

# **DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS FRENTE AOS PRINCÍPIOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Flávia Placidina é bacharel em Direito pela PUCPR, Campus Londrina.

Zulmar Fachin é presidente do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC), professor da PUC/PR (Londrina) e da UEL e membro da Comissão de Estudos Constitucionais do conselho federal da OAB.

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO .....</b>  | <b>2</b>  |
| 1.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS E SEU PROCESSO DE RECONHECIMENTO NAS CONSTITUIÇÕES ..... | <u>2</u>  |
| 1.2 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....  | <u>4</u>  |
| 1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS .....   | <u>7</u>  |
| <br>   |           |
| <b><u>2</u> A EFICÁCIA DOS DIREITOS FAUNDAMENTAIS .....</b>  | <b>10</b> |
| 2.1 A EFICÁCIA E APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....   | 10        |
| <b><u>2.2</u> O PROBLEMA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA.....</b>           | <b>13</b> |
| <br>   |           |
| <b>3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RELAÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL .....</b>                             | <b>16</b> |
| 4.1 A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DENTRO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL .....                                      | 16        |
| 4.2 A GARANTIA DAS NECESSIDADES BÁSICAS PARA A SOBREVIVÊNCIA DO INDIVÍDUO DENTRO DO CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL .....     | 20        |
| <br>   |           |
| <b><u>REFERÊNCIAS</u>.....</b>   | <b>25</b> |

# 1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO

## 1.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS E SEU PROCESSO DE RECONHECIMENTO NAS CONSTITUIÇÕES

A civilização humana, desde o começo de sua existência em sociedade até a época atual, percorreu um longo caminho, passando por incontáveis transformações, sejam elas sociais, políticas, religiosas, culturais ou econômicas. Os direitos fundamentais do homem, foram conquistados pela sociedade, construídos ao longo dos anos, através de constantes lutas que foram realizadas contra o poder opressor do Estado. Sobre o assunto, afirma Norberto Bobbio (1992, p. 5):

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez, nem de uma vez por todas.

Segundo a doutrina jusnaturalista, os direitos fundamentais do homem são aqueles que nascem da própria condição humana, inerentes a todas as pessoas, e que, posteriormente, foram positivados no ordenamento jurídico constitucional. Conforme abaixo:

O jusnaturalismo defendia a idéia de que o Estado encontra fundamento nas próprias exigências da natureza humana, e que existe um direito natural que precede ao direito positivo, é dizer, um direito que antecede as leis criadas pelo homem, algo inerente à sua vontade. Para os jusnaturalistas, o homem vivia num 'estado de natureza' que antecedia o 'estado social'. (BASTOS, 1999, p. 38)

No que tange à evolução dos direitos fundamentais, podemos afirmar que uma grande influência para solidificação e positivação de tais direitos foi o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana. O surgimento desses direitos resultou de um movimento de constitucionalização que começou no início do século XVIII, e foram reconhecidos internacionalmente a

partir da Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948.

Referida declaração foi um dos mais importantes documentos para a consolidação dos direitos mormentes a liberdade e dignidade humana. Sobre o assunto:

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto no século XX. Trata-se de um documento de convergência e ao mesmo passo de uma síntese. Convergência de anseios e esperanças, porquanto tem sido, desde sua promulgação, uma espécie de carta de alforria para os povos que a subscreveram, após a guerra de extermínio dos anos 30 e 40, sem dúvida o mais grave duelo da liberdade com a servidão em todos os tempos. (BONAVIDES, 2008, p. 574)

A doutrina dominante afirma ainda que a maior contribuição para o reconhecimento dos direitos fundamentais, inerentes a dignidade da pessoa humana, são, certamente, as idéias de ordem filosófica e religiosa, que, sem dúvida, influenciaram o pensamento jusnaturalista. Cumpre acrescentar, ainda, que o Cristianismo foi absolutamente decisivo para a formação de uma consciência mais humanitária na sociedade, haja vista a pregação da Igreja, do ideal de igualdade para todos os homens.

Conforme o ensinamento de Araujo:

Os direitos fundamentais nasceram com o cristianismo. A doutrina cristã elevava o homem à situação de semelhança a Deus, indicando a igualdade como um dos pressupostos fundamentais. Assim, o ser humano foi alçado a um novo patamar de dignidade. (ARAUJO, 2005, p. 110)

Quanto ao assunto em questão, ensina Canotilho que:

As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre *lex divina*, *lex natura* e *lex positiva*, abriram o caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens. Mas como era a consciência humana que possibilitava ao homem aquilatar da congruência do direito positivo com o direito divino, colocava-se sempre o problema do conhecimento das *leis justas* e das entidades que, para além da consciência individual, sujeita a erros, captavam a conformidade da *lex positiva* com a *lex divina*. (CANOTILHO, 2004, p.358)

Certamente não foi fácil, nem rapidamente, que ocorreram as conquistas pela sociedade contra a opressão do poder monárquico. Aos

poucos surgiam as primeiras manifestações, que pareciam ser os precursores das futuras declarações de direito humanos. Tratavam-se de documentos, nos quais “os reis da Idade Média pactuavam com seus súditos acordos, mediante os quais estes últimos confirmavam a supremacia monárquia, enquanto o rei, por sua vez, fazia algumas concessões a certos estamentos sociais.” (BASTOS, 2000, p. 166)

Um exemplo desses documentos é a “*Magna Charta Libertatum*”, como um dos principais documentos de referência a direitos fundamentais, firmada em 1215 pelos ingleses, que mencionou em seu texto legal o “habeas corpus”, o devido processo legal e a garantia da propriedade.

Segundo Bastos (2000, p. 166):

[...] a mais célebre destas Cartas, denominada em latim *Magna Carta Libertatum*, foi extraída pela nobreza inglesa do Rei João Sem Terra em 1215, quando este se apresentava enfraquecido pelas derrotas militares que sofrera.

No entanto, além de todas as influências sofridas ao longo dos anos, com base nas anotações tecidas no presente estudo, acerca da perspectiva histórica dos direitos fundamentais, é possível afirmar que foi a partir da Idade Moderna, que o problema da implementação dos direitos fundamentais passou a ser efetivamente discutido (FACHIN, 2008).

Uma das primeiras referências ao princípio da igualdade, por exemplo, surgiu com os movimentos constitucionalistas do século XVIII e revolucionário do século XIX, contribuições extremamente relevantes no nascimento das Declarações de Direitos.

A igualdade visada manifestava discordância na possibilidade da obtenção de vantagens e privilégios concedidos à aristocracia e aos monarquistas. O que se pretendia era estabelecer a viabilidade de que os mais talentosos, trabalhadores ou com outros predicados é que seriam os recompensados. Afastava-se, assim, pelo menos era esta a pretensão, de que a ninguém ou a nenhum grupo era dado o poder de conquistar vantagens previamente.(NICZ, 2008, p5)

Os direitos fundamentais, há não muito tempo, foram reconhecidos e inseridos nas constituições, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, tendo em vista o surgimento de uma preocupação internacional voltada para a proteção aos direitos da dignidade da pessoa humana, já que o perigo de

ameaça à tranquilidade universal, resultado da instabilidade das relações entre os países, era constante. A positivação desses direitos na ordem constitucional brasileira, que deu ensejo a Constituição Federal de 1988, propiciou um significativo avanço no que se refere aos direitos e garantias fundamentais.

## 1.2 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quanto à evolução dos direitos fundamentais, estes são tradicionalmente classificados pela doutrina em gerações, ou dimensões, conforme entendem alguns autores, revelando a idéia de cumulação dos direitos, e não substituição de direitos, tendo em vista que através das diversas dimensões, promove-se a adaptação do mesmo direito a uma nova realidade, ou seja, a complementação dos direitos na esfera constitucional, ao longo dos anos.

É o que demonstra a doutrina pertinente ao assunto, conforme demonstrado abaixo:

Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão 'gerações' pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo 'dimensões' dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. (SARLET, 2001, p. 49)

Tendo em vista então, as diversas transformações pelas quais passaram os direitos fundamentais, desde os surgimentos das primeiras Constituições, fala-se da existência de quatro gerações de direitos, e há quem defenda ainda, uma quinta dimensão de direitos fundamentais.

Os direitos ditos da primeira dimensão são direitos do indivíduo frente ao Estado, ou direitos de defesa, caracterizados pela não-intervenção, ou limitação da intervenção estatal na esfera da liberdade. São os direitos inerentes a liberdade, ou seja, os direitos civis e políticos, que passaram a ser objeto de preocupação a partir do século XVIII. Esses direitos, já se consolidaram em toda parte onde são reconhecidos os direitos fundamentais, estando presentes em todas as Constituições civis democráticas. (BONAVIDES, 2008)

Essa categoria de direitos, engloba, atualmente, os direitos individuais e políticos, conforme exposto abaixo:

Neste primeiro conjunto de direitos, por exemplo, encontram-se a proteção contra a privação arbitrária da liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade e segredo de correspondência. Também pertencem à primeira dimensão liberdades de ordem econômica, como a liberdade de iniciativa, a liberdade de atividade econômica, a liberdade de eleição da profissão, a livre disposição sobre a propriedade, etc. Já as liberdades políticas referem-se à participação do indivíduo no processo do poder político. As mais importantes são as liberdades de associação, de reunião, de formação de partidos, de opinar, o direito de votar, o direito de controlar os atos estatais e, por fim, o direito de acesso aos cargos públicos em igualdade de condições. (TAVARES, 2003, p. 369-370)

Os direitos da segunda dimensão, surgiram no final do século XIX, após a Segunda Guerra Mundial com o advento do Estado Social. São os direitos econômicos, sociais e culturais que devem ser prestados pelo Estado por meio de políticas de justiça distributiva.

Tais direitos podem ser conceituados da seguinte forma:

[...] os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles que exigem uma atividade prestacional do Estado, no sentido de buscar a superação das carências individuais e sociais. Por isso, em contraposição aos direitos fundamentais de primeira geração – chamados de direitos negativos –, os direitos fundamentais de segunda geração costumam ser denominados direitos positivos, pois, como se disse, reclamam não a abstenção, mas a presença do Estado em ações voltadas à minorização dos problemas sociais. (ARAUJO, 2005, p. 116)

Dentro desse contexto, Sarlet ainda pondera:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. (SARLET, 2001, p. 51)

Já os direitos fundamentais da terceira dimensão são resultado das novas reivindicações da sociedade, ao final do século XX, em virtude do impacto tecnológico e suas conseqüências, não se destinando especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, nem de um grupo ou determinado Estado, mas à proteção de direitos de titularidade coletiva ou difusa, própria do

gênero humano, tidos como valores supremos em termos de existencialidade concreta. São os direitos de fraternidade, de solidariedade, traduzindo-se num meio ambiente equilibrado, no avanço tecnológico, à autodeterminação dos povos, à comunicação, à paz, entre outros. (SARLET, 2001).

Contudo, há que sublinhar desde logo a dificuldade que enfrentam esses direitos, em nível de proteção jurídica. [...] A consequência mais veemente do reconhecimento dessa categoria ampla de interesses foi a de pôr a descoberto a insuficiência estrutural de uma Administração Pública e de um sistema judicial calcados exclusivamente no ideário liberal, que apenas comporta a referência individual, incapaz que é de lidar com fenômenos metaindividuais. (TAVARES, 2003, p. 371-372)

Os chamados direitos de quarta geração, direitos suscitados na atualidade, que, segundo Bonavides, são os direitos a democracia, os direitos a informação e os direitos ao pluralismo. O argumento é de que os direitos fundamentais precisam acompanhar a globalização que, pondo fim as fronteiras entre os países, exigem sua universalização. (2008, p. 571)

Há quem defenda ainda, a existência de uma quinta dimensão dos direitos fundamentais, porém, é um tema ainda carente de estudo e investigações. Segundo Bonavides ainda, a paz configura um direito da quinta geração, argumentando que: [...] “a dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos.” (2008, p. 583).

Tem-se afirmado, recentemente, a existência de uma sexta dimensão dos direitos fundamentais, consubstanciada no direito fundamental de acesso a água potável (FACHIN & SILVA, 2010).

Por causa dessa evolução, os direitos fundamentais estão, atualmente, cada vez mais presentes nos tratados internacionais, que se inserem no direito interno dos Estados, comprometendo-se perante a sociedade internacional, a melhorar as condições de vida do homem, respeitando seus direitos, independentemente de nacionalidade, raça ou religião, de maneira a dispor dessa tutela tendo em vista simplesmente sua condição humana.

No Brasil, os direitos fundamentais também foram, aos poucos, sendo implementados no regime constitucional, tornando-se, de certo modo, realidade para os cidadãos, como uma busca de justiça social no país. A Constituição

Federal de 1988, conhecida também como Constituição-Cidadã, consolidou ao longo de seu texto a proteção a vários direitos e garantias fundamentais.

### 1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Tecidas tais considerações, entraremos no mérito dos direitos fundamentais sociais, ou seja, os direitos de segunda geração, os quais surgiram, em nível constitucional, somente no século XX, após a Revolução Industrial. Os pressupostos físicos de tais direitos devem ser criados pelo Estado como agente para que eles se concretizem.

Tais direitos dependem efetivamente de uma prestação estatal, tendo em vista a fundamentalidade material que estes possuem. A Constituição de 1988 acolheu-os expressamente em capítulo próprio, dos Direitos Sociais, no capítulo II, que engloba os Direitos e Garantias Fundamentais, diferentemente das constituições anteriores, nas quais os direitos sociais costumavam abrigar-se na classe dos direitos da ordem econômica e social.

[...] na Constituição vigente, os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive, na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais. (SARLET, 2001, p. 189).

Por sua vez, Andreas Krell (2002, p. 19-20) enfoca que:

Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. São os Direitos Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que aos individuais. O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme às circunstâncias, as chamadas 'políticas sociais' (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

Nesse sentido, é possível afirmar que os direitos a prestações, referem-se às ações fáticas positivas estatais, intimamente vinculadas às funções do Estado Social. Segundo Robert Alexy, tais direitos possuem caráter de auxílio a pretensão individual de um determinado cidadão, dependendo, acima de qualquer premissa, de uma atuação positiva do poder público, no sentido de criar, modificar e distribuir as prestações materiais necessárias.

(ALEXY, 2008)

No entanto, embora os direitos sociais apresentem, em sua maioria, noções de direitos a prestações, estes vão além dessa classificação, incluindo em seu bojo as chamadas liberdades sociais, de cunho negativo ou de defesa, conforme aponta Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 191):

[...] há que atentar para o fato de que os direitos a prestações não se restringem aos direitos a prestações materiais (direitos sociais prestacionais), englobando também a categoria dos direitos de proteção, no sentido de direitos a medidas ativas de proteção de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos por parte do Estado, bem como os direitos a participação na organização e procedimento.

Segundo o artigo 6º, da Constituição Federal, “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL, 2009a)

É inegável que a eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais está condicionada aos recursos públicos disponíveis. (KRELL, 2002, p. 22). Porém, é certo que muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, a obrigação do Estado de promover diretamente prestações individuais a pessoas que necessitam de alguma atividade relativa a saúde, educação, moradia ou alimentação, não reconhecendo os direitos sociais como condições da justiça social no país, deixando de dar a tais direitos a aplicação adequada. (SILVA apud KRELL, 2002, p. 23)

É por isso que destacamos a relevante importância da garantia dos direitos sociais pelo Estado, pois não há como se falar em liberdade plena, sem que sejam supridas as necessidades básicas de um povo.

Uma sociedade marcada pela miséria, fome, analfabetismo, pobreza e profundas desigualdades é, com certeza, um comprometimento a liberdade da população. Por isso, os direitos fundamentais sociais requerem especial atenção no que tange a sua efetivação, tendo em vista a sua grande importância frente as necessidades essenciais da sociedade e disponibilização dos recursos públicos existentes.

## **2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

## 2.1 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos fundamentais podem ser definidos como um conjunto de prerrogativas que concretizam as exigências de liberdade, igualdade e dignidade dos seres humanos, sendo que, tais direitos, inerentes a toda sociedade, não se restringem apenas aos elencados na Constituição, mas sim, todos aqueles que constituem condições essenciais para uma qualidade de vida digna e bem-estar social. (SARLET, 2001)

Para José Afonso da Silva, conceituar direitos fundamentais é uma tarefa difícil, tendo em vista a transformação destes no curso do tempo, conforme abaixo:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem. (JOSE AFONSO DA SILVA, 2000, p. 179)

Quanto aos direitos fundamentais sociais, já citados anteriormente, são definidos como aqueles que tratam de uma posição positiva estatal, consistindo em prestações de cunho fático e material, e que reclamam uma conduta ativa do Estado nos âmbitos econômico e social. O grande problema encontrado nesse particular, e objeto do presente estudo, refere-se à aplicabilidade e efetividade dos referidos direitos.

Luis Roberto Barroso, conceitua o termo 'efetividade', conforme transcrito abaixo:

A noção de efetividade, ou seja, dessa específica eficácia, corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma – retratou como sendo “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”. A efetividade significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social. (BARROSO, 2002, p. 236).

A eficácia dos direitos fundamentais, para ser melhor compreendida, requer duas vertentes para reflexão: uma acerca da norma jurídica, de forma

ampla; e outra, uma abordagem interdisciplinar com outros sistemas, tais como, político, econômico, social e histórico, a fim de compreender a criação das ordens normativas dos direitos fundamentais. Tem-se assim, que o problema da eficácia dos direitos fundamentais não pode ser visto apenas pelo direito positivo – estudo das normas positivadas – mas sim, observando a totalidade das questões que estes direitos envolvem.

José Afonso da Silva, ao citar a lição positivista de Kelsen, diferencia a vigência da eficácia da norma:

O normativismo distingue, com precisão, a vigência da eficácia. A lição de Kelsen é bastante clara a esse respeito. A vigência da norma, para ele, pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser. *Vigência* significa a existência específica da norma; *eficácia* é o fato de que a norma é efetivamente aplicada e seguida; a circunstância de que uma conduta humana conforme à norma se verifica na ordem dos fatos. (SILVA, 2007, p. 64)

Segundo Ana Paula de Barcellos, a eficácia jurídica da norma, está diretamente associada com a fundamentalidade social desta. Vejamos:

O primeiro critério que orienta a identificação das modalidades de eficácia jurídica aos enunciados normativos diz respeito ao que se pode denominar de fundamentalidade social da circunstância por ele regulada, que nada mais é que seu grau de importância ou relevância social. Esse é o parâmetro lógico que orienta a política legislativa de modo geral. Quanto mais fundamental para a sociedade for a matéria disciplinada pelo dispositivo e, conseqüentemente, os efeitos que ele pretende sejam produzidos, mais consistente deverá ser a modalidade de eficácia jurídica associada [...]. (BARCELLOS, 2008, p. 136)

Ao analisar o aspecto da eficácia ou aplicabilidade da norma constitucional, é importante que seja observada também, a validade jurídica e social da norma em questão, já que falar em eficácia da norma, implica dizer em aplicação ou execução da norma jurídica nas relações humanas. Assim, podemos definir eficácia jurídica da norma, pela doutrina de José Afonso da Silva, como “a qualidade de produzir; em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita”. (SILVA, 2007, p. 66)

Barroso trata da eficácia da norma jurídica da seguinte forma:

Cabe distinguir da eficácia jurídica o que muitos autores denominam de eficácia social da norma, que se refere, como assinala Reale, ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao

‘reconhecimento’ do Direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento. Em tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos. (BARROSO, 2002, p. 84)

O dispositivo constitucional da ‘aplicação imediata’ ganha uma função diferenciada para os direitos sociais, visto que devem ser tratados de maneira diferente dos direitos clássicos na defesa contra o poder estatal, conforme impõe o art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, cumprindo aos órgãos estatais a tarefa de ‘maximizar a eficácia’ dos Direitos Fundamentais Sociais e criar as condições materiais para sua realização. (KRELL, 2002, p. 38)

José Afonso da Silva, costuma tratar da eficácia jurídica dos direitos sociais, subdividindo as normas naquelas de eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada. (SILVA, 2007, p. 85-86).

As normas constitucionais de eficácia plena, “têm aplicabilidade imediata, e portanto independem de legislação posterior para sua plena execução.” (TAVARES, 2003, p. 87). Para José Afonso da Silva, são:

[...] aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou tem possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. (SILVA, 2007, p. 101)

Normas constitucionais de eficácia contida, tem natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadores do poder público, conforme o conceito descrito abaixo:

[...] são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”. (SILVA, 2007, p. 116)

Por fim, normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que “apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva aplicabilidade”. (MORAES, 2001, p. 39).

## 2.2 O PROBLEMA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Essa questão da eficácia e aplicabilidade dos direitos constitucionais sociais não é objeto pacífico de discussão, dependendo de análise de cada situação concreta. Ressalte-se que, independente da forma de positivação, todas as normas de direitos fundamentais estão aptas a gerarem um mínimo de efeitos jurídicos, já que toda norma constitucional, conforme mencionado no dispositivo legal, possui eficácia e aplicabilidade. O grau de eficácia dos direitos fundamentais sociais, no entanto, dependerá da forma de positivação na constituição e das peculiaridades do seu objeto. (SARLET, 2001, p. 237-238)

No entanto, constitui um ponto problemático do constitucionalismo no Brasil, a falta de efetividade das normas constitucionais, e sua incapacidade de submeter-se à realidade social na qual vivemos. Eis a doutrina de Norberto Bobbio, quanto ao problema dos direitos fundamentais, no que concerne a sua eficácia:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. (...) Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 1992. p.24-25.)

De fato, a falta de eficácia dos direitos fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias, o grande problema encontrado é falha nas prestações efetivas dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. Certamente o ponto fraco encontra-se na formulação, implementação e manutenção de políticas públicas, e organização dos gastos nos orçamentos da União, Estados e Municípios. (KRELL, 2002, p. 31, 32)

Grande parte da doutrina quanto ao assunto em pauta, costuma classificar as normas definidoras dos direitos sociais como normas programáticas, ou seja, normas que “necessitam de uma concretização legislativa para que venham gerar plenitude de seus efeitos”. (SARLET, 2001,

p. 271)

Luis Roberto Barroso, ao citar Pontes de Miranda, assim define as normas programáticas:

Regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelos quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função. (MIRANDA apud BARROSO, 2002, p. 115)

As normas programáticas, segundo a doutrina de José Afonso da Silva, situam-se entre as normas de eficácia limitada, já mencionada anteriormente, e que, segundo ele, “impõe certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, e ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados”. (2007, p. 139). A concretização desses direitos, portanto, encontra-se intimamente vinculada e dependente da vontade e interesse dos legisladores e Administradores Públicos.

Segundo Krell, ao citar o doutrinador Marcelo Neves, a respeito das normas de cunho programático, afirma o seguinte:

[...] muitas normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, por não possuírem um mínimo de condições para sua efetivação, servem somente como álibi para criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, desempenhando assim, uma função preponderantemente ideológica em constituir ma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas. (NEVES apud KRELL, 2002, p. 27,28)

Conforme afirma Ana Paula Barcelos, as prestações positivas dos direitos sociais, deverão ser proporcionados pelo Estado e suportadas pela sociedade, que irão arcar com essas despesas, arrecadadas por meio de tributos, fora as hipóteses de empréstimos emissão de moeda que, de alguma forma, repercutem sobre os indivíduos. A autora ainda afirma:

Se definitivamente não houver recursos, as formas textuais mais claras e precisas não serão capazes de superar essa realidade fática: serão normas irrealizáveis. Luís Roberto Barroso já identificara essa situação, em que a manifesta ausência de condições materiais condena a norma desde o seu nascedouro, como uma forma de insinceridade normativa. O que se pretende enfatizar, portanto, é que, ao cuidar da interpretação do direito público em geral, e do constitucional em particular, é preciso ter em mente, além dos elementos puramente jurídicos, dados da realidade, sendo um deles

as condições materiais e financeiras de realização dos comandos normativos. (BARCELLOS, 2008, p. 259-260)

A expressão utilizada pela doutrina, para indicar a limitação de recursos ante a necessidade de aplicação destes, para eficácia dos direitos sociais, é a 'reserva do possível', tema que será melhor analisado adiante.

Ana Paula Barcellos complementa:

O debate em torno dessa questão tem sido identificado no Brasil por meio da expressão reserva do possível e popularizado, em boa parte, pelo empenho da Administração Pública em divulgá-lo e argui-lo nas mais diversas demandas, a pretexto do sempre iminente apocalipse econômico. (BARCELLOS, 2008, p. 261)

No entanto, a escassez de recursos orçamentários não podem ser obstáculo para a garantia dos direitos sociais, como condições essenciais a existência humana, pois estará violando preceito básico e fundamental da Constituição Federal, qual seja, o princípio da dignidade humana.

Sendo assim, é certo que a garantia a um mínimo existencial consiste um padrão mínimo da efetivação dos direitos sociais prestacionais, pois a partir do momento em que o indivíduo perde as condições para a sua existência, perde as possibilidades de sobrevivência, violando as condições de liberdade, logo, violando dois princípios fundamentais.

### **3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RELAÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL E À RESERVA DO POSSÍVEL**

#### **3.1 A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DENTRO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL**

A proteção jurídica dos direitos fundamentais sociais, de certa forma, não depende apenas de prestações positivas do Estado, no sentido de viabilizar o direito pleiteado, pois a realização desses direitos está intimamente vinculada aos limites orçamentários da União.

Em razão desses aspectos, segundo afirma Sarlet, passou-se a sustentar "a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma 'reserva do possível', que, compreendida em sentido

amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.” (SARLET, 2001, p. 265). Assim, o nível de efetividade dos direitos sociais estaria vinculada essencialmente aos recursos disponíveis, que se torna um verdadeiro limite fático a realização concreta desses direitos.

Ana Paula Barcellos define a expressão reserva do possível em sua obra, senão vejamos:

De forma geral, a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante da necessidade quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta – é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. (2008, p. 261-262)

Além da disponibilidade efetiva de recursos, ou seja, possibilidade material de disposição, como limite fático a efetivação dos direitos sociais, ainda com fulcro na doutrina de Ingo Sarlet, encontra-se também o problema da possibilidade jurídica de disposição, pois o Estado deve ter capacidade jurídica para dispor, sem o qual de nada adiantariam os recursos existentes. (SARLET, 2001, p. 264)

Essas facetas da reserva do possível, são mencionadas por Ana Paula Barcellos, que as separa em duas vertentes, quais sejam: reserva do possível fática e reserva do possível jurídica, conforme abaixo:

A rigor, sob o título geral da *reserva do possível* convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustão orçamentária, e pode ser identificado como uma *reserva do possível fática*. É possível questionar a realidade dessa espécie de circunstância quando se trata do Poder Público, tendo em conta a forma de arrecadação de recursos e a natureza dos ingressos públicos. Seja como for, a inexistência absoluta de recursos descreveria situações em relação às quais se poderia falar de reserva do possível fática. O segundo fenômeno identifica uma reserva do possível jurídica já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular. (2008, p. 262-263)

Portanto, diz-se o princípio da reserva do possível constitui limite fático e jurídico, oposto pelo Estado, como forma de obstar a realização de direito fundamental, notadamente aqueles que possuam cunho prestacional. É uma

defesa de cunho processual, da qual poderá se valer o Estado, que deverá, porém, justificar fundamentadamente, o motivo da impossibilidade de cumprimento da prestação demandada.

A teoria da reserva do possível, tem origem na Corte Constitucional Federal da Alemanha, onde foi sustentado que as limitações de ordem econômica podem comprometer a efetivação dos direitos sociais, conforme importante julgamento constitucional alemão, no qual a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos, sob o argumento de que devem ser respeitados os limites da razoabilidade, impossibilitando exigências que superem um determinado limite social básico. (BIGOLIN, 2009).

Tal decisão, conhecida como *Numerus Clausus*, tratou de processos de admissão para o curso de medicina nas universidades de Hamburg e da Baviera. No caso, as legislações locais limitaram o ingresso de estudantes em virtude da grande demanda e do exaurimento da capacidade total de ensino. (MACHADO JUNIOR, 2009)

Sobre o mencionado julgamento da Corte Constitucional alemã, quanto as vagas nas universidades, Sarlet pondera:

[...] colhe-se o ensejo de referir decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável, também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador. (SARLET, 2001, p.265)

Segundo ainda, o mesmo autor, a aplicação dos direitos sociais dependem também da conjuntura socioeconômica global, levando-se em consideração o fato de que a Constituição, por si só, não oferece meios para a tomada dessa decisão, ficando a cargo dos órgãos políticos competentes a definição e implementação de políticas na seara socioeconômica. Ainda acrescenta a lição de Gomes Canotilho, ao complementar o assunto:

É justamente por essa razão que a realização dos direitos sociais prestacionais – de acordo com a oportuna lição de Gomes Canotilho – costuma ser encarada como autêntico problema de competência constitucional: ‘ao legislador compete, dentro das reservas orçamentárias, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais’. (CANOTILHO apud SARLET, 2001, p. 265)

De qualquer maneira, a teoria da reserva do possível, no Brasil, têm sido alegada indiscriminadamente pelo Poder Público, para se esquivar à implementação dos direitos fundamentais, sendo que não existem ainda critérios objetivos para delimitá-la. No entanto, tendo em vista tratar-se de direitos fundamentais, é certo que há uma maior necessidade de reconhecer a existência de uma restrição à discricionariedade do legislador.

Desse modo, podemos afirmar que uma das grandes dificuldades em aplicar a teoria da reserva do possível em território brasileiro, conforme adverte Andreas Krell, deve-se à má adaptação, pelos intérpretes brasileiros, da jurisprudência constitucional alemã, conforme transcreve-se abaixo:

Essa teoria, na verdade, representa uma adaptação de um *tópos* da jurisprudência constitucional alemã (*Der Vorbehalt des Möglichen*), que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos. (KRELL, 2002, p. 52)

O mesmo autor, ainda, ao observar as disparidades existentes entre a Alemanha e o Brasil, um país com um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, pondera que, condicionar a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais à existência de recursos disponíveis no Estado, significa reduzir a sua eficácia a zero, relativizar sua universalidade, condenando-os a serem considerados direitos de menor importância. (KRELL, 2002, p. 54)

O iminente problema entre efetivação dos direitos fundamentais sociais e recursos orçamentários disponíveis torna-se ainda mais crítico em um país como o Brasil, onde a maior parte da população pode ser considerada pobre, ou seja, carente de direitos prestacionais de cunho social.

Tendo em vista essa questão, surgem diversos questionamentos, a fim de compreender até que ponto as prestações positivas estatais podem ser reduzidas pela falta de recursos orçamentários. As interrogações são inúmeras, tais como: quem poderá ser beneficiado? Quanto será disponibilizado? Até onde pode o Estado limitar políticas de saúde, educação, saneamento básico, entre outros direitos básicos fundamentais. Qual seria o critério da 'razoabilidade' mencionada pelo julgamento da Corte Constitucional da Alemanha?

Outro ponto de vista do problema, conforme aponta Ana Paula Barcellos, é a relação entre a escassez relativa de recursos e as escolhas que devem ser feitas, pois o investimento de recursos em uma determinada área, significa que outras necessidades serão abandonadas (2008, p. 265). A autora ainda pondera:

A questão é extremamente complexa, pois exige o estabelecimento de prioridades e de critérios de escolha caso a caso, que poderão variar no tempo e no espaço, de acordo com as necessidades sociais mais prementes: porque aplicar os recursos na despoluição da Baía de Guanabara e não na pesquisa científica sobre doenças tropicais, ou na expansão na rede de ensino médio? Além de decidir em que gastar, é preciso saber também quanto deverá ser investido em cada uma das áreas escolhidas, já que as alternativas envolvem não apenas o binômio investir/não investir, mas também investir menos ou mais, de modo a tornar viável o atendimento de um maior número de necessidades. (BARCELOS, 2008, p. 265)

Em julgamento da ADPF n. 45 MC/DF, o Relator Ministro Celso de Melo, decidiu por autorizar ao Poder Judiciário intervir na formulação de políticas públicas para garantir o mínimo existencial. Transcreve-se abaixo um trecho da referida decisão:

[...]

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2009b)

Sendo assim, podemos dizer que mesmo que a efetividade dos direitos fundamentais sociais dependa de escolhas, ponderadas pelos poderes públicos, haja vista a escassez de recursos, a parcela mínima necessária à garantia aos direitos sociais básicos e à dignidade humana não poderá ser esquivada, sendo de competência do Poder Judiciário, por meio de provocação das partes envolvidas, decidir acerca de quaisquer problemas que venham atentar contra a razoabilidade e a proporcionalidade.

### 3.2 A GARANTIA DAS NECESSIDADES BÁSICAS PARA A SOBREVIVÊNCIA DO INDIVÍDUO DENTRO DO CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL

A partir do momento em que se constata que as necessidades são ilimitadas e os recursos disponíveis limitados, é necessário que seja ponderada uma ordem de prioridades a serem analisadas, bem como atender os fins estabelecidos pela Constituição Federal.

A noção de mínimo existencial está intimamente relacionada com a dignidade da pessoa humana, devendo ser resguardada pelos direitos sociais de prestação. A preocupação com o mínimo existencial diz a respeito a exigência de garantias materiais, a fim de satisfazer as condições mínimas de vivência do indivíduo e de sua família.

O mínimo existencial é violado quando verifica-se a omissão na concretização de direitos fundamentais, inerentes a dignidade da pessoa humana. Com efeito, as Constituições são criadas, segundo a doutrina, exatamente para esse fim, preservar a dignidade da pessoa humana.

Assim, tendo em vista a ínfima relação entre o mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana, pode-se dizer que àquele é o objetivo central de proteção de todo ordenamento constitucional, acima de quaisquer outros direitos, de modo a proporcionar bem-estar e condições dignas de vida. Nesse sentido, Sarlet esclarece que:

Num primeiro momento, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inc. III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui norma jurídico-positiva com *status*

constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar neste contexto, que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa. (SARLET, 2001, p. 111-112)

Para a doutrinadora Ana Paula Barcellos, o mínimo existencial deve ser cumprido como prioridade constitucional, deixando que as opções políticas se restrinjam à aplicação dos recursos públicos remanescentes. Conforme as palavras da autora:

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. (BARCELLOS, 2008, p. 268)

Tendo em vista que o mínimo existencial refere-se às prioridades constitucionais, é certo que os direitos básicos prestacionais, vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, possuem aplicabilidade imediata, sejam direitos fundamentais sociais ou não. Em contrapartida, ao que se refere aos direitos sociais não vinculados ao mínimo existencial, estes estarão condicionados às limitações decorrentes da escassez material de recursos (reserva do possível).

Pode-se citar, por exemplo, o caso de um Município que, por ventura, deixe de oferecer escola básica para as crianças. Referida hipótese é inadmissível diante da garantia constitucional à educação e à proteção da criança e do adolescente. Só se poderia considerar submetido à reserva do possível, a implementação de estruturas sofisticadas e dispendiosas como a de laboratório, informática, academia, etc. Mas a garantia de que haja uma escola para receber as crianças, com condições mínimas de salubridade e higiene, bem como professor habilitado para desenvolver suas funções, constitui núcleo mínimo do direito à educação, devendo ser assegurado pelo Poder Público no caso de restar violado.

Andreas Krell, acerca do assunto em questão, afirma que, tendo em vista que vivemos em um Estado Social, é do Poder Público o dever de

‘transpor as liberdades da constituição para a realidade constitucional’. O autor ainda pondera:

Onde o Estado cria essas ofertas para a coletividade, ele deve assegurar a possibilidade da participação do cidadão. E caso a legislação não conceder um direito expresso ao indivíduo de receber uma prestação vital, o cidadão pode recorrer ao direito fundamental da igualdade em conexão com o princípio do Estado Social. (KRELL, 2002, p. 60)

Segundo Marcelo Novelino Camargo, a razão da justiciabilidade dos Direitos Sociais vinculados ao mínimo existencial, está no fato de que tais direitos são reconhecidos como imprescindíveis para uma vida digna, por isso não se submetem à teoria da reserva do possível. No entanto, apesar dessa premissa (mínimo existencial = prioridades constitucionais) tentar amenizar o problema da falta de recursos, infere-se que ainda assim restam algumas perguntas sem respostas, tais como: quais são esses fins essenciais do Estado previstos na Constituição? Existem recursos suficientes para atender a todos esses fins essenciais? Sem dúvida, essas questões merecem atenção. (CAMARGO, 2007, p. 125)

Tais questões devem ser enfrentadas, levando-se em consideração as particularidades dos países periféricos. Através do mínimo existencial, conhecem-se os alvos prioritários para os gastos públicos, consoante o entendimento do texto constitucional, bem como se pode estabelecer parâmetros para a atuação judicial de proteção dos direitos fundamentais sociais.

Todas as variáveis devem ser analisadas pelo Poder Judiciário em casos de proteção jurídica dos Direitos Fundamentais Sociais. Cabe ao Judiciário controlar o atendimento dos preceitos constitucionais prestacionais, através da ponderação entre a essencialidade da pretensão e o grau de necessidade, em cada situação concreta.

Em julgamento do Supremo Tribunal Federal, manifestando-se sobre o direito à segurança pública, direito fundamental garantido na Constituição Federal, ao proferir voto no RE 367432/PR, o Relator Ministro Eros Grau afirmou o seguinte:

[...]  
Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’

- ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ('A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais', p. 245-246, 2002, Renovar): 'Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. 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.' (grifei). Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da 'reserva do possível', ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (BRASIL, 2009c)

Além de reconhecer o exercício dos direitos sociais, em favor da dignidade humana, conferindo-lhes eficácia e aplicabilidade imediata, o Estado deve ainda, vedar a edição de medidas legislativas que dizem respeito à redução, anulação ou revogação do núcleo essencial já reconhecido aos indivíduos. É o que a doutrina chama de "princípio da proibição do retrocesso social". (CANOTILHO, 2004, p. 468)

A chamada 'proibição do retrocesso', pode ser definida como uma barreira impedindo a revogação de legislação asseguradora dos direitos sociais, partindo do premissa de que, depois de atingido determinado nível, qualquer retorno a um estado de menor proteção geraria violação ao princípio constitucional de proteção de tais direitos.

Segundo a doutrina de Luis Roberto Barroso, entende-se o seguinte por vedação do retrocesso:

A vedação do retrocesso, por fim, é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. (BARROSO, 2006, p. 379)

Assim, pode-se afirmar que o princípio da proibição do retrocesso social é elemento fundamental que vai de encontro com a idéia de máxima efetividade possível de direitos fundamentais constantes no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, e que diz respeito, conforme afirmado anteriormente, à necessidade de inviabilizar quaisquer tentativas de reduzir os padrões mínimos de uma existência digna.

Outro problema concernente a teoria do Mínimo Existencial, no país em que vivemos, é se chegar a um consenso quanto a um padrão desse conceito, tendo em vista a existência de pessoas das mais diversas classes e matizes ideológicas. Sendo assim, quaisquer tentativas de fixação de conteúdo do mínimo existencial estarão sujeitas às mais diversas divergências e questionamentos.

Ricardo Lobo Torres, trabalha o conceito de mínimo existencial de maneira a fazer uma contraposição entre este direito e os direitos sociais. De acordo com este autor, o direito a um mínimo existencial seria uma decorrência do Estado Democrático de Direito. Os direitos sociais sujeitam-se à pura discricionariedade do administrador público quando da formulação de políticas públicas, enquanto que os direitos ao mínimo existencial seriam direitos subjetivos acionáveis pela via judicial. Para concretizar direitos sociais, haveria o limite da saúde das finanças públicas, isto é, a judicialização dos direitos sociais não seria possível. (2000, p. 181)

Sobre o assunto, Ribeiro (2004, p.113) afirma que:

O conceito de Necessidade Humanas Fundamentais herda da Teoria das Necessidades a dimensão histórica das necessidades humanas, sempre contextualizadas dentro de uma dada realidade sócio-

histórica. Por outro lado, há a rica discussão sobre a relativização dos mecanismos de satisfação das necessidades, que podem variar de cultura a cultura, de região a região, entre outras. Não há, portanto, incentivo a fixidez conceitual e não há o vício de se engessar as necessidades. Estas podem ser criadas, recriadas, abandonadas, isto é, as necessidades mudam, de acordo com o devir social.

Segundo afirma Andreas Krell, “a proteção ao Mínimo Existencial deve dar-se de maneira tópica, isto é, não há como fixar padrões fixos, sistemáticos, do que vem a ser o Mínimo Existencial”. (KRELL, 2002, p.62)

Há quem questione ainda, tendo em vista o princípio da isonomia constitucional, se as necessidades humanas não seriam inerentes a todos os seres humanos. E, nesse caso, porque haveria prioridades aos pobres, enquanto titulares dessas necessidades. Ou então, como poderíamos identificar ou não, uma situação de pobreza. (RIBEIRO, 2004, p. 118)

Essas e outras inúmeras questões permeiam o tema suscitado no presente estudo, são perguntas que necessitam de respostas, mas que, no entanto, tratam de um instituto extremamente relativo, que depende de vários fatores e que deve ser analisado em conjunto com outras ciências, podemos apenas concluir dessa breve exposição, que as necessidades humanas fundamentais, tratadas como ‘mínimo existencial’, nada mais é, nesse sentido, que direitos fundamentais de combate à pobreza.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso e teoria do estado e ciência política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BIGOLIN, Giovani. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental n.45 - DF** (2004). Relator: Min. Celso de Mello. 29 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 18 nov.2009b.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso especial n. 367432 – Paraná** (2009). Relator: Min. Eros Grau. 09 out. 2009 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 20 nov.2009c.

CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In: \_\_\_\_\_. **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

FACHIN, Zulmar. SILVA, Deise marcelino da. Acesso à Água Potável: direito fundamental de sexta dimensão. Campinas (SP): Millennium, 2010.

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

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 28 out. 2009.

MACHADO JÚNIOR, Arnaldo de Aguiar. Proteção jurídica dos direitos fundamentais sociais. Uma abordagem consentânea com o estabelecimento de novos critérios materiais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2133, 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12735>>. Acesso em: 13 nov. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NICZ, Alvacir Alfredo. O princípio da igualdade e sua significação no estado democrático de direito. In: FACHIN, Zulmar (Org.). **Constituição cidadã**. São Paulo: Método, 2008.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. Críticas à perspectiva do mínimo existencial a partir de uma teoria das necessidades humanas fundamentais. **Revista Idéia Nova**, Recife, v.2, n.2, p.109-121, jan./jul., 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed.rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

TAVARES, Andre Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: o orçamento na constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os direitos humanos e os mecanismos constitucionais de sua defesa. In: FACHIN, Zulmar. **Constituição cidadã**. São Paulo: Método, 2008.