian Starck, que defende o seguinte:

(...) somente é possível conhecer a exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais se houver a garantia dos recursos necessários para a realização da prestação material demandada, sem invasão da esfera de competência legislativa pelo Judiciário. Todavia, em que pese esta condição denotar a preocupação do autor em evitar a incidência da cláusula da reserva do possível, Starck chegou a reconhecer que esta reserva não poderia ser oposta às pretensões ligadas às prestações materiais inerentes ao mínimo existencial, pois estas não gerariam “excessiva carga para o orçamento público”.

Mas vejamos que, não é correta a afirmação da reserva do possível como algo que integra os direitos fundamentais sociais, como se estivesse enquadrada em um âmbito de determinação de seus limites. Pode, de fato, atuar em certos casos como garantia dos direitos fundamentais, na hipótese de conflito de direitos, por exemplo, observando-se a garantia do mínimo existencial e critérios de proporcionalidade; assim, a indisponibilidade de recursos viria com o intuito de preservar o núcleo de outro direito fundamental.

Já para Ingo W. Sarlet (2012, p. 352-353), os direitos fundamentais sociais que se relacionam ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana possuem um caráter especial (mais propriamente no direito ao salário mínimo,

assistência e previdência social, direito a saúde); o Judiciário não reconhecer estes direitos com a correta prestação material advinda do Estado pode implicar à própria condenação de morte do indivíduo, pois estaria negando sua própria humanidade e sobrevivência. Assim, observa:

Negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção de sua existência (negando-lhe, por exemplo, uma pensão adequada na velhice, quando já não possui condições de prover seu sustento) pode significar, em última análise, condená-lo a morte por inanição, por falta de atendimento médico, etc. Assim, há como sustentar – na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador.

Ou seja, para o autor o mínimo existencial, no que se refere a ponderação, se mostra como argumento importante em prol da realização dos direitos fundamentais em detrimento da reserva do possível.

Entretanto, é necessário ver que, por mais que não seja o meio mais adequado considerar o mínimo existencial como fator determinante para a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, diante da alegação da reserva do possível, de forma que esta vem atingir tais direitos em desvantagem, e reduzindo a responsabilidade do estado, acaba o mínimo sendo compreendido como núcleo essencial do direito fundamental em determinados casos concretos e como condição necessária à sobrevivência do homem, criando certa limitação que não poderá ser atingida, sob pena de comprometimento das validades constitucionais.

Assim, embora o conteúdo do mínimo existencial se mostre como indefinido e variável, ainda sim pode ser considerado como um parâmetro de exigibilidade e proteção dos direitos fundamentais sociais, quando ameaçados na esfera da vida humana e dignidade.

Ao realizar a ponderação, é necessária a diferenciação entre a impossibilidade de fato de efetivar o direito – no caso de escassez essencial de recursos; por exemplo, inexistência de órgão para um transplante que salve a vida de um cidadão – da alocação de recursos para outros fins que não os instituídos pela norma de direito fundamental.

Mas vejamos que, a escolha de alocação de recursos para determinado fim e não para outro, deverá ter uma justificativa sob o ponto de vista constitucional. Tanto a margem de discricionariedade do Estado quanto a margem de controle constitucional devem ser controlados. O princípio da igualdade também pode servir de instrumento nesses casos, de forma que não se pode diferenciar o tratamento a um determinado bem jurídico em detrimento de outro sem relevantes justificativas amparadas nos valores constitucionais.

6.2 A reserva onde não houver o mínimo

Em relação à intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas sob o manto do ativismo judicial, onde houver a reserva do possível, se for o caso, deve ser observado por este órgão – mesmo que em condição excepcional. Ao declarar a necessidade de demonstração de uma série de fatores para que esta tese possa ser alegada pelo Estado, bem como a necessidade de sua ponderação e sopesamento ante ao mínimo existencial, não significa, todavia, a aniquilação do seu uso. Logo, é possível entender que, onde não houver o mínimo, podem existir parâmetros de aplicação para a reserva do possível.

Em melhor análise, como um primeiro critério, diante de uma ação judicial promovida em face do Estado primeiramente, é necessário atentar se a reserva foi meramente alegada pelo Estado; se meramente alegado, não deve ser considerado e impor ao Estado a devida obrigação.

Num segundo momento, analisa-se o grau de relevância dos elementos em questão: o que prepondera segundo o Estado e o que não prepondera, pelo qual este se nega a cumprir alegando a reserva do possível. Se o elemento considerado preponderante por parte do Estado for de notável valoração inferior ao considerado preponderado, deve-se descartar o uso da reserva, pois esta só tem razão de existir em casos de interesses de igual ou aproximada valia em conflito.

Caso os conflitantes guardem posição equivalente, é preciso saber se a matéria utilizada pelo Estado foi com o objetivo de promover a inversão ou

distribuição equivalente do ônus da prova ao particular; caso seja este o intuito, o argumento deve ser descartado, pois se trata de prejuízo ao pleiteante.

Mas, caso não seja esse o intuito do Estado, discute-se se os argumentos apresentados pelo Estado são de baixa veracidade. Se não, por fim, consiste no julgamento do caso concreto através da ponderação, como dito anteriormente.

Logo, observa-se que tal procedimento detém maior cautela ao envolver questão relacionada ao mínimo existencial. Apesar de vasta discussão doutrinária, e os direitos fundamentais sociais estarem enfrentando sérias dificuldades para sua realização – principalmente por estarem atrelados à alegação de escassez de recursos – existem meios de escapar, de forma racional e comprometida, de tal situação. Mas, de fato, questões que envolvem o mínimo existencial à sobrevivência digna de cada indivíduo, devem ser consideradas de maior valor em momento de ponderação diante de um conflito; entretanto, isso não conclui que o mínimo existencial não possa conviver com a reserva do possível. Neste sentido, Ana Paula Barcellos (2002, p. 252-253):

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Neste mesmo sentido, Rafael J. Nadim de Lazari (2012, p. 197) entende que, para a coexistência desses dois institutos, é necessário condicioná-los a critérios, no sentido da ponderação, sendo estes válidos tanto para a atividade dialógica entre os dois institutos quanto para situações que envolvam outros tipos de direitos.

Assim, ao pensar no mínimo existencial e na reserva do possível, deve ser algo conjunto, estabelecendo um diálogo entre os dois institutos; não pode se admitir um caráter totalmente absoluto a nenhuma das partes. Se até mesmo a dignidade da pessoa humana, sendo como um dos denominadores de maior força normativa da Constituição pode ser relativizado, de mesma forma deve ser visto o mínimo existencial. Neste caso, entraria a reserva do possível como um elemento relativizador do mínimo, mas desde que qualificado.

7. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais sociais previstos no ordenamento jurídico, em geral, pressupõem a intenção do Estado em concretizá-los, pois se tratam de direitos que são fruto de uma demanda social pela intervenção estatal e, nessa conformidade, a sua concretização material venha a garantir o mínimo existencial e a proteção da sobrevivência humana digna. Logo, os direitos fundamentais sociais encontram um limite à sua efetividade na reserva do possível, o que leva tal argumento a ser questionado e avaliado.

A noção de mínimo existencial adquire maior relevância nas situações em que se utiliza a reserva do possível como mecanismo a restringir a concretude dos direitos fundamentais sociais. De fato, não é unânime o entendimento acerca do conteúdo do mínimo existencial, nem mesmo sobre uma possível quantificação, entretanto, reconhece-se a existência de um núcleo nestes direitos que se relacionam a preservação das condições mínimas necessárias a dignidade da pessoa humana que sempre deve ser tutelada de forma jurisdicional.

O grande obstáculo encontra-se no que tange ao custo à concretização dos direitos sociais, ante a inexistência de recursos estatais suficientes a satisfazer todas as demandas sociais. Nesse motim que a cláusula da reserva do possível passou a ser utilizada como argumento principal e limitador às prestações estatais de cunho social, haja vista que compreende um conceito de disponibilidade de recursos financeiros pelo Estado e a razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público.

Os direitos sociais comportam um caráter principiológico que, em virtude disso, traz a possibilidade de sofrerem restrições, sendo toda conduta praticada pelo Estado que venha a afetar de forma desvantajosa o capó de proteção da norma fundamental, de forma que reduza, mitigue ou exonere a responsabilidade deste poder para com a sua prestação. Tais restrições são externos à norma e devem obedecer aos parâmetros impostos pela própria Constituição, dentre eles o da proporcionalidade.

Destarte, a reserva do possível, por si só, não pode ser utilizada como argumento para afastar qualquer eficácia das normas constitucionais em que se

pautam os direitos fundamentais sociais. Vê-se como necessário provê-las, ao menos, uma eficácia parcial; o Estado guarda tal responsabilidade pela implementação de políticas públicas que concretizem efetivamente tais direitos. Em outras palavras, a função administrativa, no caso dos direitos fundamentais sociais, traz uma obrigatoriedade à Administração Pública na criação de condições materiais que venham a concretizar as demandas sociais ínsitas no ordenamento jurídico.

Mas vejamos que, há a possibilidade de, através da garantia do mínimo existencial, compatibilizar a efetividade dos direitos sociais com a teoria da reserva do possível – mas, tal parcela de cada direito fundamental social imprescindível à dignidade da pessoa humana não pode sofrer condicionamentos. Porém, encontramos parcelas de cada um desses direitos sociais que, embora contribuam para a melhoria da qualidade de vida do indivíduo, não são intimamente ligados à sua dignidade, não compondo, portanto, o que a doutrina denominou de mínimo existencial. Desta forma, é possível entender que a tais conteúdos que não compõem o que a doutrina determinou, de forma geral, de mínimo existencial, é possível a aplicação da teoria da reserva do possível, condicionando a sua exigibilidade à existência dos recursos financeiros públicos necessários à sua efetivação.

Em outras palavras, o mínimo existencial constitui-se em limite à aplicação da reserva do possível, ao delimitar a porção do direito fundamental que não pode ser restringida, nem mesmo sob o fundamento da inexistência de recursos financeiros suficientes, por ser imprescindível à preservação da dignidade do titular do direito.

Necessário ressaltar que própria delimitação do mínimo existencial deve ser feita em consonância com o princípio da proporcionalidade, de forma que esse conceito abranja somente os bens imprescindíveis à preservação da dignidade da pessoa humana, cuja proteção não possa ser mitigada de forma alguma - o conceito de mínimo existencial deve abranger os direitos que, quando em conflito com quaisquer outros, sejam considerados mais relevantes, básicos ao ser humano. Para tanto, o Judiciário também surge como órgão legitimado a realizar as ponderações que levarão à concretude dos direitos fundamentais sociais, bem como determinar que os poderes públicos satisfaçam os interesses constitucionalmente

protegidos – e, nesse ínterim, é possível que a reserva do possível também possa contribuir para uma maior racionalidade das decisões judiciais.

Mas, é necessário distinguir a inexistência natural de recursos capazes de satisfazer a obrigação prevista na norma, e a escassez advinda de escolhas políticas praticadas pelo Estado, amparado por sua discricionariedade e a possibilidade de melhor alocação destes recursos que, em muitos casos, tal órgão deixou de direcionar uma parcela para a satisfação dos direitos fundamentais sociais para aplicá-las em outros setores. Mas, por esse aspecto, devem as atividades do Estado ser minuciosamente observadas e controladas, para que não venham a enfraquecer o dirigismo contratual.

O Judiciário deve, de fato, respeitar o espaço de discricionariedade que o constituinte instituiu para a atuação da Administração Pública, até porque não há uma forma de como as prestações previstas nas normas de direitos fundamentais sociais devem ser satisfeitas; mas, se a discricionariedade administrativa for usada apenas como um “desvio de finalidade”, sem justificativas plausíveis e claras, direcionando os recursos para outros fins que não os impostos pela Constituição Federal como prioritários, estará sujeita ao controle jurisdicional de constitucionalidade. Aqui, a reserva do possível não pode ser alegada pois não representará uma condição real a ser ponderada para fins de efetivar direitos fundamentais sociais, mas sim um mero disfarce de uma escassez “manipulada”, em desrespeito às normas fundamentais.

A realidade hoje é que o acesso aos direitos fundamentais sociais ainda não atinge grande parcela da população necessitada – seja pela via jurisdicional ou pela falta de políticas públicas – e isso ocorre, notoriamente, pela decorrência da omissão estatal e o incorreto gerenciamento de recursos. Desta maneira, é necessário pensar na reserva do possível e no mínimo existencial como algo conjunto, dialógico; não de forma absoluta. Deve haver uma correta análise técnica sobre a real necessidade da prestação, de forma racional, comprometida, promovendo condições realmente efetivas e que garantam um mínimo de condições para uma vida digna da população, e sempre buscando efetivações de forma igualitária, preservando tanto a materialidade da Constituição quanto a realidade fática.

8. BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Gustavo. **Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre os Poderes.** *in*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Renovar: 2001.

ALVES, Fernando de Brito. **Cidadania e direitos sociais.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7627/cidadania-e-direitos-sociais> > Acesso em: 27 de abril de 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **El umbral de La ciudadanía: el significado de los derechos sociales em el Estado social constitucional.** Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006 – tradução livre.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **A evolução constitucional do Brasil. Revista Estudos Avançados.** Instituto de Estudos Avançados de São Paulo. 2000, vol.14, n.40.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOROWSKI, Martin. **La Estructura de Los Derechos Fundamentales.** Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003. *In*: TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais.** In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** 1ª Ed., 2º tir. Brasília:Brasília Jurídica, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 01 de maio. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

_____. **Direito Constitucional.** 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais.** In: Revista Crítica Jurídica, Curitiba, n. 22, p.17-29, jul./dez. 2003.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **O papel político do Poder Judiciário. Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 38, p. 294, jan./mar. 2002. In: OLSEN, Ana Carolin Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008.

CASSAGNE, Juan Carlos. **El principio de legalidad y el control judicial de la discricionalidad administrativa.** Madrid: Marcial Pons, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais:** uma proposta constitucionalmente adequada. Brasília, 2001. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Disponível em: <https://livralivro.com.br/books/show/355016?recommender=121>. Acesso em: 14 de out. 2017

FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. **Justiça Social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 42, n. 165, p. 47, jan/mar 2005. *In*: OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. 2.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Ed. Malheiros, 2000.

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

GARCIA, Emerson. **O direito à educação e suas perspectivas de efetividade**. Jus Navegandi. Teresina, ano 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>>. Acesso em: 09 de outubro de 2017.

KRELL, Andreas Joaquim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os(des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 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 Editora, 2012.

LEAL, Roger Stiefelmann. **Direitos Sociais e a Vulgarização da Noção de Direitos Fundamentais**. Disponível em <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em 03 de outubro de 2017.

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais – Efetivação no âmbito da democracia participativa.** Livraria do Advogado – Porto Alegre, 2009.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.** *Revista de Informação Legislativa.* Brasília, ano 41, n. 164, out/dez 2004.

LOPES, José Reinaldo Lima. **Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito.** *In:* José Eduardo Faria (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.* São Paulo: Malheiros, 1994.

LIMA JÚNIOR, Jaime Benvenuto. **Os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Altas, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais.** Apresentada na Universidade Federal do Ceará, em 2005. *In:* CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e análise econômica do Direito.* São Paulo: Elsevier Editora Ltda, 2009.

MARCONI, Pio. **I partiti e Le politiche de redistribuzione.** *In:* **Crise dello Stado e Sociologia del Diritto**, apud CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico.** *In:* José Eduardo Faria (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** São Paulo: Malheiros, 1994.

MAURER, Harmut. **Direito Administrativo geral.** Tradução de Luiz Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 12ª Ed. Malheiros, 2000.

OLSEN, Ana Carolin Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008.

PORT, Otávio Henrique Martins. **Os Direitos Sociais e Econômicos – e a Discricionariedade da Administração Pública**. São Paulo: RCS Editora Ltda, 2005.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4. Ed. Salvador: JusPODIUM, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “**Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ª Ed, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo W. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.1, n.1, abr. 2001. In: OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional**. São Paulo, LTr, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. *Revista de Direito do Estado* 4 (2006). Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf> Acesso em: 25 de abril. 2017.

_____. **Direitos Fundamentais - Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia.** São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil.** Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 2ª ed.