

A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Tiago Moita Koury Alves¹

Kaique Campos Duarte²

Arianne Brito Cal Athias³

Resumo: O presente artigo científico pretende analisar o papel do Estado na realização de direitos fundamentais, mormente em um contexto de crise econômica e política, no qual a escassez de recursos impõe opções administrativas. Em tese, as sociedades organizadas devem ter uma estrutura que possa comportar e atender todos os cidadãos dentro de políticas públicas fundadas em justiça, igualdade social e direitos humanos. Porém, observa-se o pragmatismo governamental apartado de uma política de

¹Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará e Professor da Faculdade Maurício de Nassau /Belém – NASSAU. Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Especialista em Direito Processual pela Faculdade Maurício de Nassau /Belém – NASSAU. Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia – UNAMA.

²Advogado, Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Especialista em Direito Penal e Processual penal pela Universidade Estácio de Sá – UNESA e Direito Constitucional Faculdade Damásio Educacional – DAMÁSIO. Graduado em Direito pela Faculdade Ideal – Faci | Wyden e Ciências Sociais, Universidade Cidade de São Paulo – UNICID.

³Professora da Adjunta III da Universidade Federal do Pará – UFPA, cedida ao Ministério Público do Estado do Pará para exercer o cargo em comissão de Assessor do Procurador-Geral de Justiça. Professora Titular I da Universidade da Amazônia – UNAMA. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direitos pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Graduada em Direito pela Universidade da Amazônia – UNAMA.

justiça social, com equidade e procedimentos públicos ao encontro da população. Diante de tal situação, torna-se relevante discutir as concepções de mínimo existencial e reserva do possível, enquanto elementos que matizam a discussão acerca de políticas públicas, alocações de recursos financeiros do Estado e o respectivo controle judicial de tais ditames. Nessa esteira, torna-se extremamente importante a análise dos controles de razoabilidade, proporcionalidade e excessividade, pois devem servir de diretriz para as escolhas públicas, não permitindo que a discricionariedade administrativa se torne um instrumento de promoção de incoerências que vão de encontro às necessidades sociais mais básicas. Por essa razão, também se conceitua e traça-se elementos de distinção entre esses institutos, com o objetivo de demonstrar que existem limites e critérios norteadores da atividade estatal quando se trata da efetivação de direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais; Reserva do Possível; Mínimo Existencial; Razoabilidade; Proporcionalidade; Excessividade.

Abstract: This article aims to analyze the role of the State in the realization of fundamental rights, especially in a context of economic and political crisis, in which the scarcity of resources imposes administrative options. In theory, organized societies must have a structure that can accommodate and serve all citizens within public policies based on justice, social equality and human rights. However, one observes the governmental pragmatism separated from a policy of social justice, with equity and public procedures to meet the population. Faced with such a situation, it is relevant to discuss the conceptions of existential minimum and reserve of the possible, as elements that clarify the discussion about public policies, allocations of financial resources of the State and the respective judicial control of such dictates. In this wake, it is extremely important to analyze the

controls of reasonableness, proportionality and excessiveness, since they should serve as a guideline for public choices, not allowing administrative discretion to become an instrument for promoting inconsistencies that meet social needs most basic. For this reason, elements of distinction between these institutes are also conceptualized and traced, in order to demonstrate that there are limits and criteria guiding state activity when it comes to the realization of fundamental rights.

Keywords: Fundamental Rights; Reserva do Possível; Minimum Existential; Reasonability; Proportionality; Excessiveness.

INTRODUÇÃO



Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante a vigência e a permanência dos ideais e objetivos do Estado Democrático de Direito, de forma a assegurar as garantias básicas ao ser humano. Desse modo, eis que traz à baila os anseios pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, fazendo com que o Poder Judiciário seja provocado, a fim de tentar solucionar tal dilema, pois a sociedade tem constatado com frequência a deterioração da qualidade da vida humana, com inúmeras mazelas sociais e econômicas que infestam o cotidiano do brasileiro.

Em tese, as sociedades organizadas devem ter uma estrutura que possa comportar e atender todos os cidadãos dentro de políticas públicas fundadas em justiça, igualdade social e direitos humanos com qualidade mínima de vida. Porém, observa-se o pragmatismo governamental apartado de uma política de justiça social, com equidade e procedimentos públicos ao encontro da população.

Em um contexto de crise econômica da qual surgem tantas necessidades de ordem material e o problema da escassez de

recursos se faz sentir de maneira pungente, torna-se fundamental analisar o papel do Estado na condução de sua estrutura administrativa. Consequentemente, é relevante averiguar que critérios o administrador público utiliza na eleição de prioridades que visem atender as necessidades públicas, de um modo que o núcleo essencial de direitos que são corolário da existência humana digna não fique desguarnecido em função de escolhas administrativas equivocadas quando pertinentes à alocação de recursos públicos.

Nesta lógica, há de se verificar se a ausência de políticas públicas direcionadas ao atendimento de determinada necessidade humana deve-se a uma condição de possibilidade marcada pela ausência e recursos públicos, ou se tal escassez deve-se ao mal uso da discricionariedade administrativa no atendimento aos administrados. Logo, em virtude da vigência do Estado Democrático de Direitos e seus consectários constitucionais de razoabilidade, proporcionalidade e controle de excessividade, é essencial examinar a proeminência do controle material de constitucionalidadedas condutas administrativas pela sua importância na delimitação e aplicação dos conceitos de mínimo existencial e reserva do possível.

Diante disso, o presente artigo será descritivo-explicativo, do ponto de vista dos objetivos, pois abordará as peculiaridades acerca do tema escolhido por meio de um levantamento bibliográfico. Sendo a pesquisa caracterizada como teórica, através da análise doutrinária será possível redesenhar concepções acerca da temática que enseja a pesquisa realizada.

Em virtude da complexidade do tema, não iremos zerar as dúvidas, todavia o objetivo é pelo menos incitar o debate quanto às práticas de praxe que não são questionadas, e quanto à realidade e a coerência daquilo que é julgado como correto.

1 CONTEXTO E SURGIMENTO DA NOÇÃO DE MÍNIMO EXISTENCIAL

Com o fim da segunda guerra mundial e essencialmente com a criação da ONU surgiu um novo contexto de discussão e elaboração dogmática e doutrinária acerca dos direitos humanos ou direitos fundamentais, que têm em tal paradigma concepções diversas, segundo Ana Paula de Barcelos (2002). Neste sentido, os direitos humanos trariam a concepção de ideais metafísicas, derivadas da própria natureza humana, no entanto direitos fundamentais seriam reconhecidos positivamente, segundo o que esclarece a mesma autora.

Em tal contexto, surgiram diversos tratados e organismos internacionais visando à proteção dos direitos humanos, bem como o surgimento de cortes internacionais para tutelá-los, no entanto, tal arcabouço não foi capaz de coibir, de maneira eficaz, a violação desse núcleo essencial de Direitos em sua modalidade comissiva ou omissiva (BARCELOS, 2002).

O desenvolvimento das formas de comunicação em massa, mormente redes sociais, que são corolário dos avanços da tecnologia da informação trazem o espanto quando revelam, em diversas partes do mundo, patentes violações aos direitos humanos em um contexto de arrefecimento do chamado socialismo real, em uma forte globalização econômica, por essa razão, mínimo existencial ganha o viés de uma subcategoria dos direitos fundamentais.

É interessante frisar que os direitos fundamentais somente podem ser obtidos com relação a uma ordem constitucional concreta, em outras palavras o que é fundamental para uma sociedade pode não ser para a outra ou ainda não ser da mesma forma. Neste contexto, Sarlet afirma que:

O que não afasta a necessidade de se considerar a existência de categorias universais, portanto são universalizáveis no que diz com a fundamentalidade de certos valores, como é o caso da vida e da dignidade da pessoa humana, ainda que também estes valores careçam de uma adequada contextualização, especialmente quando se cuida de transformá-lo em realidade. É, pois, justamente considerando o elo entre direitos fundamentais

sociais, vida e dignidade da pessoa humana, que, ademais, dizem com necessidades existenciais de todo e qualquer indivíduo que se examina o assim designado mínimo existencial e sua relação com os direitos sociais (SARLET, 2007, p.88).

A noção de um direito fundamental e, portanto, também de uma garantia fundamental às condições materiais que asseguram uma vida com dignidade ao indivíduo. Desse modo, sabe-se que há a vinculação dos direitos fundamentais com a garantia do mínimo existencial.

Assim, é salutar a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma existência digna. Com efeito, na “doutrina do Pós-Guerra, o primeiro jurista a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof” (SARLET, 2010, p.20).

Nesse pensar, Sarlet continua sua ilação que:

Que no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada (SARLET, 2010, p.20).

Um ano depois da formulação por parte de Bachof, afirma, Sarlet (2010, p. 20), o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando com base no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, uma vez que o indivíduo na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser considerado, portanto, como titular de direitos e obrigações, e assim, implica a manutenção de suas condições dignas.

Desse modo, as imbricações do mínimo existencial retoma-se a concepção tradicional da doutrina sobre os direitos fundamentais enquanto conjunto categorizado da seguinte forma: direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais, sendo esta última uma acepção de direitos sociais, econômicos

e culturais (BARCELOS, 2002).

Os direitos individuais ganham a conotação de direitos de liberdade, que se desdobra em liberdade religiosa, civil e profissional, liberdade de expressão, de opinião, de ter propriedade privada, dentre outras. Sob outro prisma, os direitos políticos identificam-se com o núcleo da igualdade que resulta da necessidade de participação política.

Outra categoria de direitos fundamentais representa especial interesse em relação à concepção de mínimo existencial, a que agrega a noção de direitos sociais, econômicos e culturais, e a mera positivação desses direitos não foram capazes de significar sua realização efetiva, visto que representam, ainda, um conjunto de dificuldades de ordem técnica e teórica ainda não solucionadas, nesse passo, a noção de mínimo existencial surge como uma tentativa de dirimir tais entraves (BARCELOS, 2002).

Avançando no que leciona a mesma autora, enumeram-se dificuldades teóricas e filosóficas que não se ajustam a efetividade dos direitos sociais como as razões do dever em se prover essas necessidades sociais básicas de qualquer ser humano, dissociando-se de concepções socialistas, aliado ao argumento de que a positivação desses direitos não foi capaz de superar entraves econômicos para realização de tais direitos, além da imprecisão de seus conceitos.

Há ainda o destaque do registro doutrinário, em âmbito geral, de que os direitos sociais dependem de prestações positivas estatais para sua concretização e enfrentam, em função disso, limitações econômicas para o seu implemento. Por via de consequência afirma, ainda, que malgrado haja a previsão de tais direitos em normas positivadas, essas não se tornam, automaticamente implementáveis pelo Estado, visto que o Poder Judiciário não teria atribuição para tutelar o orçamento público sob esse ponto de vista. Assim, esses direitos não seriam subjetivos (BARCELOS, 2002).

No aspecto hermenêutico, os direitos sociais refletem a dificuldade da classificação de seus institutos enquanto princípios ou regras, de modo que se simplifica tal problemática quando o direito social em espécie é carreado por uma norma de caráter definidor, com a indicação precisa da criação do respectivo direito subjetivo (BARROSO, 1996).

Quando os direitos sociais perfazem as características de princípios, refletem a dificuldade em relação à produção de seus efeitos, tendo em vista, principalmente, a tradição positivista arraigada no pensamento jurídico pátrio, e traz à discussão o panorama atual da doutrina brasileira acerca de sua eficácia, categorizada enquanto eficácia interpretativa, na qual princípios e normas programáticas orientam a interpretação de normas em geral, inclusive normas constitucionais; e eficácia negativa, que traduz a ideia de invalidade à todas as normas que contrariem o princípio em questão, ou seja, exclui-se da aplicabilidade jurídica a norma que não se compatibilize com o princípio, sendo expressão de tal entendimento a noção de vedação ao retrocesso, visto que o arcabouço principiológico não possuiria razão outra senão a da ampliação de tais direitos (BARCELOS, 2002).

A concepção de mínimo existencial representa, segundo a doutrina, no pensamento da mesma autora, uma noção de subconjunto dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais, minimizando o problema dos custos por ser menor do que uma definição geral, mais abrangente, e da imprecisão de seu conteúdo, de modo a poder-e exigir sua realização pelo Estado.

Passa-se, então à análise do mínimo existencial sob a visão de três autores: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy.

1.1 O MÍNIMO EXISTENCIAL NA CONCEPÇÃO DE JOHN RAWLS

Duas noções fundamentais balizam a teoria de Rawls (1992). A primeira parte de uma premissa individualista e liberal

do homem enquanto ser racional que possui concepções próprias sobre a sociedade, a justiça e o bem, assim como projetos próprios de objetivos pessoais. Sob esse aspecto o mesmo autor propõe um novo contrato social, em uma condição inicial na qual cada indivíduo desconhece a posição social que irá ocupar, ainda não dispendo, também, sobre seus projetos individuais.

Parte-se, por consequência, de uma noção de racionalidade e imparcialidade, que seria alcançada por essa condição inicial, de modo que cada indivíduo concordará com um conjunto básico de princípios norteadores da estrutura social, em uma espécie de contrato social que balizaria um rol inviolabilidades e bem-estar alcançáveis.

A segunda concepção fundamental de Rawls (1993), refere-se à estrutura desse pacto inicial formado entre os indivíduos enquanto expressão da “justiça processual perfeita” enquanto padrão e procedimento aptos a produzir um resultado justo; por outro lado a “justiça processual imperfeita” expressa-se quando há uma dinâmica processual justa sem que se garanta um resultado correspondente e a “justiça processual pura” implementa-se quando, mesmo na ausência da definição de critério para um resultado justo há uma expressão processual correta e equitativa que, quando aplicada permite que seja alcançado o resultado esperado, sendo este último modelo o adotado pelo autor.

Observa-se, portanto, que para a noção rawlsiana de justiça não há um resultado estabelecido previamente, para tal fim, que encontre a consensualidade entre os indivíduos, dada a diversidade de suas concepções e projetos individuais, portanto, pretende estabelecer um procedimento equânime conducente a um resultado que, ao menos, não seja injusto (RAWLS, 1993).

Em “Uma Teoria da Justiça”, John Rawls (1993) traz a ideia de mínimo social enquanto conjunto básico de condições materiais, que seria pressuposto de equidade para os procedimentos adotados pelos indivíduos em estado inicial. A ausência

desse pressuposto destruiria a lógica procedimental construída, assim, cada pessoa deve ter acesso a um sistema de liberdades indistinto, e as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas de modo a beneficiar, em escala maior, os menos favorecidos, proporcionando equidade nas oportunidades.

Destaca-se, então que a noção de mínimo existencial perpassa por uma posição equitativa de oportunidades, garantindo-se necessidades básicas aos indivíduos, enquanto pressuposto lógico de toda essa construção. Nesse mister, destaca-se o princípio da diferença, que deve, necessariamente, ter sua origem em uma construção legislativa e política que vise a ampliação das oportunidades aos menos favorecidos (BARCELOS, 2002).

1.2 O MÍNIMO EXISTENCIAL NA CONCEPÇÃO MICHAEL WALZER

Para Walzer (1983) a concepção de justiça parte da ausência de dominação, ou seja, posiciona-se contra qualquer forma de subordinação baseada em bens sociais. Diferentemente de Rawls (1993), e sua concepção individualista, nota-se um pressuposto teórico baseado em uma dimensão social ou coletiva, embora reconheça a dimensão individual do homem.

Segundo essa perspectiva social, há o compartilhamento de memórias, identidades e projetos de futuro, portanto, o mesmo autor entende ser possível que os indivíduos cheguem a um consenso não apenas em relação a procedimentos para se atingir uma finalidade comum, mas também a valores materiais comuns adequados a determinado grupo social.

Neste pensamento, o autor enfatiza que não há universalização conceitual em tal sentido, visto que os procedimentos e noções de justiça resultam do compartilhamento de valores e do sentido social conferido aos bens em cada comunidade, enquanto resultado de sua expressão cultural, de modo que cada bem social deverá ser distribuído de acordo com as concepções

construídas acerca dos ideais de bem-estar realizados em cada contexto e utiliza, para tanto, três critérios: a troca em um livre mercado, o mérito e a necessidade sem dominação, em virtude da posse dos bens, em nenhuma das esferas.

Ressalta-se, que Walzer (1995) não desenvolve uma noção de mínimo existencial enquanto condições materiais mínimas independentemente da noção comunitária por si esposada, no entanto, assente diretamente a algumas prestações sociais tidas como relevantes para o aperfeiçoamento de tal conceito como a necessidade à assistência social e a igualdade no que corresponde ao acesso à educação básica. Nesse particular, defende a imprescindibilidade do ensino elementar.

Conclui-se, que o autor não se queda a uma delimitação conceitual acerca do mínimo existencial, no entanto, preocupa-se com um modelo geral de justiça social, baseado na autonomia que respeita as particularidades valorativas e culturais de cada sociedade e também teoriza acerca da justiça distributiva no âmbito democrático e liberal (BARCELOS, 2002).

1.3 O MÍNIMO EXISTENCIAL NA CONCEPÇÃO ROBERT ALEXY

Robert Alexy (1993) empreende análise das normas constitucionais traçando diferença em relação a seu aspecto qualitativo, distinguindo-as entre princípios e regras. Estas últimas admitem duas posturas, pela sua aplicabilidade ou não, a depender da análise de sua validade, não se admitindo juízo de graduação. Com os princípios adota-se postura hermenêutica diferente, ao passo em que são considerados mandamentos de otimização, devendo ser aplicados na maior medida possível. Demandam, assim o exercício da ponderação.

Há limites que podem restringir a aplicabilidade de um princípio, que seriam regras que pontualmente estabelecem alguma exceção ou outros princípios também aplicáveis ao caso,

que buscam, também sua maximização e aplicação ao caso concreto. Na ocasião em que princípios entram em colisão deve haver a preferência ponderada por um, sem, contudo importar a exclusão do outro da ordem jurídica. Destaca-se que a norma principiológica representa, na lição do mesmo autor, um caráter programático que conduz a proteção de um valor, sem indicar as formas precisas de sua concretização, de modo que a ponderação reduz tal extensão a extrair do princípio uma norma a ser aplicada *in casu* (ALEXY, 1997).

No tocante ao mínimo existencial entende Alexy (1993) que se constitui em uma regra de contorno constitucional enquanto resultado da ponderação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real.

Extrai-se da dignidade humana o núcleo central do que se entende por mínimo existencial, na visão do mesmo autor, tornando apreciáveis pelo Poder Judiciário as medidas pertinentes a objetivos correlatos. Entende, no entanto, que há três outros princípios que se opõem a essa ideia extensiva, quais sejam: a separação dos poderes, a competência do legislador democrático e o limite imposto pelo direito de terceiros. Postos em confronto, cabe o exercício da ponderação entre esses princípios na verificação de qual se aplica em maior escala ao caso concreto (ALEXY, 1993).

De tal exercício de ponderação conclui-se, de acordo com a mesma doutrina, pela prevalência da dignidade da pessoa humana, devendo-se buscar mecanismos de concretização que sacrifiquem, na menor medida possível, os demais princípios. Nesse momento, exsurge o mínimo existencial como regra enquanto reunião de condições materiais mínimas inerentes ao indivíduo, considerado nas circunstâncias de sua dignidade (BARCELOS, 2002).

2 A RESERVA DO POSSÍVEL E SEU CONTEXTO SOCIAL, POLÍTICO E JURÍDICO

O Estado é o garantidor da efetivação das demandas sociais, através das políticas públicas. Nesse pensar, o Estado está obrigado a garantir parte do orçamento público para garantia das tutelas das necessidades públicas. No entanto, a atividade prescricional estatal não possibilita alcançar e erradicar as mazelas sociais, pelo contrário, as demandas sociais crescem em progressão geométrica, enquanto que as alocações de recursos orçamentários tendem a crescer em progressão aritmética.

Nesse mesmo caminhar, Figueiredo (2007, p. 131), sintetiza tal celeuma como sendo “o instituto da reserva do possível, que está além da simples prestação material do Estado, alcança também a realização dos direitos na sua dimensão positiva”.

Com base nessa teoria, da reserva do possível, Canotilho (2003), argumenta que a mesma teve sua origem na Alemanha a partir anos de 1970. De acordo com a compreensão de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que os direitos fundamentais seriam dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.

Por conseguinte, a reserva do possível segundo Krell (2002) passou a traduzir a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, ou seja, essa disponibilidade estaria ligada as decisões governamentais, sintetizadas no orçamento público.

Desse modo, para se compreender a concepção acerca da reserva do possível, faz-se necessária a sua contextualização social e política, mormente na realidade brasileira na qual há difusão do ideário neoliberal, que destacam a cisão entre os planos jurídico e econômico, com a prevalência deste último (OLSEN, 2008).

Nesta teia, a dogmática constitucional de plena eficácia

dos direitos fundamentais sociais surge com a promulgação da Constituição Federal de 1988 transpareceu o viés democrático que positivou normas com o escopo de implantar o “Estado Social Democrático De Direito” (OLSEN, 2008, p.176). Sob o aspecto social, busca-se o ponto de encontro entre liberdade e igualdade, direcionados à realização material, em um contexto no qual os direitos sociais ganham a indumentária da fundamentalidade.

É interessante observar que o contexto político e social emergente do texto constitucional, trouxe a lógica do capital em seu bojo, com o respeito a liberdade individual, autonomia privada e a regulação estatal da economia com base em princípios da dignidade humana. Transparece, assim, o desenvolvimento de uma dogmática não mais baseada na hierarquia kelseniana, mas sim de uma Constituição que assume a posição de “centro irradiador do sistema jurídico, não necessariamente em ordem, mas em desordem” (OLSEN, 2008, p.176). Passou-se, então, à defesa infrene da plena efetividade das normas constitucionais (CLÈVE, 2003).

Não se pode ignorar os entraves que o pensamento neoliberal representa a plena efetividade dos direitos fundamentais, somados, dentre outros, a ineficiência de uma jurisdição constitucional atuante. Neste sentido, do pensamento neoliberal ganhou força com o fim da segunda guerra mundial enquanto movimento de integração das comunidades nacionais e diminuição das distâncias entre os povos e facilitar a circulação de informações, capital e pessoas, no contexto de uma globalização com diversas expressões, inclusive social e cultural, de modo que o fator econômico é o propulsor dos demais. Tal contexto torna-se marca de relações comerciais com menos dirigismo estatal, no qual entidades privadas tornam-se as gestoras da economia global (OLSEN, 2008).

Analisa Ana Carolina (2008) que, em especial no Brasil, a partir de 1989, com a eleição direta de Fernando Collor de

Melo houve a reorganização da estrutura democrática do Estado que se assentava em bases ditatoriais, ainda fruto do regime militar precedente. Tal mudança política resultou em um constitucionalismo com tendências sociais marcantes, ao revelar direitos fundamentais presentes nos objetivos e princípios estruturantes da Carta Federal.

Ao avançar no nesse raciocínio, observa-se o contexto de crise do estado de bem-estar social, que transparecia os desmedidos gastos públicos em uma estrutura ineficiente de implantação de programas sociais e forte dirigismo estatal no mercado. Surgem, então, a ideia do mercado regulador, e a consequente ampliação do seu espaço de atuação econômica, fato que influenciou a estruturação jurídica e política do Brasil na década de 90.

Passou-se, então, ao confronto entre os objetivos constitucionais de redução das desigualdades com a realização dos direitos fundamentais sociais e, por outro lado, defrontou-se com a inefetividade de tais fundamentos, como resultado da debilidade econômica e do malbaratamento das estruturas administrativas responsáveis pela prestação dos serviços públicos.

Em tal contexto o argumento da reserva do possível ganha força frente aos reclames jurisdicionais derivados do rol de direitos sociais fundamentais então entalhados no texto constitucional, na tentativa de adequar as necessidades de realização dos direitos fundamentais frente as limitações orçamentárias alegadas pelo Estado frente a essas demandas.

Vicente Paulo Barreto (2003), rebate ao que se refere como falácias do pensamento neoliberal para negar a natureza dos direitos sociais como direitos fundamentais. Afirma que esses direitos não tem apenas o condão de compensar desigualdades, mas sim de promover o bem comum; que dependem mais de escolhas políticas do que de uma economia forte; e por fim, que o argumento da escassez de recursos para o implemento de políticas que visem a realização dos direitos sociais,

comprometem a própria noção de integridade dos direitos humanos.

Nesta esteira, a reserva do possível enquanto elemento característico dos direitos fundamentais recebe a influência do pensamento neoliberal no constitucionalismo atual, tendo em vista os tão debatidos contornos econômicos da realização dos direitos fundamentais, que muitas vezes oculta-se sob o viés da cientificidade jurídica, como se o antigo problema da escassez da economia fosse fator que se prorrompeu em tempos próximos (OLSEN, 2008).

Em relação aos custos dos direitos – a posição dos autores Cass Sustein e Stephen Holmes (1999) – colocam em evidência a dimensão econômica para a realização dos direitos, ao passo em que dependem do implemento de políticas públicas e da mobilização do aparelho estatal e mesmo os de efetivação negativa são tuteláveis pelo Poder Judiciário, que também mobiliza recursos para o seu funcionamento. Tal noção contradiz a doutrina neoliberal ao afirmar que as liberdades não importariam em custos significativos para o estado, no entanto, os direitos sociais importam elevados custos para sua concretização.

Na mesma linha de raciocínio, os autores destacam que a efetivação dos direitos depende do fluxo orçamentário disponível para sua realização, no entanto advertem que em face de limitações econômicas, escolhas devem ser feitas na destinação dos recursos, visto que algumas necessidades serão atendidas enquanto outras não. Nesse aspecto, evidências a prevalência da dimensão econômica sobre a teoria dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido Sarlet (2010) aduz que a reserva do possível apresenta pelo uma dimensão tríplice:

- a) A efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no nosso sistema constitucional federativo; c) já na

perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também na sua razoabilidade (SARLET, 2010, p.30).

Destarte, resta dizer que os elementos desenvolvidos por Sarlet (2010) estão intimamente ligados entre eles e com outros princípios constitucionais. Por isso exige um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais possam servir como auxílio para a garantia dos direitos sociais de cunho prestacional, por exemplo.

Desse modo, a reserva do possível como limite imamente da dimensão positiva dos direitos sociais, parte de uma concepção normativa do direito jusfundamental, a medida em que pressupõe, o âmbito de definição e aplicação da norma como o conteúdo interno que definiria seus limites imanentes, portanto, a escassez de recursos é um elemento a ser observado quando da construção do jurídica a ser positivada. Portanto, o exercício de interpretação da norma se dá em um momento anterior a sua aplicação, ou seja, ainda em sua gênese e os limites estabelecidos pela reserva do possível seriam verificados exatamente nos limites estabelecidos pela norma. Assim, há de se observar quais seriam as consequências do estabelecimento dos limites da reserva do possível no âmbito da própria norma definidora de direitos fundamentais (OLSEN, 2008).

Em vista disso, as consequências para a proteção dos direitos fundamentais sociais recaem em adequar a concepção de reserva do possível às limitações materiais enfrentadas pelo Estado parece razoável de acordo com lógica elementar da limitação de recursos, no entanto, tal instituto costuma ser usado para fazer frente à mobilização da estrutura administrativa no cumprimento de reclames sociais mínimos tendo em vista unicamente o custo que importante, fato que traz complexidade a tal questão, se observada como limite imamente da respectiva norma

fundamental (OLSEN, 2008).

Mais adiante, a autora esclarece que se a dimensão do custo do direito tutelado integrar a formação do conteúdo normativamente protegido, abre-se espaço a uma perigosa discricionariedade para a administração pública definir as alocações orçamentárias correspondentes. É justamente esse o ponto que, na concepção da reserva do possível como limite imanente dos direitos fundamentais sociais, pode ser temerário em termos de efetividade, ou seja “[...] ver na reserva do possível um limite imanente dos direitos fundamentais, ainda que seja logicamente aceitável, gera um grave enfraquecimento do sistema de proteção a esses direitos[...]” (OLSEN, 2008, p. 191).

Dessa maneira, sob essa ótica a reserva do possível enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais, considera-se a reserva do possível como um elemento externo a formação normativa dos direitos fundamentais, ou seja, é vista como recurso necessário à efetivação da norma (OLSEN, 2008).

A escassez de recursos na teoria externa das restrições aos direitos fundamentais incide nos direitos fundamentais sociais, e as condições impostas pela reserva do possível não atingiram a amplitude da norma subjacente, mas influenciaria na eficácia da mesma, dada a limitação de recursos materiais para o implemento de políticas públicas voltadas à realização de direitos (OLSEN, 2008).

Diante de tal raciocínio, depreende-se que enquanto elemento externo, torna-se possível a compatibilização da reserva do possível, mediante ponderação, relacionada a componentes de natureza fática que envolvem a realização do direito fundamental social sob análise e seus elementos normativos.

Neste sentido, Ana Carolina (2008) afirmar que as condições fáticas para a realização de direitos, como limitação de recursos, por exemplo, são questões relevantes, que não podem descartadas, no entanto, viabiliza-se o exercício de ponderação pelo que afirma Alexy (1993) acerca da conceituação de

princípios enquanto “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”. Embora faça tal apontamento, destaca que há diferença entre a escassez de recurso resultante da inexistência de verba ou da impossibilidade de conseguí-la, e a proveniente da má alocação de despesas orçamentárias. Nesse passo, destaca a responsabilidade pela decisão política na distribuição da riqueza e seu impacto na amplitude da reserva do possível, na qual um controle de proporcionalidade mostra-se indispensável.

Ao finalizar esta linha de raciocínio, Ana Carolina (2008) destaca a importância do princípio da igualdade enquanto elemento de sopesamento relevante na análise e aplicação do mínimo existencial, quando há escassez econômica, devido a contemplação de bens jurídicos distintos no momento da alocação de recursos.

No que se refere o conceito de reserva do possível, compreende-se que a temática tratada de maneira heterogênea pela doutrina, embora haja um norte delimitador de sua concepção, qual seja as limitações fáticas que condicionam a aplicação do direito. Não existe, portanto, consenso acerca de sua natureza jurídica enquanto norma ou princípio, bem como de sua conceituação (OLSEN, 2008).

Analisando terminologicamente a reserva do possível tem o condão de afirmar que um dado direito se efetivará com base nas limitações fáticas existentes, condicionantes de seu implemento. Sob esse aspecto, tanto a doutrina quanto os tribunais divergem ao tratar essa temática como um princípio, um postulado ou condição de realidade. Não tem caráter principiológico, por não representar um mandamento de otimização, conforme ensina Alexy (1993). Aproxima-se mais do conceito de cláusula ou postulado pela representação de seu conteúdo eminentemente normativo.

Segundo Humberto Ávila (2004) um postulado não está sujeito ao exercício da ponderação, nesse passo, torna-se mais

adequado tratar da reserva do possível como condição de realidade que influencia na efetivação de direitos fundamentais.

Avançando nesse raciocínio, a autora afirma que a reserva do possível representa uma condição de realidade, de modo que determinado instituto jurídico que estabeleça a existência de um direito fundamental, não pode dissociar-se das condições de possibilidade, muitas das vezes, materiais, para sua efetivação, ou seja, dados essenciais que correspondem a sua aplicabilidade dentro do que é logicamente realizável.

No mesmo viés de análise, a ideia de reserva do possível traz a necessidade de se verificar a existência dos recursos necessários à instrumentalização do direito fundamental quando sindicado no Poder Judiciário, no entanto deve-se averiguar se é caso de inexistência de recursos ou de uma má alocação orçamentária que o inviabiliza, de modo que programas sociais de norte constitucional acabam por ser preteridos em face de cifras puramente econômicas totalmente absorvidas pela lógica neoliberal.

Nesse paradigma, a reserva do possível apresenta-se como um excelente argumento para o Estado se furtar da necessidade de implementação de direitos fundamentais sociais, e principalmente esses por importarem um deslocamento maior das finanças públicas. A lógica consciente de implementação do mínimo existencial faz da escassez de recursos um movimento político primordial de estabelecimento prioritário dos programas de governo voltados à efetiva realização de tais preceitos.

3 OS CONTROLES DE RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E EXCESSIVIDADE NA VISÃO DE HUMBERTO ÁVILA, E SUA IMPORTÂNCIA NO DIÁLOGO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL.

Dada a necessidade do equacionamento entre o mínimo existencial e a reserva do possível, para a realização dos direitos

fundamentais em sua plenitude, torna-se indispensável a verificação de critérios norteadores, matizados constitucionalmente, para a aplicação de normas e eleição de escolhas administrativas que impactam diretamente a concretização do núcleo essencial de garantias albergadas no ordenamento constitucional.

Por essa razão, utiliza-se o escólio de Humberto Ávila (2004), para o esclarecimento de tais critérios principiológicos, sem, contudo, afastar o exercício da ponderação, anteriormente exposto, sempre no afã de demonstrar que a discricionariedade administrativa no momento da alocação de verbas ou eleição políticas públicas pertinentes à temática dos direitos fundamentais, torna-se sindicável pela verificação da eficácia necessária a tal concretude, quando parte da concepção de um estado de direito democrático voltado ao atendimento das necessidades sociais eminentes.

Segundo essa linha teórica (Ávila, 2004), os atos estatais são vistos, grande parte das vezes como excessivos, desproporcionais ou irrazoáveis, tomando-se essas acepções como sinônimos, pelo que se faz necessário tais distinções, visto que são diferentes espécies de controles materiais de constitucionalidade, conforme se verá.

No tocante aos modos de controle material de constitucionalidade a importância dos exames da razoabilidade, proporcionalidade e excessividade, pelo que se observará, em linhas gerais, a importância de cada um.

3.1 RAZOABILIDADE

A razoabilidade, observada enquanto corolário do Estado de Direito tem o viés de proibição ao exercício arbitrário do Poder. Traz como uma de suas exigências a harmonização da norma geral com os casos individuais, ou seja, a interpretação de tal conteúdo normativo levando-se em consideração os aspectos individuais trazidos pela situação fática, além da necessidade de

harmonização das normas com suas condições externas de aplicação, que prima pela existência de uma causa real que justifique a adoção de qualquer medida imposta ou adotada pela força estatal, de maneira congruente à ordem constitucional (ÁVILA, 2004).

Ainda discutindo a razoabilidade destaca-se a necessidade da existência de relação de coerência lógica na consistência interna entre as normas jurídicas ou também no sentido de consistência externa do conteúdo normativo com o arcabouço circunstancial que envolve a sua aplicação.

O autor ainda destaca a importância da equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona para efeito do controle material da razoabilidade, então pretendido, de modo que tal verificação não se confunde com as avaliações de proporcionalidade e excessividade, que devem ser observadas alhures (ÁVILA, 2004).

Humberto Ávila (2018) esclarece que a razoabilidade, enquanto postulado normativo funciona como elemento estruturante de aplicação de outras normas, princípios e regras, principalmente nessas últimas, sendo utilizada, também em diversas acepções, dentre as quais se destacam três principais, quais sejam, enquanto equidade, congruência e equivalência, conforme se verá.

A razoabilidade como equidade traz o entendimento de que tal postulado exige que a norma geral harmonize-se com a situação individual. Atua como verdadeiro matiz interpretativo dos fatos descritos nas regras de caráter jurídico. Traduz-se no meio pelo qual preserva-se a eficácia de princípios axiologicamente prevalentes.

Ainda sob o mesmo viés equitativo, destaca-se o papel da razoabilidade como instrumento hábil a verificar se as circunstâncias fáticas estão dentro da normalidade conducente ou se a aplicação da regra geral harmoniza-se ao caso concreto, visto que em tais hipóteses, há imposição vertical de um

princípio no ato interpretativo, de modo que não há, nessa situação uma imbricação principiológica horizontal.

Observa-se, também, avançando sob o mesmo viés, a inexistência de uma relação de causalidade entre meio e fim, tal qual ocorre no exame da proporcionalidade, quando se distingue, de maneira empírica meio e fim. Desse modo, ao se analisar a razoabilidade sob a ótica da equidade, depreende-se que não há espaço para afirmar que uma ação é um instrumento hábil a promover a realização de um estado de coisas (ÁVILA, 2018).

Em contrapartida, observa-se que interpretação diferente acerca das circunstâncias fáticas do caso concreto, culminaria, inevitavelmente, com a restrição de algum princípio albergado constitucionalmente, como, por exemplo, o devido processo legal.

Em outro olhar, o mesmo autor lembra que o destaque ao aspecto individual faz-se necessário no momento em que a generalização normativa não é suficiente para a adequada aplicação, levando-se em conta que, em determinados casos, devido a especificidades, a norma geral não traz em si os elementos de concreção necessários.

É igualmente importante, no sopesamento da razoabilidade, nos casos concretos, a distinção entre incidência e aplicabilidade da normativa. Para tal fim, esclarece que o implemento das condições previstas na hipótese de uma regra não importam, por si só, sua concretização, sendo esta uma das principais razões de sua importância, como se vê:

[...] Essa concepção de razoabilidade corresponde aos ensinamentos de Aristóteles, para quem a natureza da equidade consiste em ser um corretivo da lei quando e onde ela é omissa. Essas considerações levam à conclusão de que a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua da interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (ÁVILA, 2018, p. 198/199).

Determinada regra torna-se aplicável se suas condições são satisfeitas e sua implementação não é subtraída por razão existente na própria regra ou pela existência de um princípio que estabeleça concepção contrária.

Enquanto congruência, a razoabilidade exige que as normas se harmonizem com suas condições externas de aplicação, ou seja, trata-se de um postulado que exige para seu aperfeiçoamento a existência de um suporte empírico correlato, para estabelecer a necessária vinculação com a realidade, e assim faz-se o exercício de interpretação da norma, confrontando-a com caso concreto, ou seja a fundamentação na natureza das coisas (ÁVILA, 2018).

Ainda sob o mesmo viés da razoabilidade enquanto congruência, Humberto Ávila (2018) esclarece que se trata da vinculação entre medida e critério, enquanto grandezas que devem guardar relação coerente entre si. A primeira seria a conduta adotada como eleição, que, necessariamente, deve guardar relação de equivalência com o segundo que funciona como elemento de distinção qualitativo.

Importante ressaltar que a medida, na razoabilidade-congruência, é uma conduta que deve guardar relação de equivalência a um critério definidor dentro de uma relação fática determinada, ou seja, representa em si uma análise de correspondência entre essas duas grandezas, diferentemente do que ocorre em relação a medida na proporcionalidade, posto que essa vem sob um viés concreto, e dirigido a uma finalidade específica, qual seja promover um estado de coisas.

Sob a ótica do Estado de Direito, observa-se a importância da estrutura sistêmica de seus princípios, e mormente o devido processo legal impede o uso de razões arbitrárias enquanto elementos de fundamentação. Destaca-se, mais uma vez, que a imprescindível a vinculação com a realidade constitucional e fática.

É necessário, também, que exista congruência entre o

critério de distinção escolhido e a medida adotada à luz do princípio da igualdade, visto que o uso de critérios distintivos inadequados ocasiona diferenciações que não têm por base a justiça. Há razoabilidade também na aceção de equivalência entre critério e medida.

3.2 PROPORCIONALIDADE

Quando há o questionamento se a finalidade pretendida pelo administrador poderia ser atingida de outra forma mais suave aos princípios fundamentais, reflexamente, busca-se verificar se tal ato foi, ou não, desproporcional.

O Exame da proporcionalidade perpassa pela adequação entre meios e fins. Veda a imposição de restrições e sanções em medida superior a necessária. Torna indispensável a valoração de todos meios à disposição para a consecução de determinado objetivo, conforme se observa:

[...] qualquer ato estatal, para ser considerado válido, deve preencher três requisitos: adequação (o meio deve contribuir para a promoção do fim, pois sua utilização só é justificada pelo fim, não sendo ele promovido, o uso do meio acaba não mãos possuindo justificativa). Necessidade (o meio deve ser o mais suave dentre os meios disponíveis, pois o Estado não apenas tem a obrigação de atingir seus fins próprios, mas, também, tem a obrigação de proteger ao máximo os direitos dos particulares, e isso somente é possível se ele adotar o meio menos restritivo) e proporcionalidade em sentido estrito (o meio deve proporcionar vantagens superiores as desvantagens, pois o Estado, tendo obrigação de realizar todos os princípios constitucionais, não pode adotar um meio que termine por restringi-los mais do que promove-los em seu conjunto) (Humberto Ávila, 2004, p. 373).

Assim, constata-se que a atuação estatal deve ser pausada, sempre, pela ponderação de todos os interesses envolvidos, enquanto medida racional e necessária para a conciliação das necessidades dos grupos sociais atingidos pela atitude estatal, e o interesse público defendido pelo Estado.

A proporcionalidade enquanto postulado normativo exige do legislativo e do executivo a escolha de meios para a realização de determinados fins, de modo que os primeiros devem ser adequados, necessários e proporcionais, visando a realização de seus fins. Diferentemente da análise da razoabilidade, a relação que aqui deve ser analisada se dá entre medida e finalidade e ser atingida (ÁVILA, 2018).

Frisa-se que meio e fim, seguindo a mesma doutrina, são elementos distinguíveis empiricamente e devem representar uma relação estruturada e controlável intersubjetivamente, de modo que a proporcionalidade jamais poderá representar um espelho de valores unicamente subjetivos do julgador, tendo em vista a crescente importância que a proporcionalidade vem assumindo na construção doutrinária brasileira enquanto critério de controle dos atos estatais.

Nesse sentido, a proporcionalidade ganha relevância enquanto postulado estruturante da aplicação principiológica, a medida em que demonstra concretamente uma relação de causalidade entre meio e fim. Tal fim assume a significação de um estado de coisas a ser promovido, em um contexto no qual os princípios estabelecem os deveres de seu estabelecimento, de modo que a aplicação do postulado da proporcionalidade pressupõe “a determinação progressiva do fim. Um fim Vago e indeterminado pouco permite verificar se ele é, ou não, gradualmente promovido pela adoção de um meio [...]” (ÁVILA, 2018, p. 208).

3.3 EXCESSIVIDADE

A proibição do excesso tem sido aplicada pelo STF em associação à proporcionalidade ou liberdade de comércio, sua base racional remete à noção de que todos os direitos e princípios, ainda que possam ser restringíveis não podem ser feridos em sua essencialidade. Identifica-se tal núcleo pela porção do

conteúdo do direito sem a qual não há viabilidade da existência de sua mínima eficácia.

[...] o Supremo Tribunal Federal constatou que nenhuma medida estatal pode: a) restringir excessivamente um direito fundamental, inviabilizando-o substancialmente, independentemente do seu motivo; b) cercar, tolher ou dificultar sobremaneira o livre exercício da atividade econômica, ainda que a medida não inviabilize por completo a atividade empresarial. (Humberto Ávila, 2004, p. 377)

Nota-se que a proibição do excesso refere-se ao assentamento de um limite, acima do qual há restrição ou anulação de um direito fundamental, que não se confunde com a razoabilidade-equivalência que, além do exposto, condiz com a equivalência entre a punição e a gravidade da conduta estatal adotada.

4 LIMITES AO CONTROLE MATERIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle da constitucionalidade, exercido pelo Poder Judiciário, sobre uma intervenção estatal, pode resultar na total exclusão de uma norma considerada inconstitucional, ou alteração de percentuais por ela estabelecidos. Por essa razão, surge o questionamento acerca da sindicabilidade normativa exercida pelo Estado-Juiz. Indaga-se se tal controle não feriria a separação dos Poderes.

[...] ainda é preciso acentuar que o exercício das prerrogativas decorrentes do princípio democrático deve ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, especialmente porque restringe direitos fundamentais. Em vez da insindicabilidade dessas decisões (*Nichtjustitiabilitat*), é preciso verificar em que medida essas competências estão sendo exercidas. Nesse sentido, é importante encontrar critérios que aumentem e que restrinjam o controle material a ser exercido pelo Poder Judiciário (ÁVILA, 2018, p. 220).

Necessita-se, assim, de critérios para verificação da atividade do Poder Judiciário na sindicabilidade da atuação do Legislativo e Executivo quando pertinente ao implemento de

preceitos fundamentais, principalmente quando tangenciam os limites do mínimo existencial e da reserva do possível.

De um lado, o âmbito de controle pelo Poder Judiciário e a exigência de justificação da restrição a um direito fundamental deverá ser tanto maior quanto maior for: (1) a condição para que o Poder Judiciário construa um juízo seguro a respeito da matéria tratada pelo Poder Legislativo; (2) a evidência de equívoco da premissa escolhida pelo Poder Legislativo como justificativa para restrição do direito fundamental; (3) a restrição ao bem jurídico constitucionalmente protegido; (4) a importância do bem jurídico constitucionalmente protegido, a ser aferida pelo seu caráter fundante ou função de suporte relativamente a outros bens (por exemplo vida e igualdade) e pela sua hierarquia sintática no ordenamento constitucional (por exemplo, princípios fundamentais). (ÁVILA, 2018, p.221)

No tocante ao presente tema, o STF desenvolveu a tese do legislador negativo, segundo a qual tal função legislativa-negativa teria o condão, tão somente, de eliminar as normas incompatíveis com o texto constitucional, não inovando, portanto, na ordem jurídica, fato que resguardaria a função legisferante, típica do Poder Legislativo.

Há de se observar a existência de dois fundamentos para a teoria do legislador negativo: um de natureza formal, que significa a vedação a pronunciamento positivo emanado pela Suprema corte, em sede de controle constitucional abstrato, pois resultaria na criação de norma geral; e outro de caráter material, que proíbe ao judiciário exercer competência legislativa privativa, seja alterando ou criando norma, em homenagem ao princípio da separação dos poderes (ÁVILA, 2004).

CONCLUSÃO

Em um Estado Democrático de Direito, torna-se necessário e fundamental a efetivação da dignidade humana para toda a população. Assim, um estado preocupado com a realização do bem comum não deve se distanciar desse caminho em nenhuma hipótese. Diante da evidente complexidade da matéria, as teorias

e noções apresentadas contribuíram para a compreensão do fenômeno das políticas públicas, alocações de recursos financeiros do Estado e o respectivo controle judicial de tais ditames, constando-se a importância de se buscar a conceituação das noções de mínimo existencial e reserva do possível.

O mínimo existencial ganha importância a partir da concepção de um núcleo essencial de direitos que necessitam de eminente tutela para salvaguardar a vida e a dignidade, ao passo em que o mínimo existencial ressalva possibilidades estatais para efetivação de tais direitos, em uma dubiedade que, para guardar o mínimo de coerência deve ter a pessoa humana como fim último de toda e qualquer construção doutrinária.

Os apontamentos de Humberto Ávila (2004) lançam excelente preceito sobre critérios administrativos de escolha de condutas adotadas pelo Estado na condução da coisa pública, com vista a uma administração razoável e proporcional no sopesamento de interesses entre o mínimo existencial e a reserva do possível, representando, de um lado os direitos humanos fundamentais e de outro a correção da conduta administrativa para a satisfação de tantas rogativas materiais e constitucionais.

Neste sentido, cabe registrar que os postulados, conforme ensina Humberto Ávila (2018) funcionam como meta normas, ou seja, estabelecem um raciocínio que diz respeito à aplicação de outras normas no ordenamento jurídico. Sob esse viés, a razoabilidade-equivalência verifica a norma que implemente uma intervenção estatal com a finalidade de verificar se há congruência entre a sua dimensão e a realidade que visa concretizar. A proporcionalidade empreende investigação normativa no intuito de aquilatar a promoção da atitude estatal na medida de quais princípios estão sendo restringidos e os que estão sendo concretizados, na verificação da restrição maior ou menor aos princípios fundamentais, e a proibição do excesso examina se algum princípio fundamental não está sendo atingido em seu núcleo, para saber se há restrição excessiva ou não.

Desse modo, conclui-se que é preciso de um Estado organizado para explicar e justificar suas escolhas a sociedade, ainda é preciso demonstrar o uso dos seus critérios razoáveis, ou seja, quando diante da escassez de recursos públicos para efetivar os direitos do cidadão é primordial mostrar porque tal ou qual necessidade são ou não disponibilizadas, por que o atendimento prestado não foi adequado e dentre outras infinitas situações.

Outrossim, a reserva do possível mesmo antes de atuar como barreira para a eficiência e eficácia dos direitos sociais, sente-se a necessidade da “reserva do possível” funcionar como um instrumento de otimização dos direitos fundamentais, impondo ao Estado o dever fundamental de promover as condições para efetivar a prestação estatal em causa, preservando os direitos em discussão, além de buscar a realização dos direitos já atingidos, ainda mais quando pretende-se preservar o mínimo existencial.

Assim, a escassez orçamentária não deveria ser tratada como fundamento para afastar a obrigatoriedade de implementação dos direitos fundamentais sociais, ainda que os recursos públicos sejam limitados, o magistrado não está proibido de determinar a Administração pública o cumprimento de direitos sociais. Apesar de não ter sido objeto de discussão no trabalho a impossibilidade de interferência do Poder Judiciário em razão do princípio da separação de poderes, cumpre dizer que o Judiciário quando provocado a se manifestar, seja através de ações coletivas ou ações individuais, pode e deve garantir a efetivação dos direitos sociais, não podendo ser considerado o posicionamento uma afronta ao princípio mencionado.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid (ESP): Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- _____. *Teoría de la argumentación jurídica, Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid, 1997.
- AMARAL, GUSTAVO. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. *Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis*. Revista de Direito Administrativo, v. 236, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45034>>. Acesso em: 28 jul. 2018.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy*. In: BARCELLOS, Ana Paula de et al. *Legitimação dos Direitos Humanos*. 4. ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2002.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT,

2009.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *O Controle da Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais*. In: José Adércio Leite Sampaio (Coord.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DUARTE, Leonardo de Farias. *Obstáculos econômicos a efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra (POR): [s.n.], 2008.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra (POR): Coimbra Editora, 2010.
- OLSEN, Ana Carolina lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá.
- RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

- _____. *Uma teoria da justiça*. Editorial Presença, Lisboa, 1993.
- REVENGA SANCHÉZ, Miguel. *Los derechos sociales (Instrumentos de Garantia en La Constitucion Espanola*. In: SCAFF, Fernando Facury; RAMBOLI, Roberto; REVENGA SANCHÉZ, Miguel. (coord). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010,
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgan; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de et al. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. ver e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. v 1 – Reserva do Possível. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2010
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo, Malheiros, 2009
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel (org). *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TONIN, Marta Marília. *O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais*. Revista Jurídica – Faculdade de Direito de Curitiba. Curitiba, ano 14, n. 12, 1998.
- TORRES, Ricardo Lobo, *O Mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: C. P. De Souza Neto e D. Sarmento (org). *Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- VICTOR, Abramovich; CHRISTIAN Courtis. *Los*

derechos sociales como derechos exigibles. Madrid (ESP): Trotta, 2002.

WALZER, Michael. *Exclusion, injusticia y estado democrático* in AFFICHARD, Joëlle e FOUCAULD, Jean Baptiste (org.), *Pluralism y equidad – la justicia social en las democracias*, Nueva Vision, Buenos Aires, 1995.

_____. *Spheres of Justice – A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, USA, 1983.

_____. *Thick and Thin. Moral Argument at home and abroad*, University of Notre Dame Press, London, 1994.