

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA - UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

RAFAEL JOSÉ NADIM DE LAZARI

**RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL: UM
NECESSÁRIO ESTUDO DIALÓGICO**

MARÍLIA/SP
2012

RAFAEL JOSÉ NADIM DE LAZARI

RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL: UM NECESSÁRIO
ESTUDO DIALÓGICO

Trabalho de Curso apresentado ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília/SP - UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito e do Estado

Linha de pesquisa: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica

Orientador: Prof. Dr. Renato Bernardi

Co-orientador: Prof. Dr. Gelson Amaro de Souza

MARÍLIA/SP
2012

LAZARI, Rafael José Nadim de

Reserva do possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico / Rafael José Nadim de Lazari; orientador: Renato Bernardi; co-orientador: Gelson Amaro de Souza. Marília/SP: [s.n], 2012.

168 fls.

Dissertação de Mestrado - Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília/SP - UNIVEM, 2012.

1. Estado Democrático de Direito. 2. Reserva do possível. 3. Mínimo existencial. 4. Diálogo constitucional

CDD: 341.27

Dedico este trabalho, com todo meu amor, aos meus pais, Nedécio de Lazari e Soraya Maria Santarém Nadim de Lazari, e a minha irmã, Sarah Nadim de Lazari. Sem a família, manancial de todas as benesses do homem, e porto-seguro dos bem-aventurados, nada é possível.

E, em especial, aos meus tios-avós, Delvino de Lazari e Anna de Lourdes de Lazari, por me acolherem tão carinhosamente em sua casa, durante a realização do mestrado, como se um filho eu fosse.

Em memória de Caetano Francisco Delazari (“Vô” Chico).

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, Jesus Cristo, Nossa Senhora de Aparecida, São Francisco de Assis, e Santa Tereza D'Ávila, em primeiro lugar, pelo suporte espiritual com que me guio, todos os dias, na busca de meus sonhos.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Renato Bernardi, ao qual posso chamar de “grande amigo”, pela seriedade, profissionalismo e respeito com que tratou meu trabalho.

Agradeço ao meu co-orientador, Prof. Dr. Gelson Amaro de Souza, ao qual posso chamar de “pai”, pelo acompanhamento profissional, durante a graduação em Direito, e agora na pós-graduação em sentido estrito. O Prof. Gelson é uma daquelas gratas surpresas que a vida proporciona a quem roga por “homens de bem”.

Agradeço ao Prof. Dr. Lafayette Pozzoli, coordenador do mestrado em Direito do Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP - UNIVEM, e examinador desta dissertação, pela paciência e sábias palavras que sempre foram seu traço fundamental.

Agradeço ao Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP - UNIVEM, pela infinidade de oportunidades que me foram dadas, e pela crença na qualidade de meu trabalho. Agradeço, também, às Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, de Presidente Prudente/SP, pela importância em minha formação primária como jurista e operador do Direito.

Agradeço a todos os professores que já tive na vida, em especial aqueles que compuseram o quadro de disciplinas obrigatórias e optativas do mestrado.

Agradeço a “Leninha” e a Taciana (“Taci”), secretárias do mestrado em Direito do Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP - UNIVEM, por suportarem este “cara chato” em suas inúmeras solicitações.

Agradeço a CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, pela concessão da Bolsa CAPES/PROSUP Modalidade 1, permitindo que a pesquisa fosse minha atividade fundamental neste período, jamais secundária, tal como sonhei quando ingressei no mestrado em Direito.

Agradeço aos familiares e amigos em geral, os quais recuso-me a dar nomes, para evitar incorrer no terrível e imperdoável defeito da omissão. Meu amor por vocês é incondicional.

Seigneur, faites de moi un instrument de votre paix.

Là où il y a de la haine, que je mette l'amour.

Là où il y a l'offense, que je mette le pardon.

Là où il y a la discorde, que je mette l'union.

Là où il y a l'erreur, que je mette la vérité.

Là où il y a le doute, que je mette la foi.

Là où il y a le désespoir, que je mette l'espérance.

Là où il y a les ténèbres, que je mette votre lumière.

Là où il y a la tristesse, que je mette la joie.

Ô Maître, que je ne cherche pas tant à être consolé qu'à consoler, à être compris qu'à comprendre, à être aimé qu'à aimer, car c'est en donnant qu'on reçoit, c'est en s'oubliant qu'on trouve, c'est en pardonnant qu'on est pardonné, c'est en mourant qu'on ressuscite à l'éternelle vie (Oração de São Francisco).

Nada te perturbe, nada te amedronte. Tudo passa, só Deus não muda. A paciência tudo alcança. Quem a Deus tem nada lhe falta. Só Deus basta (Santa Tereza D'Ávila).

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas [...]. Mas, - esse aspecto afigura-se decisivo - a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas (Konrad Hesse. *A força normativa da Constituição*, 1991. p. 14-15).

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico**. 2012. 168 fls. Dissertação de mestrado. Mestrado em Direito - Centro Universitário “Eurípides” de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília/SP, 2012.

RESUMO

O constitucionalismo contemporâneo assiste a uma revolução no campo dos direitos fundamentais. A possibilidade de judicialização destes direitos impossibilita qualquer planejamento estatal quanto ao gasto com políticas públicas, sobretudo quando o que se pleiteia é a implementação da espécie social de direitos fundamentais, cuja onerosidade excessiva decorre de um necessário atendimento particularizado - e não conglobado - a quem a almeja. Neste sentido, por navegarem em mesmas águas de insuficiência orçamentária estatal, de custos dos direitos, de escolhas trágicas, de força normativa dos princípios, de juridicidade constitucional, e de ativismo judicial, devem a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial ser estudados conjuntamente. O “nicho social” preeminente a que estão dialogicamente vinculados faz com que a análise enfeixada dos dois institutos corra menos riscos de confrontos propositalmente provocados entre um e outro e deixe escapar por omissão menos conteúdo caso esta fosse feita isoladamente. Sem mais delongas, este trabalho tenciona discorrer sobre as nuances da “reserva” e do “mínimo”, como seu surgimento, natureza jurídica, críticas, direito comparado e conteúdo, para, ao final, tentar chegar à confluência conciliatória dos dois institutos mediante critérios - os mais objetivos possíveis - que possibilitem uma crítica aos fundamentos da dogmática jurídica bem como uma consequente alternativa à ponderação.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Reserva do possível. Mínimo existencial. Diálogo constitucional.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico**. 2012. 168 fls. Dissertação de mestrado. Mestrado em Direito - Centro Universitário "Eurípides" de Marília, Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", Marília/SP, 2012.

ABSTRACT

The contemporary constitutionalism is witnessing a revolution in the field of fundamental rights. The possibility of judicialization of these rights precludes any State planning as spent on public policies, especially when the talk is the implementation of social specie of fundamental rights, whose excessive stems from a disproportionate burden necessary to individualized care - and not conglobated - to who craves. In this sense, by operating in the same waters of insufficient State budget, rights costs, tragic choices, normative force of principles, constitutional legalization and judicial activism, should the Reserve of Possible and the Existential Minimum be studied together. The pre-eminent "social niche" that are dialogically linked causes the bundled analysis of two institutes suffer less risk of confrontations purposely caused between one and another and miss for failure less content if this were done in isolation. Without further ado, this work intends to rhapsodize about the nuances of "reservation" and "minimal" as her appearance, legal nature, criticism, comparative law and content, to the end, trying to reach the confluence of two institutes through conciliatory criteria - the most possible objectives - that enable a critique of the foundations of legal dogmatics and a consequent alternative to the ponderation.

Keywords: Democratic State of Law. Reserve of possible. Existential minimum. Constitutional dialogue.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico**. 2012. 168 fls. Dissertação de mestrado. Mestrado em Direito - Centro Universitário "Eurípides" de Marília, Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", Marília/SP, 2012.

RESUMEN

El constitucionalismo contemporáneo es testigo de una revolución en el campo de los derechos fundamentales. La posibilidad de su judicialization imposibilita a cualquier planeamiento estatal cuanto al costo con políticas públicas, especialmente cuando la charla es la aplicación de especies sociales de derechos fundamentales, que resulta de una excesiva carga necesaria la atención individualizada - y no conglobata - que ansía. En este sentido, operando en las mismas aguas de insuficiencia de las previsiones presupuestarias del Estado, los costos de los derechos, opciones trágicas, fuerza normativa de los principios constitucionales, jurídico constitucional, y activismo judicial, deben la Reserva del Posible y el Mínimo Existencial a estudiar juntos. El "nicho" preeminente que están dialógicamente vinculados hace con que el análisis incluido de dos institutos corren menos riesgo de enfrentamientos causados deliberadamente entre uno y otro y dejarse llevar por el contenido por defecto menos si se ha hecho de forma aislada. Sin más, este trabajo tiene la intención de explayarse sobre los matices de "reserva" y "mínimo" como su apariencia, naturaleza jurídica, crítica, derecho comparado y contenido, al final, tratando de llegar a la confluencia de los dos institutos a través de criterios conciliadoras - los más posibles objetivos - que permitan una crítica a los fundamentos de la dogmática jurídica, así como una consecuente alternativa a la ponderación.

Palabras-clave: Estado Democrático de Derecho. Reserva del posible. Mínimo existencial. Diálogo constitucional.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico**. 2012. 168 fls. Dissertação de mestrado. Mestrado em Direito - Centro Universitário “Eurípides” de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília/SP, 2012.

RÉSUMÉ

Le constitutionnalisme contemporain voit une révolution au milieu des droits fondamentaux. La possibilité de la judicialisation de ces droits impossibilite n'importe quel projet de l'État concernant les dépenses avec des politiques publiques, surtout quand ce qu'on veut c'est l'implémentation de l'espèce sociale des droits fondamentaux, dont le grand coût excessif vient d'une attention nécessaire particularisée - et non englobé - pour qu'on veut. Dans ce sens, pour naviguer aux mêmes eaux d'insufisance de budget de l'État, de coûts des droits, de choix tragiques, de force normative des principes, de juridicité constitutionnelle, et de l'activisme judiciaire, doivent la Réserve du Possible et le Minimum Existentiel à étudier au même temps. Le “milieu social” provenant de la même origine permet que l'analyse venue des deux instituts n'ait pas des risques des confronts propositaement provoqués entre l'un et l'autre et permet d'échapper par omission moins contenu si elle était faite isolement. Sans plus, ce travail veut parler sur ces nuances de la “réserve” et du “minimum”, avec son apparition, nature juridique, critiques, droit comparé et contenu, pour qu'au final, on peut essayer arriver à la confluence conciliatoire des deux instituts devant critères - les plus objectifs possibles - qui permettent une critique des fondements de la dogmatique juridique et une consequent alternative à la pondération.

Mots-clé: État Démocratique de Droit. Réserve du possible. Minimum existentiel. Dialogue constitutionnel.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
CAPÍTULO 2 - A COMPREENSÃO NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.....	19
2.1 O neoconstitucionalismo, a nova fase positivista e o Estado Democrático de Direito ..	21
2.2 O papel transcendental da dignidade humana	27
2.3 A crescente importância dos postulados instrumentais para uma compreensão normativa da Constituição Federal	30
2.3.1 Postulado da unidade	31
2.3.2 Postulado do efeito integrador.....	33
2.3.3 Postulado da concordância prática	34
2.3.4 Postulado da força normativa	35
2.3.5 Postulado da máxima efetividade.....	36
2.3.6 Postulado da justiça	36
2.3.7 Postulado da proporcionalidade	37
2.4 O descompasso entre a compreensão normativa e o plano fático.....	39
CAPÍTULO 3 - A RESERVA DO POSSÍVEL	41
3.1 Conceito.....	43
3.1.1 A reserva do possível como exclusiva matéria de defesa do Estado.....	43
3.1.2 A reserva do possível e o ônus de prová-la exclusivo do Estado (sem qualquer possibilidade de inversão ou de distribuição dinâmica deste ônus)	44
3.1.3 A reserva do possível e sua alegação excepcional	44
3.1.4 A dimensão tríplice da reserva do possível	46
3.2 Natureza jurídica.....	46
3.2.1 A reserva do possível como regra?.....	47
3.2.2 A reserva do possível como valor?.....	48
3.2.3 A reserva do possível como metanorma?	48
3.2.4 A reserva do possível como “condição de realidade”?.....	49
3.2.5 A reserva do possível como princípio?	51
3.3 Surgimento da reserva do possível.....	52
3.4 Tem fundamento a crítica à incorporação da reserva do possível no sistema jurídico brasileiro?	57
3.5 Direito comparado	61
3.6 Orçamento e aplicabilidade prática	64
CAPÍTULO 4 - O MÍNIMO EXISTENCIAL.....	68
4.1 Conceito.....	69
4.1.1 O mínimo existencial como alegação pelo particular em face do Estado.....	70
4.1.2 Porque o Estado não pode alegar o mínimo existencial como matéria de defesa? (ou, o “mínimo” como subgrupo qualificado de direitos sociais).....	71
4.1.3 O mínimo existencial e a possibilidade de seu reconhecimento de ofício pelo juiz (ou, o “mínimo” e sua relação com o ativismo judicial).....	73
4.2 Natureza jurídica.....	79
4.2.1 O mínimo existencial como valor?.....	80
4.2.2 O mínimo existencial como regra?.....	81
4.2.3 O mínimo existencial como princípio?.....	83
4.3 Conteúdo constitucional do mínimo existencial.....	85
4.3.1 O conteúdo <i>macro</i> do mínimo existencial.....	87

4.3.2 O conteúdo <i>micro</i> do mínimo existencial.....	88
4.3.2.1 A educação	89
4.3.2.2 A saúde	93
4.3.2.3 A alimentação	99
4.3.2.4 O trabalho	101
4.3.2.5 A moradia	104
4.3.2.6 O lazer	106
4.3.2.7 A segurança	107
4.3.2.8 A previdência social	110
4.3.2.9 A proteção à maternidade e à infância.....	111
4.3.2.10 A assistência aos desamparados	113
4.3.2.11 A felicidade?.....	114
4.4 Direito comparado	117
4.5 É possível quantificar um mínimo existencial?.....	119
CAPÍTULO 5 - RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL: UM NECESSÁRIO ESTUDO DIALÓGICO.....	122
5.1 Análise preliminar de um caso concreto: o estabelecimento de critérios, pelo Supremo Tribunal Federal, na concessão de medicamentos.....	124
5.2 Algumas propostas de critérios em prol da conciliação entre o “mínimo” e a “reserva”	128
5.2.1 Na educação básica e em creche e pré-escola.....	132
5.2.2 Nas saúdes preventiva, restauradora e pós-restabelecimento.....	134
5.2.3 Na alimentação existencial.....	136
5.2.4 No direito de trabalhar com dignidade e de jamais perceber remuneração vil pelo labor (com especial atenção para o salário mínimo).....	137
5.2.5 No direito de não perder o lar e de que este lar seja servido por prestações estatais de absoluta necessidade.....	138
5.2.6 No direito à previdência social.....	140
5.2.7 Na assistência aos desamparados (com especial atenção para o salário dignitário prestado ao idoso/portador de deficiência que comprove não ter condições - próprias ou por terceiros - de subsistência)	140
5.2.8 A “reserva”, onde não houver o “mínimo”	141
5.3 Como construir critérios? (ou, a importância de Häberle).....	143
5.3.1 Primeiro passo: definindo os intérpretes da Constituição	145
5.3.2 Segundo passo: atestando a legitimidade dos intérpretes.....	147
5.3.3 Terceiro e quarto passos: a criação propriamente dita dos critérios e sua aplicação pelo Judiciário	148
CONCLUSÕES.....	152
REFERÊNCIAS.....	158

INTRODUÇÃO

Muito em voga hodiernamente são as pelepas judiciais promovidas em face do Estado Democrático Direito, num clamor de segmentos hipossuficientes (via de regra) da sociedade para que sejam satisfeitas as necessidades singulares básicas de cada indivíduo, consagradas como direitos fundamentais sociais na Constituição Federal, quais sejam, a oferta de educação, de saúde, de segurança, de moradia, de alimentação etc.

Tal fenômeno se deu ante a excessiva previsão de direitos sociais - bem como de instrumentos postulatórios em prol de tais -, assim como a descoberta de ser o Estado Social - antecessor do atual Estado Democrático, mas conseqüente ao Estado Liberal -, um vultoso quinhão através do qual se poderia satisfazer tais “carências” personalíssimas ligadas aos direitos fundamentais.

Mas, dada a constante crescente das demandas de cunho assegurador, tornou-se clara e patente a insuficiência estatal em cobrir as necessidades ilimitadas do povo. Por isso, passou-se a usar no país, ainda de forma embrionária, a Reserva do Possível, idealizada pela primeira vez em decisões da Corte Constitucional da Alemanha, pela qual o Estado mostra-se como um fornecedor de bem-estar social até o limite de sua “saúde financeira”.

Entrementes, o que em tese deveria ser um reconhecimento honroso estatal atestando sua incapacidade em poder atender à totalidade dos anseios populares, tornou-se arenga constante a toda e qualquer ação que lhe é pleiteada solicitando um suprimento fundamental. Esta desfiguração conceitual e funcional da Reserva do Possível, bem como a superação do Estado Social, levou-nos à indagação acerca de estar havendo, na contemporaneidade do Estado Democrático de Direito, um parcial retorno ao Estado “*Gendarme*”, isto é, ao Estado Liberal, adepto da política do “*laissez faire, laissez passer*” (“deixe fazer, deixe passar”), o qual previa um minimalismo intervencionista estatal sobre os direitos sociais. Deste modo, insta frisar, logo de início, que da forma como subverteu-se a definição de tal instituto, há se entendê-la como não sendo a mais eficaz, vista haja que a diferença entre a agonia estrutural e financeira do Estado em atender aos anseios populares e a “mesquinhez” em não fornecer o que é essencial a seu povo é muito grande.

No entanto, a Reserva do Possível não pode, simplesmente, ser “extirpada” do ordenamento, como uma aberração conceitual e doutrinária. Há se defender, pois, sua necessidade, a bem da operacionalidade estatal, se analisada despida das emoções que

costumam acompanhar os aplicadores de direito quando de sua decisão incondicionada de concretizar um direito postulado. Ora, é fato que o Estado Social também foi à bancarrota, justamente por funcionar como oposto extremado ao seu antecessor. Assim, é corolário lógico do Estado Democrático de Direito a preocupação com que normas constitucionais não se constituam promessas vazias e/ou falsas, e, para isso, parâmetros necessitam ser criados quando da implementação de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário. Tais parâmetros podem ser fornecidos justamente pela atribuição de critérios na Reserva do Possível.

Por outro lado, também com nascença alemã, surge o Mínimo Existencial, consistente em subgrupo qualificado de direitos constitutivos de salvaguarda última de um quantitativo/qualitativo necessário à subsistência. Contra o “mínimo”, conforme sua concepção originária, não surtiriam efeito as lamúrias de falência do Estado Social, tão menos os choques de realidade no ordenamento jurídico promovidos pelo Estado Democrático de Direito visivelmente influenciado, neste prisma, pelo neoliberalismo.

Há, contudo, complexidade implícita no Mínimo Existencial que transcende sua mera possibilidade de alegação como “cláusula imperativa”, como definir sua natureza jurídica e, principalmente, seu conteúdo, de forma que, a depender do posicionamento que se adotar, lhe será oponível ou não a Reserva do Possível. É dizer: urge definir o caráter relativo ou absoluto do “mínimo”.

Chega-se, assim, ao âmago sintetizado deste trabalho: fornecer parâmetros os mais objetivos possíveis à Reserva do Possível para que a mesma seja confrontada dentro de um ambiente de constitucionalidade com o Mínimo Existencial. Não se trata de fazer a “reserva” ou o “mínimo” prevalecer, mas de promover um consenso dialógico entre os dois.

Sem mais circunlóquios, metaforizando a busca por tais parâmetros como um objetivo a ser alcançado num campo de batalha, pode-se afirmar que quatro “*fronts*” de combate almejarão tal fito, sendo eles, a compreensão normativa da Constituição Federal (Capítulo 2), o esmiuçamento da Reserva do Possível (Capítulo 3), o Mínimo Existencial (Capítulo 4), e a necessidade de um estudo entrelaçado entre o “mínimo” e a “reserva” (Capítulo 5).

Melhor discriminando, através dos métodos histórico, comparativo e dedutivo, e utilizando-se de pesquisa doutrinária proeminente, no *Capítulo 2* serão de grande valia as palavras de pensadores como Konrad Hesse, Peter Häberle, Jürgen Habermas, Friedrich Müller, Robert Alexy, José Joaquim Gomes Canotilho, Herbert L. A. Hart, Ronald Dworkin,

Humberto Ávila, Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos, dentre outros, para se definir técnicas de interpretação e de aplicação dos preceitos constitucionais - sejam eles regras, princípios ou valores -, bem como para se obter uma compreensão normativa da Constituição Federal. Esta compreensão normativa, obviamente, parte da obra de Hesse intitulada “A Força Normativa da Constituição”, e de seu prisma eminentemente normativista da Lei Fundamental como fomentador da “vontade de Constituição”.

Neste diapasão, se debaterá a influência do neoconstitucionalismo, da nova fase do positivismo e do Estado Democrático de Direito na estrutura funcional pátria, se analisará o papel transcendental da dignidade da pessoa humana no atual momento do constitucionalismo, se falará dos postulados instrumentais aplicados à Lei Fundamental brasileira, bem como de um descompasso entre a compreensão normativa acima mencionada e a realidade fática que se apresenta. Graças a estas temáticas se verá neste Capítulo, *p. ex.*, que o fenômeno da “judicialização da política”, aqui arraigado e intensamente discutido, está dentro dos contornos desta nova fase positivista; que mesmo com a relativização da dignidade da pessoa humana, ganha a mesma o *status* de sobreprincípio ao se lha diluir por todo o ordenamento; que postulados interpretativos como o da máxima efetividade e o da unidade da Constituição atuam no sentido de uniformizar as normas fundamentais e de tentar gerir o criador e o aplicador do direito; e que, mesmo com esse avançado desenvolvimento hermenêutico, há ainda descompasso entre a propalada normatividade fundamental e o plano fático.

Já no *Capítulo 3*, através dos métodos dedutivo, histórico e comparativo, e com auxílio da doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras, a Reserva do Possível em si deverá ser dissecada, numa operação anatômica que abrangerá seu surgimento, sua natureza jurídica, sua aplicação no direito comparado, a explanação do início de sua aplicação no Brasil, sua desfiguração, até a atual busca por critérios em prol da sua manutenção juntamente com o Mínimo Existencial - questão esta última, vale repetir, justamente o ponto nevrálgico deste trabalho.

Neste prumo, mister se faz formar um conceito “por partes” para a Reserva do Possível, resultante da adição de sua dimensão tríplice (disponibilidades fática e jurídica e, dentro da proporcionalidade, principalmente o subpostulado da adequação), de sua condição excepcional, de sua alegação exclusiva pelo Estado, e, ainda assim, não comportando transferência do ônus de provar a insuficiência orçamentária ao particular pleiteante do suprimento fundamental. Ato contínuo, se discutirá se consiste a “reserva” em regra, valor,

matanorma, “condição de realidade” ou princípio propriamente dito, e, por fim, se discorrerá sobre o contexto em que surgiu o instituto na Alemanha, sobre os motivos que levam considerável parcela da doutrina a refutar o instituto de modo tão intenso e veemente, sobre a maneira como a questão é tratada no direito comparado, e sobre como, em termos práticos e cotidianos, a Reserva do Possível pode ser visualizada.

Dando prosseguimento, também valendo-se dos métodos histórico, dedutivo e comparativo, e da doutrina e jurisprudência pátrias e alienígenas, no *Capítulo 4* se tratará daquele que é um dos “elementos-chave” para a boa funcionalidade da Reserva do Possível no Brasil. Trata-se do Mínimo Existencial, e, tal qual no Capítulo anterior, também se objetivará esquadrihá-lo nos seus diversos aspectos, com uma observação: vai-se, aqui, habilitar na discussão para saber o quê está, afinal, dentro do Mínimo Existencial. Obtempera-se, de antemão, que a discussão é profunda, mas é preciso saber como confrontar a Reserva do Possível com o “mínimo” sem que um anule o outro. Dessa premissa depende a sobrevivência dos dois institutos. Mais do que isso, desta análise depende a manutenção da Reserva do Possível em sua concepção a que veio ao mundo, sem que sua real finalidade seja desfigurada, como tem acontecido, na prática.

Desta forma, neste Capítulo, tal como no anterior, também se vai formar um conceito para o “mínimo” resultante da junção de outras “partículas”, como a delimitação do instituto como subgrupo qualificado de direitos sociais, sua relação com o ativismo judicial, a impossibilidade de sua alegação pelo Estado como matéria de defesa, bem como a recomendável observância de sua presença pelo particular quando move ação em face do Estado. Em seguida, se discutirá sua natureza jurídica, isto é, se valor, regra ou princípio, e, além do direito comparado pertinente ao instituto e da já *supramencionada* discussão acerca de seu conteúdo constitucional, se analisará se é possível quantificá-lo em valores fixos, absolutos, como a faixa limite de isenção do Imposto de Renda para Pessoa Física, *p. ex.*

Por fim, no *Capítulo 5*, valendo-se dos métodos comparativo e dedutivo, serão explanados os parâmetros dialógicos entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial, objetivo maior deste trabalho, inclusive trazendo um estudo de caso no qual o Supremo Tribunal Federal definiu critérios para a determinação judiciária de concessão de medicamentos frente à negativa da máquina administrativa. Neste Capítulo, ainda, além de algumas propostas de parâmetros de conciliação entre os dois institutos em estudo, se tenciona definir um modelo embrionário de construção de critérios partindo dos intérpretes da Constituição de Häberle.

Em outras palavras, da junção do que foi trabalhado nos dois Capítulos anteriores chega-se àquele nevrálgico - que, não por acaso, dá nome ao trabalho -, no qual os critérios que aqui se propõe - os mais objetivos possíveis - serão explanados tanto para situações que envolvam o “mínimo” e a “reserva” em confronto, como para aquelas em que a Reserva do Possível não encontra o Mínimo Existencial “do outro lado” do campo de batalha. Tais critérios nada mais são que alternativas à ponderação, sobretudo em considerando que a Constituição Federal, que muitos dizem principiológica, ainda possui carga regravativa quantitativamente prevalente, de modo que alternativas à ponderação, que não se exaurem na mera subsunção, devem ser definidas para tratar destas ainda prevalentes regras constitucionais.

Frisa-se, no entanto, que *em momento algum se tenciona anular, diminuir ou refutar a importância da tão celebrada ponderação, mas apenas complementá-la ou opcioná-la*. É dizer: em algumas situações, bastará a ponderação; em outras, bastará a aplicação de critérios (os mais objetivos possíveis); em outras, ponderação e critérios poderão atuar conjuntamente.

Da soma de tais argumentos, em nota conclusiva se emitirá opinião particular, com proposta inovadora - porém não exauriente, obviamente - sobre o tema.

CAPÍTULO 2 - A COMPREENSÃO NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Interessante no processo evolutivo constitucionalista a participação de Konrad Hesse, Peter Häberle e Jürgen Habermas em áreas do pensamento distintas, porém confluentes. O primeiro, com sua “vontade de Constituição” (“*wille zur Verfassung*”)¹; o segundo, com sua “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (“*Die offene gesellschaft der Verfassunginterpreten*”)²; e o terceiro, com sua “substituição do direito racional pelo Estado jurídico”³.

Para Konrad Hesse (1991, p. 24), a Constituição, enquanto concepção jurídica, “[...] logra a despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa”. Segundo o autor (1991, p. 24), essa força “[...] impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição”. Obtempera-se, entretanto, que por mais que tenha uma Lei Fundamental esse “poder ativador”, não é ela capaz de alterar as condicionantes sociais, econômicas e de outra natureza, constituindo tais fatores, pois, limites da força normativa.

Já Peter Häberle (1997, p. 13-14) dá outro enfoque para a interdisciplinaridade constitucional que não o material de Hesse ao ampliar a gama de participantes no processo interpretativo “[...] *de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta (von der geschlossenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten zur Verfassungsinterpretation durch für die offene Gesellschaft)*”. Neste sentido, o autor (1997, p. 14) propõe a tese de que, no processo de interpretação constitucional “[...] estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”⁴.

¹ Konrad Hesse. *A força normativa da Constituição*, 1991.

² Peter Häberle. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, 1997.

³ Jürgen Habermas. *Direito e moral*, 1992.

⁴ “1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente; 2. Na posição que antecede a interpretação constitucional “jurídica” dos juizes (*Im Vorfeld juristischer Verfassungsinterpretation der Richter*), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição [...]; 3. Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material “subsiste” sem interpretação constitucional por parte do juiz [...]. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional” (Häberle, 1997, p. 41-42).

Por fim, Jürgen Habermas (1992, p. 107-108) afirma que o direito racional clássico “[...] não foi, unicamente, abandonado por razões filosóficas; *as relações, que ele deveria interpretar emanciparam-lhe*” (grifei). Segundo o autor (1992, p. 108), tornou-se claro “[...] que a dinâmica de uma sociedade integrada, através de mercados, não se deixa, mais, aprisionar nos conceitos normativos do direito e, muito menos, *paralisar* no enquadramento de um sistema jurídico”.

Fica clarividente, com base nas palavras mencionadas alhures, a existência atual de uma Constituição que não mais se limita ao Direito Constitucional - é dizer: nem a Constituição é sinônimo de Direito Constitucional, nem o Direito Constitucional é sinônimo de Constituição -, mas irradia em direção ao *sistema* como um todo. E, como se não bastasse, trata-se este sistema de *mecanismo organicista aberto e plural*, que marca a superação do caráter feudal a que estiveram vinculados os Textos Constitucionais até o início da década de 1950. A Constituição normativa, pois, virou palavra de ordem em qualquer sistema democrático, passando de mera “carta de intenções” para vinculadora das iniciativas pública e privada. Em outras palavras: se não é mais o sistema que se dirige à Constituição, mas o oposto, fica cristalino que a Constituição normativa não é centrípeta como as Constituições políticas, mas centrífuga⁵.

O Brasil, mesmo com a edição de Lei Maior (1967, mais obtusa/confusa alteração em 1969) já durante o período em que o fenômeno da normatividade dominava o mundo, está vivendo sua primeira experiência constitucional normativa atualmente. Iniciada em 1988, não é equivocado dizer que tal experiência teve como combustível a Emenda Constitucional nº 45/2004 e o início da transição do Supremo Tribunal Federal de uma mera Corte superposta de Justiça para uma verdadeira Jurisdição Constitucional⁶.

Com efeito, passaram a ser corriqueiros os casos de grande repercussão, e questões como a união homoafetiva, o aborto de feto anencefálico, o divórcio direto, a igualdade de gênero, a omissão legislativa inconstitucional, a soberania nacional, dentre outras, saem da alçada dos tribunais e ganham as cátedras sociais e mesas de debates. Neste diapasão, a partir

⁵ Bem observa Luís Roberto Barroso (2010, p. 197): “Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo adotado na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos”.

⁶ Segundo Marcos Cesar Botelho (2010, p. 213), inclusive, o pensamento de Habermas ajuda a embasar o desenvolvimento da jurisdição constitucional: “E Habermas nos fornece a ideia importante para a necessidade dessa abertura das Cortes Constitucionais *ao entender a legitimidade como uma resgatabilidade discursiva da pretensão de validade normativa. Essa abertura da jurisdição constitucional reflete, inclusive, uma exigência do próprio valor constitucional do pluralismo, capaz de fomentar novos pressupostos político-culturais e novas possibilidades de projeção prática*” (grifei). Em mesmo sentido, Luiz Fernando Coelho (2011, p. 271).

do momento em que se discute a influência da Constituição na vida das pessoas, *ainda que sequer se saiba que a questão está regulada constitucionalmente*, é porque a “sociedade aberta” de Häberle representa experiência bem-sucedida. Também, a partir do momento em que *situações fáticas são capazes de moldar a Constituição* (vide, *p. ex.*, e Emenda nº 66/2010, que permitiu o divórcio direto), é porque a “força normativa” de Hesse e sua limitação também obtiveram sucesso. Por fim, a partir do momento em que o constituinte *agrega profundo valor moral à Norma Fundamental*, é porque a ideia de entrelaçamento entre direito, política e moral de Habermas é exitosa.

Nos itens que seguem, se falará da importância do neoconstitucionalismo, da nova fase positivista, do Estado Democrático de Direito, do papel transcendental desempenhado pela dignidade humana, dos postulados interpretativos aplicáveis à Constituição Federal, e da realidade fática, neste fenômeno de normatividade constitucional.

2.1 O neoconstitucionalismo, a nova fase positivista e o Estado Democrático de Direito

É sabido que o pós-Segunda Guerra provocou mudanças no cenário geopolítico mundial, mas, mais do que isso, criou uma maneira diferente de pensar o direito, consubstanciada na reaproximação deste com a moral⁷, algo impensável na teoria pura *kelseniana* adepta de um ordenamento fechado^{8 e 9} e no sistema autopoietico de Luhmann¹⁰.

⁷ “Na Alemanha, a destruição positivista do direito racional consumou-se em vias separadas. Sem dúvida, a construção de Kant, segundo o qual, política e direito eram subjugados aos imperativos morais do direito racional é desmentido, tanto na dogmática do direito privado, como na teoria do estado jurídico - quer na perspectiva da justiça, quer na perspectiva do legislador político. Por isso, o *mesmo* problema deveria, obrigatoriamente, apresentar-se àqueles, que após o desmoronamento da construção, para protecção jus-racional, ficaram, ainda menos, convencidos da simples alternativa ao positivismo jurídico, em ambos os casos, de uma forma, respectivamente, diferente” (Habermas, 1992, p. 112). Também, Karl Larenz (1997, p. 113-161).

⁸ Hans Kelsen. *Teoria pura do direito*, 2003.

⁹ Interessante, neste sentido, a crítica de Karl Larenz (1997, p. 125) à teoria pura de Kelsen: “Com exceção da lógica e da matemática, o conceito positivista de ciência só admite como científicas as disciplinas que se servem dos métodos das ciências da natureza, ou seja, de uma pesquisa causal que assente na observação, na experimentação e na recolha de factos. Ora não só a ciência do Direito, mas também as chamadas ciências do espírito, como, por ex., a linguística, a história de arte, da filosofia e da literatura, e, muito mais ainda, a filosofia e a teologia, são manifestamente incompatíveis com semelhantes métodos. Se estas ciências não devem ser todas excluídas do círculo das ciências reconhecidas, então carece de crítica o próprio conceito positivista de ciência”.

¹⁰ Cf. Fernando Rister de Sousa Lima (2009, p. 75-76). O ideário de Luhmann é combatido por Habermas (1992, p. 87): “Evidentemente, o conceito de autonomia sistêmica, ainda que tenha uma referência empírica, não atinge a intuição normativa, que associamos à “autonomia do direito”. Observamos a *praxis* de decisão judicial, como sendo, apenas, independente, na medida em que, primeiro, os programas jurídicos do legislador não prejudiquem o núcleo moral do formalismo jurídico; e na medida em que, segundo as considerações políticas e morais que inevitavelmente, entram na jurisdição, se encontrem fundamentadas e não são tratadas como meras racionalizações de interesses, juridicamente, insignificantes”.

Melhor explica-se: o Estado Democrático de Direito é tido como sucedâneo lógico do que um dia foi o Estado Liberal e depois Estado Social, vindo à tona após a *supramencionada* Segunda Guerra Mundial¹¹ tendo em vista a análise empírica de que mesmo o Estado nazi-fascista, legitimador de atrocidades genocidas, foi um Estado de Direito, e, portanto, legal, nos termos estritos de uma análise fria¹². Isso permitiu concluir que não basta um Estado de Direito, é preciso um Estado *Democrático* de Direito, representando a democracia ponto diferenciador do totalitarismo de Hitler, Mussolini, Salazar, Franco, dentre outros¹³.

Neste sentido, conforme trecho de julgado extraído da obra de Robert Alexy (2009, p. 07-08), o Tribunal Constitucional alemão, no BVerfGE 23, 98 (106), de 1968, desconsiderou o §2º do 11º Decreto da Lei de Cidadania do *Reich*, de 25 de novembro de 1941, de cunho nacional-socialista, que privava da nacionalidade alemã os judeus emigrados, ao entender que os dispositivos ditos “jurídicos” do nazismo podem, sim, ser perfeitamente destituídos de validade por contrariarem os princípios fundamentais de *justiça*. Veja-se:

O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A ideia de que um legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídicas. Foi justamente a época do regime nacional-socialista na Alemanha que ensinou que o legislador também pode estabelecer a injustiça (BVerfGE [Bundesverfassungsgericht, Tribunal Constitucional Federal] 3, 225 (232)). Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de negar aos dispositivos ‘jurídicos’ nacional-socialistas sua validade como direito, uma vez que eles contrariam os princípios fundamentais da justiça de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplicá-los ou reconhecer seus efeitos jurídicos estaria pronunciando a injustiça, e não o direito (BVerfGE 3, 58 (119); 6, 132 (198)). O 11.º Decreto infringia esses princípios fundamentais. Nele, a contradição entre esse dispositivo e a justiça alcançou uma medida tão insustentável que ele foi considerado nulo *ab initio* (cf. BGH, RzW [Bundesgerichtshof, Rechtsprechung zur Wiedergutmachungsrecht,

¹¹ Cf. Lenio Luiz Streck (2010, p. 233).

¹² Neste sentido, André Ramos Tavares (2009, p. 18): “Sob a égide da lei, o regime nazista praticou todo o seu repertório de barbáries e atrocidades humanas. O mesmo foi repetido em inúmeras outras ditaduras”.

¹³ Oportunas ao contexto as palavras de J. J. Gomes Canotilho (2002, p. 100): “O Estado constitucional é “mais” do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade* de *uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político*. O Estado “impolítico” do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual “todo poder vem do povo” assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o “Estado de direito” e o “Estado democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*. Alguns autores avançam mesmo a ideia de democracia como valor (e não apenas como processo), irreversivelmente estruturante de uma ordem constitucional democrática”.

Decisões do Supremo Tribunal de Justiça alemão sobre o direito de reparação], 1962, 563; BGHZ [*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, Decisões em matéria cível do Supremo Tribunal de Justiça alemão] 9, 34 (44); 10, 340 (342); 16, 350 (354); 26, 91 (93)). *Esse decreto tampouco se tornou eficaz por ter sido aplicado durante alguns anos ou porque algumas das pessoas atingidas pela 'desnaturalização' declararam, em seu tempo, estarem resignadas ou de acordo com as medidas nacional-socialistas. Pois, uma vez estabelecida, uma injustiça que infrinja abertamente os princípios constituintes do direito não se torna direito por ser aplicada e observada* (grifei).

O trecho do julgado em evidência alude à combatividade de comando “hitlerista”, o que poderia levar à errônea suposição de que só o positivismo nazista deveria ser enfrentado, o que não é verdade. Prova disso, em outro trecho de julgado extraído novamente da obra de Robert Alexy (2009, p. 10), o mesmo Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1973, no BVerfGE 34, 269 (286 s.), decidiu a respeito da possibilidade de o juiz decidir em contrariedade a enunciado de lei, num caso que nenhuma relação guardava com o nacional-socialismo. Veja-se:

A vinculação tradicional do juiz à lei, um elemento sustentador do princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, do estado de direito, foi modificada na Lei Fundamental, ao menos em sua formulação, no sentido de que a jurisprudência está vinculada à ‘lei e ao direito’ (art. 20, §3). *Com isso, segundo o entendimento geral, rejeita-se um positivismo legal estrito*. A fórmula mantém a consciência de que, embora, em geral, lei e direito coincidam facticamente, isso não acontece de maneira constante nem necessária. *O direito não é idêntico à totalidade das leis escritas*. Quanto às disposições positivas do poder estatal, pode existir, sob certas circunstâncias, uma excedência de direito, que tem sua fonte no ordenamento jurídico constitucional como um conjunto de sentido e é capaz de operar como corretivo em relação à lei escrita; encontrar essa excedência de direito e concretizá-la em decisões é tarefa da jurisprudência.

Há se observar, portanto, que o que era necessidade de encontrar justificativa para deslegitimar espiritualmente a estrutura legalista sobre a qual erigiu-se o Estado nazista acabou servindo de fórmula genérica para reaproximar o direito da moral, cindidos na etapa moderna da evolução constitucionalista. A isso se deu o nome de “neoconstitucionalismo”¹⁴,

¹⁵ e ¹⁶

¹⁴ Bem lembra Daniel Sarmiento (2009, p. 32-33), contudo, que a palavra “neoconstitucionalismo” “[...] não é empregada no debate constitucional norte-americano, nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos [...]”.

¹⁵ Convém frisar, todavia, que não há apenas um conceito/espécie de neoconstitucionalismo, conforme lembra Humberto Ávila (2009b, p. 01).

¹⁶ Miguel Carbonell (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, 2007; Miguel Carbonell (org.). *Neoconstitucionalismo (s)*, 2003.

Dentro do neoconstitucionalismo, emerge uma nova fase do positivismo (o que não permite chamá-lo, contudo, de “pós-positivismo”, pois o positivismo em si ainda não foi superado, apenas readequado aos novos tempos¹⁷), na qual se pode observar, dentre outras coisas, a agregação de normatividade aos princípios¹⁸; a atribuição de valor ao normativismo incapaz de acompanhar o sem-número de possibilidades fáticas ante um mesmo caso¹⁹; o fomento à vinculação vertical e também horizontal dos direitos fundamentais²⁰; a possibilidade de manter atuais as legislações frente ao processo evolutivo rápido e constante da sociedade contemporânea por meio de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados passíveis de concretização singularizada pelo julgador²¹; a retirada da subsunção a “última palavra” da aplicação do direito conferindo à ponderação e às teorias da argumentação eficácia decisória²²; e a promoção da judicialização da política²³.

E, como se não bastasse, qual foi o local escolhido para perpetuar toda essa metamorfose? As Constituições²⁴.

Com isso, todas as peças do “quebra-cabeça” se encaixam e comprovam as teses de Konrad Hesse, Peter Häberle e Jürgen Habermas sem que estes - vale frisar - jamais tenham se declarado neoconstitucionalistas ou algo do tipo²⁵. Ora, se há incidência horizontal dos direitos fundamentais, significa que os demais “intérpretes da Constituição pertencentes a uma sociedade aberta” que não apenas o Estado até podem influir para a compreensão constitucional, *mas em contrapartida ficam a ela vinculados*; se admite-se como plausível a ideia de que a atualidade dos textos legislativos frente às constantes e rápidas alterações da sociedade deve ser mantida à base de conceitos jurídicos indeterminados, significa que

¹⁷ Neste sentido, oportunas as palavras de Habermas (1992, p. 112): “A este problema pode-se, em geral, dar a seguinte versão: por um lado, não é possível explicar os fundamentos morais do direito positivo na figura de um direito racional superior; por outro lado não é, igualmente, possível anulá-los sem substituto, sem retirar ao direito a sua condição de inalterabilidade, na sua essência, inerente ao mesmo. *Porém, deve então, ser mostrado, como é possível estabilizar, no interior do próprio direito positivo, o ponto de vista moral, de formação imparcial do juízo e da vontade*” (grifei). Em sentido contrário, Luís Roberto Barroso (2010, p. 248): “O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política”.

¹⁸ Robert Alexy. *Teoria de los derechos fundamentales*, 2002. Também, Luís Roberto Barroso (2009, p. 150-160).

¹⁹ Ana Paula de Barcellos. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, 2011. Também, Daniel Sarmento (2009, p. 32).

²⁰ Claus-Wilhelm Canaris. *Direitos fundamentais e direito privado*, 2009. Também, Alexei Julio Estrada (2007, p. 121-157).

²¹ Cf. Luís Roberto Barroso (2009, p. 144-146).

²² Ana Paula de Barcellos. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005.

²³ Eduardo Cambi. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, 2009. Também, Daniel Sarmento (2009, p. 32).

²⁴ Konrad Hesse. *A força normativa da Constituição*, 1991.

²⁵ Cf. Daniel Sarmento (2009, p. 33).

reconhece-se como verdadeiro o fato de que a “vontade de Constituição” está submetida às condicionantes desta sociedade em ebulição tal como frisou Hesse; se atribui-se normatividade aos princípios e estão as Constituições carregadas de conteúdo axiológico, significa tanto que a impregnação de valor ao direito - como propunha Habermas - é cristalina, bem como que a compreensão normativa da Constituição em grande parte se deve à nova dicotomia normativa regra/princípio²⁶; se a ponderação e as teorias da argumentação agora têm eficácia decisória e os dispositivos constitucionais paradoxais podem ser confrontados enquanto o Judiciário - mas não só ele, como bem lembra Häberle²⁷ - pode decidir isso, significa que a interpretação constitucional pode partir de todos os lados, seja dos três poderes, seja dos indivíduos tutelados pela Lei Fundamental.

Há, portanto, uma Constituição escrita, democraticamente elaborada, e outra invisível, que habita o subconsciente de todo cidadão, de modo que ambas formam um *Conjunto Constitucional Unitário*.

No Brasil, a reaproximação direito/moral - e as conseqüentes decorrências mencionadas alhures desse fenômeno²⁸ - manteve-se estagnada durante o período ditatorial - mesmo porque não há se conceber uma moral positiva num regime não-democrático - ganhando grande força com o processo de reabertura política, influenciando, *p. ex.*, no

²⁶ Herbert L. A. Hart (1994, p. 323-324) não incluía os princípios no campo da normatividade, mas tão-somente as regras, conforme se pode observar: “Não vejo razões nem para aceitar este contraste nítido entre princípios jurídicos e regras jurídicas, nem o ponto de vista de que, se uma regra válida for aplicável a um caso dado, deve, diferentemente de um princípio, determinar sempre o resultado do caso. Não há razões para que um sistema jurídico não deva reconhecer que uma regra válida determina o resultado nos casos em que é aplicável, excepto quando outra regra, julgada como sendo mais importante, seja também aplicável ao mesmo caso. Por isso, uma regra que seja superada, em concorrência com uma regra mais importante num caso dado, pode, tal como um princípio, sobreviver, para determinar o resultado em outros casos, em que seja julgada como sendo mais importante do que outra regra concorrente”. Neste sentido, complementa o autor (1994, p. 325): “Esta incoerência, verificada na pretensão de que um sistema jurídico consiste tanto em regras de tudo-ou-nada como em princípios não conclusivos, pode ser sanada se se admitir que a distinção é uma questão de grau. Certamente que se pode fazer um contraste razoável entre regras quase-conclusivas, em que a satisfação das respectivas condições de aplicação basta para determinar o resultado jurídico, salvo em poucos exemplos (em que as suas disposições podem entrar em conflito com as de outra regra reputada de maior importância), e princípios geralmente não conclusivos, que se limitam a apontar para uma decisão, mas que podem muito frequentemente não conseguir determiná-la”. As palavras de Hart integram um pós-escrito à sua obra, em consequência de ataque efetuado por Ronald Dworkin (2007, p. 35-43) de que não faria Hart (ou de que tenha feito muito escassamente) a distinção entre regras e princípios. Neste sentido, afirma Dworkin (2007, p. 35-36): “Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, *eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões*. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para direito nos força nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras” (grifei).

²⁷ Vide nota explicativa nº 4.

²⁸ Vide notas nºs 18, 19, 20, 21, 22 e 23.

fenômeno da constitucionalização do direito, bem como na elaboração de leis protetoras de sujeitos historicamente desprotegidos como a criança, o adolescente, a mulher, e o idoso.

No que atine à vinculação pública (eficácia vertical) e privada (eficácia horizontal) aos direitos fundamentais, tal característica pode ser extraída do art. 5º, §1º, da Constituição Federal, que, ao dizer que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, explicita a desnecessidade de maiores esclarecimentos ou divagações quanto à vinculação jurídica dos intérpretes da Constituição aos preceitos constitucionais, sobretudo se forem representativos de direitos fundamentais.

Mas foi na judicialização da política que a nova fase positivista²⁹ aqui se fez mais perceptível. Sob o manto do ativismo judicial - sobre o qual se falará em momento oportuno, mais especificamente no Capítulo do Mínimo Existencial -, a excessiva consagração de direitos na Lei Fundamental pátria bem como de instrumentos aptos a postulá-los tornou a população destinatária do socorro judiciário “da noite para o dia”, de maneira que, ignorando por completo a programaticidade de inúmeros comandos constitucionais, se decidiu que a Constituição jurídica de Hesse não comportaria espaço para inverdades constitucionais.

O problema é que a substituição das “inverdades constitucionais” pelas “inverdades decisórias” caracteriza nuance que converteu a nova fase positivista tradicional numa modalidade “à brasileira”, convém opinar. Melhor explica-se: se foi dito outrora que, conforme Hesse, condicionantes fáticas podem moldar a Constituição³⁰, o certo seria reconhecer que a máquina estatal não tem condições de suprir todas as carências que se lhe apresenta, de modo que a Constituição Federal de 1988 - e tudo o que lhe circunda - deveria ser moldada com essa característica. Daí vem, inclusive, o postulado da Máxima Efetividade, também de Hesse, e sobre o qual se falará no item seguinte. O problema é que, quando se decidiu que a Constituição jurídica não teria espaço para inverdades constitucionais e o decisionismo judicial viria, enfim, para “fazer justiça com as próprias mãos”, se desconsiderou “pequenos detalhes”, como a falta de alfabetização completa do povo brasileiro, a inexistência de um sistema de saúde eficiente, a questão previdenciária crítica, uma infra-estrutura ainda incompleta, uma democracia frágil, dentre outros; situações estas que exigem uma infinidade de comandos judiciais que, *em muito ou em pouco*, oneram os cofres públicos. Ou seja, este país adotou o ideário de Hesse, mas abasileirou-o. E

²⁹ Lembrando que refutamos a existência de um “pós-positivismo” como fase autônoma, isto é, cindida da fase positivista.

³⁰ Cf. Konrad Hesse (1991, p. 24).

abrasileirando-o subverteu-o. E subvertendo-o desconfigurou-o. As “inverdades decisórias” representam, pois, nada mais que a impossibilidade de resolver “todos os problemas do mundo” através do ativismo judicial.

Some-se a isso o pensamento de Peter Häberle (2008, p. 105), segundo o qual o protótipo do Estado Constitucional se caracteriza “[...] pelo fato de *não* estar em posse de verdades eternas pré-constituídas, mas sim de ser predestinado apenas a uma mera *busca* da verdade”. Conforme o autor (2008, p. 105), este Estado “[...] se fundamenta sobre “verdades” provisórias, revidáveis, as quais ele, a princípio, acolhe no plural e não no singular e também não as “decreta””. Observa-se, desta maneira, que em que pese se alegar que não comportam as Constituições inverdades, o fato é que se esquece que mesmo as Leis Fundamentais não são dotadas de verdades - tão menos absolutas -, mas sim de uma mera *busca pela verdade (ou uma verdade cortejada)*. Que essa busca não seja feita, todavia, à mercê das condicionantes fáticas de Hesse.

Não que defendamos a conformação e o passivismo frente às mazelas sociais que nos castigam, mas este argumento serve para ajudar a entender porque se passou a utilizar, no Brasil, a Reserva do Possível, e, depois, contra ela, a tese do Mínimo Existencial. No âmbito da judicialização da política, portanto, é que se situam a “reserva” e o “mínimo”, objetivos maiores deste trabalho.

2.2 O papel transcendental da dignidade humana

Clarividente para uma compreensão constitucional como conjunto normativo o importante papel desempenhado pela dignidade da pessoa humana.

Mais uma vez, age o pós-Segunda Guerra Mundial como marco limítrofe para se situar temporalmente a nova fase do ordenamento jurídico ocidental³¹. Já foi assim com o Estado Democrático de Direito, com o neoconstitucionalismo, e com a nova fase positivista. Assim também o é com a dignidade humana, bastando para comprovar tal assertiva a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, tomada pelas Nações Unidas como tentativa de romper de uma vez por todas com a barbárie bélica então recente a qual fora

³¹ Também, Luís Roberto Barroso (2010, p. 251).

submetido o mundo, que traz em seu bojo vários dispositivos atrelados à dignidade humana³² e ³³.

Diz-se no “*nomen*” deste tópico sobre o papel “transcendental” da dignidade humana, pois assim deve ela ser: transcendente. Algo próximo do previsto por Kant - o homem como “um fim em si mesmo”, e não como “meio” - em sua metafísica dos costumes³⁴. “Transcender”, no dicionário, representa aquilo “que se eleva além de um limite ou nível dado”, “que ultrapassa a nossa capacidade de conhecer”, significado que toda relação guarda com os fins de humanização do direito na contemporaneidade.

A Constituição pátria, em seu art. 1º, III, assegura como “princípio fundamental” da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, assim como o fizeram a Lei Fundamental da Alemanha (art. 1º, I), a Constituição Espanhola (preâmbulo e art. 10.1), a Portuguesa (art. 1º), a Belga (art. 23, após revisão em janeiro de 1994), a Lei Maior Paraguaia (preâmbulo), dentre outras (Sarlet, 2009a, p. 70-71). Com efeito, a previsão da dignidade com força constitucional somente ajuda a revelar a eficácia normativa que se quer atribuir às Leis Fundamentais.

Por “princípio fundamental” se deve entender algo que está além dos próprios “direitos” e “deveres fundamentais”. Não é à toa que, topologicamente, estão tais “princípios fundamentais” no Título I da Constituição, logo após o preâmbulo constitucional - de grande conteúdo valorativo, apesar de sua irrelevância jurídica -, mas antes do Título II da Lei Maior, que trata dos “direitos e garantias fundamentais”. Isso significa que, dentro dos “direitos e garantias fundamentais”, há princípios e regras constitucionais, mas “princípios fundamentais” propriamente ditos só estão explicitados nos quatro primeiros artigos da Constituição Federal, mais especificamente no art. 1º³⁵. Ajuda a demonstrar isso a observação de que, além da dignidade da pessoa humana, estão nestes quatro primeiros artigos a soberania, a cidadania, a interdependência dos poderes, a prevalência dos direitos humanos, a

³² Ver, a título ilustrativo, o preâmbulo da aludida Declaração: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]”. Também, seu art. 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Disponível em: http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf. Acesso em 19 de novembro de 2011. p. 01 e 03.

³³ Neste sentido, oportunas as palavras de Ana Paula de Barcellos (2011, p. 130): “A reação à barbárie do nazismo e dos fascismos em geral levou, no pós-guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais”.

³⁴ Immanuel Kant. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 68.

³⁵ Sem prejuízo de outros que possam implicitamente existir, como é o caso da “fraternidade”.

autodeterminação dos povos, a igualdade entre os Estados, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária etc.

Como “princípio fundamental”, pois, permite-se enxergar a dignidade humana como um sobreprincípio, *ou*, como prefere Ingo Wolfgang Sarlet, como um misto entre norma jurídica (princípio e regra) e valor fundamental³⁶, *ou*, como prefere Luís Roberto Barroso, como um valor e princípio subjacente ao grande mandamento de ordem religiosa do respeito ao próximo³⁷.

A dúvida reside, todavia, na natureza absoluta ou relativa da dignidade da pessoa humana, justamente por sua condição de sobreprincípio.

Luiz Antônio Rizzato Nunes (2002, p. 45) entende que a dignidade é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional, e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. Entende, por isso, que a dignidade é “[...] absoluta, plena, não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo” (Nunes, 2002, p. 46).

Eurico Bitencourt Neto (2010, p. 66), ao fazer uma análise ontológica da dignidade humana, afirma ser ela uma “[...] qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, *não podendo ser criada, concedida, tocada ou retirada, mas devendo ser reconhecida e protegida*” (grifei).

Para Ricardo Lobo Torres (2009, p. 151), por sua vez, com a mudança do paradigma jurídico e ético trazido pelo Estado Democrático de Direito, a dignidade “[...] a) já não é princípio hierarquicamente superior, pois se abre à ponderação; b) dela se irradiam não só os direitos fundamentais, mas também os sociais”.

Em mesma frequência, Ingo Wolfgang Sarlet (2009a, p. 140) entende que, nada obstante o cunho elementar atribuído à dignidade, não pode ser desconsiderado que ela “[...] ainda que não se a trate como o espelho no qual todos vêem o que desejam, inevitavelmente já está sujeita a uma relativização [...] no sentido de que alguém [...] sempre irá decidir qual o conteúdo da dignidade e se houve, ou não, uma violação no caso concreto”.

³⁶ “Assim, adiantando aqui aspecto que voltará a ser referido, verifica-se que o dispositivo constitucional (texto no qual se encontra enunciada a dignidade da pessoa humana (no caso, o artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988), contém não apenas mais de uma norma, mas que esta(s), para além de seu enquadramento na condição de princípio e regra (e valor) fundamental, é (são) também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidoras(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais” (Sarlet, 2009a, p. 76-77).

³⁷ Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2010. p. 250.

Com efeito, em que pese o extremo respeito pelo posicionamento que pende pelo caráter absoluto da dignidade humana, aquele que entende ser o sobreprincípio relativizável é o que merece prosperar. *Primeiro*, porque a simples possibilidade de confronto entre as dignidades dos sujeitos “X” e “Y”, por si só, já as relativiza. *Segundo*, porque o conceito de dignidade humana apresentou variações ao longo dos tempos³⁸, não sendo possível identificar uma dignidade homogênea: entre morrer queimado como herege e suportar a fome e a falta de saneamento básico dos nichos de obscurantismo social há muitas outras formas de se estabelecer o que é “indigno”, e, por consequência, o que é “digno”. *Terceiro*, porque se relaciona a importância crescente da dignidade à compreensão normativa da Constituição, cujo primado fundamental é defender a ausência de uma norma constitucional que “fale mais alto” que as outras. É dizer: ao consagrar a dignidade humana no bojo de uma Constituição, se lhe atribui os valores de segurança jurídica e humanização aos que se submetem à Lei Fundamental, mas, por outro lado, se lhe retira qualquer privilégio quando do encontro de diferentes normas constitucionais.

A importância da dignidade como “princípio fundamental” (ou como sobreprincípio), pois, reside na maneira como ela se acopla às outras regras, princípios e valores integrantes de todo o ordenamento jurídico, e na forma como se deve acoplar os argumentos regravos, principiológicos e valorativos para derrubá-la num caso concreto. Logo, a força da dignidade não está na sua positivação (afinal, a força de todas as normas é a mesma, isto é, sem qualquer hierarquia), mas no modo como se a usa para interpretar o direito. Daí sua importância ímpar: funcionar como denominador comum de toda espécie normativa.

2.3 A crescente importância dos postulados instrumentais para uma compreensão normativa da Constituição Federal

Com a inserção dos princípios no campo da normatividade, sobretudo a partir do pós-Segunda Grande Guerra - contexto não por acaso coincidente à nova fase positivista, conforme já visto -, tornando os axiomas, juntamente com as regras, espécies do gênero

³⁸ Ana Paula de Barcellos (2011, p. 126) apresenta, nesta escalada evolutiva, quatro momentos fundamentais: o cristianismo, o iluminismo-humanista, a obra de Kant, e o refluxo dos horrores da Segunda Guerra, nessa ordem.

norma³⁹, mostrou-se necessário distinguir a esfera de abrangência de um e outro⁴⁰, bem como seu âmbito de validade interno.

Mais especificamente no que atine a este *âmbito de validade interno*, de grande importância foram as contribuições de Konrad Hesse⁴¹ e Friedrich Müller⁴² - mas não só deles, vale frisar⁴³ -, quando se propuseram a desenvolver postulados instrumentais decorrentes do método hermenêutico-concretizante - por Hesse fomentado e por Müller complementado⁴⁴ -, de cunhos interpretativos de textos constitucionais e norteadores hermenêuticos na busca pela concretização dos preceitos magnos. Em outras palavras, desenvolveram Hesse e Müller meios de coexistência entre princípios e regras no cenário constitucional, através de seus postulados interpretativos *aplicáveis também às regras*⁴⁵.

Neste tópico, se dará especial atenção a alguns postulados desenvolvidos pelos autores alemães, como o da *unidade*, do *efeito integrador*, da *concordância prática*, da *força normativa*, da *máxima efetividade*, da *justeza*, bem como ao da *proporcionalidade*, cujo surgimento remonta à própria origem do moderno Estado de Direito⁴⁶.

2.3.1 Postulado da unidade

Tal postulado apregoa a necessidade de uma interpretação sintonizada de todos os preceitos constitucionais, sejam eles regras ou princípios. Neste sentido, afirma J. J. Gomes

³⁹ Vide nota explicativa nº 26.

⁴⁰ Robert Alexy, em sua “Teoria dos Direitos Fundamentais” é, hoje, quem melhor distingue essa esfera de abrangência das regras e princípios: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por tanto, los principios son *mandatos de optimización* [...]. En cambio, las *reglas* son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas e principios es cualitativa y no de grado” (2002, p. 86-87). Aliás, conforme se pode extrair das palavras de Alexy, observa-se que o jurista alemão refuta as palavras de Hart, se observada a nota explicativa nº 26, quando o inglês afirma que a distinção entre regras e princípios é uma “questão de grau”. No Brasil, de imensa valia são as palavras de Humberto Ávila (2009a, p. 30-123), que elenca os princípios e as regras como “normas de primeiro grau”, reservando aos postulados normativos o caráter de “normas de segundo grau”.

⁴¹ Konrad Hesse. *Escritos de derecho constitucional*, 1983.

⁴² Friedrich Müller. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 2000.

⁴³ Frisa-se que, além de Hesse e Müller, Humberto Ávila (2009a) também trabalha bem o assunto, em sua distinção entre “normas” e “metanormas”. Ademais, indubitável a contribuição de J. J. Gomes Canotilho (2002).

⁴⁴ Vide as notas nºs 41 e 42. Também, J. J. Gomes Canotilho (2002, p. 1198).

⁴⁵ Sobre esta aplicação dos postulados interpretativos também às regras, Friedrich Müller (2000, p. 70-97). Também, Humberto Ávila (2009a, p. 124).

⁴⁶ Cf. Willis Santiago Guerra Filho (2010, p. 255). Também, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 177).

Canotilho (2002, p. 1210): “Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema unitário de normas e princípios”^{47 e 48}.

Com efeito, ainda que possa parecer uma modalidade específica da clássica interpretação sistemática de Savigny⁴⁹, não devem ambos ser tratados com sinonímia, haja vista a aplicação estritamente vinculada a regras deste, em dissonância com a conglobação maior do postulado em epígrafe⁵⁰. Ademais, o postulado da unidade não é um método autônomo, tal como o sistemático, vez que, como já visto, a unidade integra o método hermenêutico-concretizador^{51 e 52}.

Assim, aplicar o postulado da unidade é dizer: interpretar a Constituição de forma una é somar *todos* os fatores nela contidos - explícitos e implícitos, jurídicos, sociais e políticos⁵³-, englobando, no caso da Constituição pátria, o preâmbulo, os princípios e regras constitucionais, as disposições constitucionais transitórias, as leis *infraconstitucionais* reguladoras dos preceitos maiores, e, sobretudo, a intenção do Constituinte quando da elaboração da norma. E, disso decorrem duas consequências primordiais:

A primeira é o completo afastamento da tese da hierarquia entre normas constitucionais, de Otto Bachof⁵⁴, bem como da distinção de Carl Schmitt entre o que é “Constituição propriamente dita” e o que são “meras leis constitucionais”⁵⁵.

A segunda consequência é o reconhecimento de que tal postulado não tem cunho estritamente legalista-constitucional, haja vista sua validade tanto para documentos juridicamente irrelevantes (lembremos da tese predominante da irrelevância jurídica do

⁴⁷ Lembrando que, quando o autor utiliza a expressão “normas e princípios”, deve-se entendê-la como “regras e princípios”. Canotilho cindia, originariamente, os princípios das normas, mas adequou-se à posição dominante na doutrina. Nesta citação, parece ter havido lapso do autor em fazer a correção, já que, na mesma obra, na p. 1241, o autor já faz a devida distinção.

⁴⁸ Também, Inocêncio Mártires Coelho (1997, p. 91).

⁴⁹ Friedrich Karl Von Savigny. *Metodologia Jurídica*, 2005.

⁵⁰ Neste sentido, oportunas as palavras de Konrad Hesse (1998, p. 58): “Também os “*métodos*” de interpretação individuais, considerados em si, não são diretrizes suficientes. O texto frequentemente ainda não diz nada de unívoco sobre o significado das palavras e deixa nascer a questão segundo o que - por exemplo, pelo uso linguístico geral ou por um jurídico especial, pela respectiva função do conceito - esse significado se determina. “Interpretação sistemática” pode ser aplicada diferentemente, conforme, se é tida em conta a conexão formal da disposição da norma em determinado lugar da lei ou sua conexão material”.

⁵¹ Vide notas n^{os} 41, 42 e 44.

⁵² Some-se a estes o argumento de Vladimir Brega Filho (2002, p. 60), segundo o qual o princípio da unidade da Constituição é mais que um método de interpretação, “[...] pois através dele buscamos o significado político da Constituição, a sua ideologia, enquanto no método sistemático de interpretação buscamos apenas compatibilizar os termos utilizados pelo constituinte”.

⁵³ Cf. Friedrich Müller (2000, p. 84).

⁵⁴ Otto Bachof. *Normas constitucionais inconstitucionais?*, 1994. p. 54-59.

⁵⁵ Carl Schmitt. *Teoria de la Constitución*, 1996. p. 37-44.

preâmbulo constitucional) como *extraconstitucionais* (lembramos dos Tratados Internacionais que versem sobre Direitos Humanos, mas não tenham sido aprovados por procedimento de Emenda Constitucional, *p. ex.*).

2.3.2 Postulado do efeito integrador

Por tal postulado entende-se que o “[...] critério de aferição do efeito integrante deve - orientado segundo a norma nos caminhos da constituição vigente - ordenar que na concretização do direito constitucional se dê preferência aos pontos de vista instauradores e preservadores da unidade” (Müller, 2000, p. 83).

De início, é indubitável a necessidade de criar um efeito útil para tal postulado, a fim de que este não se traduza em mera repetição ou mesmo modalidade específica daquele visto anteriormente, numa relação insossa conteúdo-contidente.

Este efeito útil consiste em entendê-lo como método interpretativo do *pluralismo político* que norteia as democracias constitucionais livres⁵⁶.

Ora, bem se sabe que os Textos Constitucionais são elaborados por gente das mais diferentes matizes políticas, logo, neste processo deve-se chegar a uma opinião sintetizada a qual vai constar destes Textos. É ululante ser impossível que em cada regra/princípio os interesses de todos estejam devidamente coadunados, de forma que o equilíbrio deve ser alcançado ao final, considerando todo o conjunto constitucional. Disso decorre a unidade política necessária a um Estado Democrático⁵⁷. Assim, se o grupo político “X”, *p. ex.*, faz prevalecer seu ideário no “dispositivo 1”, é preciso que a mesma situação se repita para os grupos “Y” e “Z”, nos dispositivos “2” e “3”, respectivamente. E, a partir deste equilíbrio original, deve se esforçar o julgador em mantê-lo.

⁵⁶ Na Constituição Federal de 1988, o “pluralismo político” é consagrado como princípio fundamental da República Federativa no art. 1º, V.

⁵⁷ O efeito útil, de viés político pluralista, que se pretende dar a tal postulado, correlaciona-se com a preocupação de Konrad Hesse (1998, p. 30) com a unidade política: ““Formação da unidade política” não significa a produção de um estado harmônico de concordância geral, de todo, não a abolição de diferenciações sociais, políticas ou organizacional-institucionais por unificação total. Ela não pode ser pensada sem a existência e o significado de conflitos para a convivência humana [...]. O conflito como tal ainda não contém a nova configuração, senão somente o resultado ao qual ele conduz. E sozinho o conflito não é capaz de possibilitar vida e convivência humana. Por isso, é importante, tanto dar lugar ao conflito e seus efeitos como, - não em último lugar, pelo modo da regulação de conflitos -, garantir a produção e conservação da unidade política, nem ignorar ou reprimir o conflito por causa da unidade política, nem abandonar unidade política por causa do conflito”.

Fica evidente, neste contexto, que se trata de postulado que tem como destinatário primeiro o feitor do direito, somente atingindo o aplicador do direito via ricochete.

2.3.3 Postulado da concordância prática

Tal como o postulado do efeito integrador, o da concordância prática (também conhecido por “harmonização”) também deve ser revestido por um efeito útil, para que se distinga daquele da unidade.

Por tal, deve-se evitar, sempre que possível, a sucumbência total de um bem-jurídico constitucional em favor de outro, como forma de prevenir que a este bem-jurídico prejudicado seja atribuído valor de quase-inexistência ante um caso concreto^{58 e 59}.

Canotilho (2002, p. 1211) restringe-o ao campo dos direitos fundamentais, dado o igual valor dos bens constitucionais nesta seara de direitos, embora este não pareça o melhor entendimento, já que, como dito alhures, há se buscar um efeito útil para tal. Com efeito, enquanto o postulado do efeito integrador sintoniza-se com o pluralismo político, tendo como destinatário primário o legislador, este em epígrafe deve guardar perfilhamento eminentemente jurídico, tendo como receptor primeiro, pois, o *aplicador* do direito.

Isto porque, em primeiro lugar, existirão dois elementos eminentemente principiológicos em sopesamento, e é perfeitamente possível que haja princípios de máxima amplitude fora da gama típica de direitos fundamentais, como é o caso, no Brasil, daqueles previstos no art. 34, VII, CF (forma republicana, sistema representativo e regime democrático, autonomia municipal, prestação de contas da administração pública, direta e indireta etc.). Daí o entendimento pela inaplicabilidade da concepção de Canotilho.

Em segundo lugar, porque este sopesamento implica contraditório, isto é, para toda *tese*, haverá uma *antítese*. Logo, outra pessoa não há, que não o julgador, para conciliar proposições aparentemente cindidas.

⁵⁸ Konrad Hesse (1983, p. 48) afirma que, por tal postulado, deve-se manter a condição de proteção dos bens-jurídicos constitucionalmente resguardados “[...] de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad”. Também, Friedrich Müller (2000, p. 86-87).

⁵⁹ Para Inocêncio Mártires Coelho (1997, p. 91), a plenitude deste postulado “[...] só se alcança na aplicação ou na prática do texto”.

Tal postulado será de suma importância quando das tratativas atinentes à possibilidade de deixar de aplicar um direito dito fundamental, que esteja ou não fora do Mínimo Existencial, em sua observância sob o prisma da Reserva do Possível.

2.3.4 Postulado da força normativa

A força normativa da Constituição deve ser considerada a “tacada de mestre” de Konrad Hesse no processo desenvolvutório dos postulados instrumentais que aqui se estudam. Tanto que a força normativa foi objeto de apreciação autônoma pelo autor alemão, num contraponto à concepção sociológica de Constituição de Ferdinand Lassale⁶⁰, em obra homônima traduzida para o português por Gilmar Ferreira Mendes.

É exatamente pela força normativa que se atribui sentido jurídico às Constituições, que se vincula o Legislativo não mais apenas formal mas também materialmente aos preceitos magnos, que se fomenta a jurisdição constitucional, que se legitima a eficácia horizontal (entre particulares) dos direitos e garantias fundamentais, que se atribui conteúdo aos princípios constitucionais outrora normativados etc.

Enfim, pela força normativa deve-se entender a *Constituição como um fim em si mesmo*, e não mais como mero elemento complementar de argumentação. É a chamada “vontade de Constituição” (“*Wille zur Verfassung*”) de que trata Hesse, que deve levar à bancarrota a “vontade de poder” (“*Wille zur Macht*”), na medida em que logra o Texto Constitucional realizar sua pretensão de eficácia⁶¹.

O postulado da força normativa, tal qual o da máxima efetividade (que se verá a seguir), costuma ser utilizado como argumento afastador da utilização da Reserva do Possível no ordenamento pátrio, razão pela qual ambos voltarão a ser debatidos quando das discussões

⁶⁰ Ferdinand Lassale (2009, p. 39) entendia que os problemas constitucionais não seriam problemas “de direito”, mas “de poder”, e disso decorreria a existência de *duas* constituições: uma *escrita*, outra *real*. Para o autor (2009, p. 39): “Onde a constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país”.

⁶¹ Cf. Konrad Hesse (1991, p. 19): “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem”.

acerca da indevida desfiguração conceitual que se tem dado, hodiernamente, ao instituto o qual, ao lado do Mínimo Existencial, se analisa neste trabalho.

2.3.5 Postulado da máxima efetividade

Também conhecido por postulado “da interpretação efetiva” ou “da eficiência”, a máxima efetividade guarda grande relação com o postulado da força normativa, sobre o qual se acabou de discorrer, no sentido de que, na interpretação de uma norma constitucional, “[...] deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” (Canotilho, 2002, p. 1210).

O efeito útil da máxima efetividade, e que a diferencia da força normativa, é sua aplicação estrita aos direitos e garantias fundamentais⁶².

Convém obtemperar, por fim, a relação deste postulado com o da unidade, também já explanado, por tomar como base a velha máxima de que “o legislador não usa palavras inúteis”, o que faz com que a todo dispositivo constitucional, sobretudo aquelas regras, valores e princípios fundamentais, deva ser atribuída eficácia operativa plena.

2.3.6 Postulado da justeza

De antemão, convém obtemperar que tal postulado também será de importância ímpar quando do avançar das tratativas propostas neste trabalho, sobretudo no que tange à possibilidade de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Pela justeza (ou conformidade funcional) objetiva-se evitar “[...] a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida” (Canotilho, 2002, p. 1210), no intento de que competências constitucionalmente previstas não sejam suprimidas e/ou desrespeitadas entre os órgãos que compõem as funções estatais.

Tal postulado possui elevada consonância com a Reserva do Possível e com o Mínimo Existencial, na discussão sobre a legitimidade do Poder Judiciário para determinar que os dois institutos sejam respeitados ou refutados, total ou parcialmente, com

⁶² Cf. J. J. Gomes Canotilho (2002, p. 1210).

preponderância de um ou outro, casuisticamente. Convém optar, pois, por tratar do assunto em outro momento, até para efeito de facilitação de leitura e de raciocínio.

2.3.7 Postulado da proporcionalidade

Conforme Robert Alexy (2002, p. 112), o conceito atual de proporcionalidade foi elaborado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, no BVerfGE 19, 342 (348 s.); 65, 1 (44), ao entender que o princípio da proporcionalidade resultaria da própria substância dos direitos fundamentais e que, por isso, embora não positivado na Lei Fundamental daquele país, possuiria “*status*” constitucional⁶³.

Duas considerações preliminares merecem sobrelevação no estudo deste postulado, contudo: a primeira, de que proporcionalidade e razoabilidade *não significam a mesma coisa*⁶⁴; a segunda, de que *sequer é pacífico na doutrina sobre ser a proporcionalidade, de fato, um postulado*⁶⁵.

De imediato, convém concordância à primeira consideração: não se deve encarar proporcionalidade e razoabilidade com sinonímia, não só pela etimologia das palavras que configura o “razoável” como algo justo - e não há qualquer relação entre o que é “justo” e o que é “proporcional” -, como pelo fato de não haver uma relação de *meio e fim* na razoabilidade, mas tão-somente de *critério e medida*⁶⁶.

Quanto à segunda preliminar, por sua vez, até entende-se haver uma justificativa em se querer considerar a proporcionalidade regra: do contrário, isto é, em classificando-a como

⁶³ Também, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 179).

⁶⁴ Neste sentido, Humberto Ávila (2009a, p. 161-162): “O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais [...]. Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um *meio* e um *fim*, tal como o faz o postulado da proporcionalidade [...]. Com efeito, o postulado da proporcionalidade pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (*meio*) e a promoção de um estado de coisas (*fim*) [...]. Já na utilização da razoabilidade como exigência de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada há uma relação entre uma qualidade e uma medida adotada: uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela”. Em sentido contrário, Luís Roberto Barroso (2010, p. 305).

⁶⁵ Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 168) entende ser de “regra” a natureza da proporcionalidade: “[...] ela tem a estrutura de uma regra, porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, esta aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo”. Já Robert Alexy (2002, p. 111-115) entende ser a proporcionalidade uma “máxima”.

⁶⁶ “Tanto é assim que não se pode afirmar - nos casos analisados - que o custo do serviço promove a taxa, ou que a culpa leva à pena. Não há, nessas hipóteses, qualquer relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, como é o caso da aplicação do postulado da proporcionalidade. Há - isto, sim - uma relação de correspondência entre duas grandezas” (Ávila, 2009a, p. 162).

princípio ou postulado, chegar-se-ia à estranha situação de ponderar a própria proporcionalidade com outros princípios ou postulados. Mas não é esse o entendimento mais acertado, afinal, considerar a proporcionalidade um postulado - evitando, assim, seu engessamento como regra -, permite que se mantenha a mesma como fórmula de aplicação sempre atualizada, e o melhor, sem um conteúdo específico. Tudo se exaure nos seus três subpostulados que, por sinal, muito de regra possuem⁶⁷.

Por falar nestes três subpostulados, insta lembrar que a proporcionalidade é formada da junção da *proporcionalidade em sentido estrito*, da *necessidade*, e da *adequação*.

Pela *proporcionalidade em sentido estrito*, intenta-se correlacionar o meio e o fim alcançado (adequação) de forma que excessos *jurídicos* sejam evitados⁶⁸. Essa ideia de evitação de aberrações “jusfundamentais” faz com que a proporcionalidade em sentido estrito seja confundida com a proporcionalidade propriamente dita, esta última vista enquanto gênero, dado seu caráter de justa medida.

Já pela *necessidade*, deve-se entender não serem todas as situações dotadas de aplicação do postulado da proporcionalidade. Ora, sempre vai haver mais de um elemento a ser comparado, em qualquer tipo de demanda, ao qual possa ser atribuído valoração constitucional⁶⁹. É exatamente por isso que o julgador deve se restringir aos casos mais sensíveis, num exame que abranja a eficiência da medida adotada e o grau de ofensa ao direito fundamental atingido⁷⁰.

Por fim, pela *adequação* compreende-se a conexão entre a possibilidade jurídica (proporcionalidade em sentido estrito) e a possibilidade fática (necessidade) da medida⁷¹.

⁶⁷ “La máxima de proporcionalidad suele ser llamada “principio de proporcionalidade”. Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto. La adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan procedencia y otras no [...]. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas” (Alexy, 2002, p. 112).

⁶⁸ Cf. Robert Alexy (2002, p. 112): “La máxima de la *proporcionalidad em sentido estricto*, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades *jurídicas*”. Também, Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 175).

⁶⁹ Cf. Humberto Ávila (2009a, p. 172).

⁷⁰ “Nessa comparação, como se percebe, duas são as variáveis a serem consideradas: (1) a eficiência das medidas na realização do objetivo proposto; e (2) o grau de restrição ao direito fundamental atingido. É claro que, tratando-se de duas variáveis, é necessário que se decida qual é a mais importante” (Silva, 2009, p. 171). Também, Humberto Ávila (2009a, p. 169-170) e Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 215).

⁷¹ “Quando uma medida estatal implica intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, necessariamente essa medida deve ter como objetivo um fim constitucionalmente legítimo, que, em geral, é a realização de outro direito fundamental [...]. A exigência de realização completa do fim perseguido é contraproducente, já que dificilmente é possível saber com certeza, de antemão, se uma medida realizará, de fato, o objetivo a que se propõe. Muitas vezes o legislador é obrigado a agir em situações de incertezas empíricas, é obrigado a fazer previsões que não sabe se serão realizadas ou, por fim, esbarra nos limites da cognição. Nesses casos, qualquer exigência de plena realização de algo seria impossível de ser cumprida” (Silva, 2009, p. 170).

É óbvio que, para que uma medida seja proporcional em sentido lato, deve atentar para estes três subpostulados, observados cumulativamente. Transferindo a discussão para o prisma que se pretende neste trabalho, tem-se que o subpostulado da adequação é bastante utilizado por aqueles que defendem a vigência da Reserva do Possível no ordenamento, haja vista o alto custo dos direitos sociais em detrimento do grau de alcance deles, preeminentemente individuais. Ou seja, muitas vezes, a discussão consiste em saber se o melhor a fazer é direcionar os gastos a uma necessidade singular e prejudicar um anseio coletivo, ou vice-versa.

E, mais do que isso, discute-se se é ponderável a Reserva do Possível com o Mínimo Existencial, o que faz com que a proporcionalidade também ganhe ares de “elemento-chave” no desenvolvimento da correlação entre estes dois institutos.

2.4 O descompasso entre a compreensão normativa e o plano fático

Conforme dito no final do item “2.1”, há nítido descompasso entre a compreensão normativa da Constituição Federal de 1988 e a realidade social pátria, marcado pelo decisionismo judicial exacerbado que chamou - e monopolizou - para si a responsabilidade de conferir “efetividade” à Constituição, independentemente das condicionantes sociais que, segundo Hesse, deveriam mitigar a sua - agora já explicada - força normativa. No final do mencionado item, ainda, chamou-se a atenção de que tal entendimento não representava a conformação com as mazelas sociais que marcam esta nação, mas a defesa de que, tal como lembrou Häberle, não pode competir tão-somente ao Judiciário a árdua tarefa de atuar como interpretador e implementador da Constituição. Não que o Judiciário seja incapaz disso, mas certamente não é o único que deve fazê-lo numa sociedade aberta. Por fim, se falou que esse decisionismo judicial exacerbado acabava por contribuir para a adoção da tese da Reserva do Possível como condicionante orçamentária estatal, e a do Mínimo Existencial em oposição à “reserva”.

Há se reconhecer serem raros os países em que a compreensão normativa da Constituição encontra absoluta - ou mesmo potencial - similitude com a realidade fática. Algo que só fica - e olhe lá! - restrito a nações com elevado Índice de Desenvolvimento Humano e fraternização dos direitos, como a Noruega, a Suécia, a Finlândia, a Dinamarca, o Canadá, a Suíça etc. Mesmo na Alemanha, *p. ex.*, onde não se prevê direitos fundamentais sociais no

bojo da Lei Fundamental de Bonn - sobre isso melhor se discorrerá em outro momento, mais especificamente no Capítulo da Reserva do Possível -, o entendimento continua sendo no sentido de proteção às políticas públicas.

Mas o que se quer dizer é que, independentemente do nível de aproximação entre a compreensão normativa e a realidade fática, “pontes” precisam ser construídas para encurtar essa distância e facilitar a compreensão, de ambos os lados - Estado e particular -, dos motivos de cada um. Consistem, pois, a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial em via de mão dupla, a saber, tratam-se de institutos intermediários nessa relação Estado/sujeito, através dos quais a população diz ao Estado que carece de algum direito e o Estado diz que não tem dinheiro para custeá-lo, ou o inverso, isto é, o Estado não cumpre com dever que lhe é constitucionalmente imposto e a população lembra-o que, ao menos, um mínimo necessário à subsistência deve ser observado, ainda que o custo deste direito não esteja previsto num orçamento. Resta saber - e esse sim é o grande objetivo do trabalho - qual o grau de interdependência da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial nesse trânsito jurídico-argumentativo.

Em suma, por todo o explanado neste Capítulo, fica desenhada a relação espaço-tempo na qual se discute as questões pertinentes à Reserva do Possível e ao Mínimo Existencial: o pós-Segunda Guerra, a nova fase positivista, a reaproximação entre moral e direito, o Estado Democrático de Direito, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, e sua força normativa.

CAPÍTULO 3 - A RESERVA DO POSSÍVEL

Países em fase de desenvolvimento, como é o caso do Brasil e de outras Repúblicas sul e centro-americanas, *p. ex.*, tendem a prever no bojo de seus Textos Constitucionais direitos fundamentais sociais em demasia, como medida salutar à manutenção de suas recentes e/ou frágeis democracias⁷². Trata-se de situação absolutamente antagônica à condição vigente na Lei Fundamental de Bonn, que desde 1949 extirpou de seu Texto os excertos advindos da Constituição de Weimar, de trinta anos antes, atinentes à excessiva previsão de direitos sociais^{73 e 74}. O cenário nos fica ainda mais peculiar se observada a Constituição Norteamericana que, já em 1787, relutava em prever direitos sociais em seu conteúdo⁷⁵.

A previsão excessiva de direitos sociais no recheio de uma Constituição, a despeito de um instante bem-intencionado de palavras promovido pelo constituinte, pode levar à negativa, paradoxal - e, portanto, inadmissível - consequência de uma Carta Magna cujas finalidades não condigam com seus próprios prescritos, fato que deslegitima o Poder Público

⁷² É o caso da Constituição Peruana, de 12 de julho de 1979 (arts. 12 a 57); da Constituição Argentina, de 1853 (art. 14 bis); da Constituição Mexicana, de 31 de janeiro de 1917 (art. 123); e da Constituição Uruguaia, de 24 de agosto de 1966 (art. 7º), *p. ex.*

⁷³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004, p. 48-49) explica que, ao fim da Primeira Guerra Mundial, a situação em Berlim, capital alemã, era tão caótica, que a Constituinte teve de se reunir em Weimar, de passado intelectual, em que se cultivava (e ainda se cultiva) a figura de Goethe. Segundo o autor (2004, p. 48-49), elaborou-se uma Constituição para a Alemanha republicana, “[...] da qual o ponto mais relevante para a história jurídica é a Parte II - Direitos e deveres fundamentais dos alemães. Nesta, dedica-se a primeira seção ao indivíduo, a segunda, à vida social, a terceira, à religião e sociedades religiosas, a quarta, à instrução e estabelecimentos de ensino, e a quinta, à vida econômica [...]. Nela destacam-se a sujeição da propriedade à função social - com a célebre fórmula: “A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve visar o interesse geral” (art. 153) -, a repartição das terras (reforma agrária) (art. 155), a possibilidade da “socialização” de empresas (art. 156), a proteção ao trabalho (art. 157), o direito de sindicalização (art. 159), a previdência social (art. 161), a co-gestão de empresas (art. 165)”.

⁷⁴ A Constituição da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949 (“Lei Fundamental de Bonn”), por sua vez, não prevê um rol de direitos sociais, se limitando a tratar, apenas, do ensino, em seu art. 7º. Neste sentido, Konrad Hesse (1998, p. 170) afirma que a Constituição Alemã “[...] renuncia aos “direitos fundamentais sociais”, como eles estão contidos em várias constituições estaduais”. Isto porque, para o autor (1998, p. 170), tais direitos “[...] não se deixam realizar já por eles serem organizados, respeitados e protegidos, senão pedem ações estatais para a realização do programa social contido neles, que requerem regularmente um tornar-se ativo não só do legislador, mas também da administração”. Assim, “[...] o Estado não tem não sem-mais os pressupostos do cumprimento desse programa nas mãos; a realização de direitos fundamentais sociais pode, além disso, conduzir, muitas vezes, a um prejuízo dos direitos de liberdade de outros. Semelhantes direitos não podem, por conseguinte, como isso é essencial para a concepção dos direitos fundamentais da Lei Fundamental, fundamentar pretensões do cidadão imediatas, que podem ser perseguidas judicialmente” (Hesse, 1998, p. 170). A razão para esta discrepância entre “Bonn” e “Weimar”, segundo Andreas J. Krell (2002, p. 45), se deve à atribuição da Constituição de Weimar, de 1919, “[...] como um modelo de Carta “fracassada” que, inclusive, contribuiu para a radicalização da política desse país nos anos 20 e a tomada do poder pelos nazistas em 1933”. Conforme Krell (2002, p. 46), os artigos da Carta de Weimar “[...] foram “ridicularizados” por parte dos integrantes da extrema-direita e esquerda política, como “promessas vazias do Estado burguês” e “contos de lenda””.

⁷⁵ Ver, contudo, Malla Pollack (2008, p. 363-389).

como determinador de que particulares respeitem os direitos fundamentais, já que sequer eles próprios, os administradores, conseguem cumprir o que consta de seu Estatuto Máximo⁷⁶.

Neste diapasão, tem-se que a despreocupação do constituinte em separar o - desde sempre tênue - liame entre o *político* e o *jurídico* leva a uma mistura que pode se revelar eficaz explosivo para a demolição da já combalida repartição de funções constitucionais. Em outras palavras, quando se vincula diretamente uma Constituição, de cunho hodierno eminentemente jurídico, à implementação de políticas sociais, retira-se a concretude do Texto Constitucional para transformá-lo num *documento compromissário em potencial liquefação à medida que estas políticas forem sendo levadas a efeito*.

Este cenário seria perfeito *se* houvesse um movimento uniforme e homogêneo nesta atividade implementadora, *se* o Brasil fosse um país de *renda per capita* elevada (como é o caso da Alemanha, que se permitiu retirar de sua Lei Fundamental os direitos sociais), *se*, mais de vinte anos depois de Constituição Brasileira, os progressos sociais fossem claramente perceptíveis, *se* não houvesse uma obsolescência programada decorrente de imperfeições como a corrupção e os interesses escusos em prol de uma minoridade etc.

São tantos os “*se(s)*” que se torna impossível, ainda que na melhor das intenções, não reconhecer que a Lei Maior brasileira é documento *compromissário* e em *liquefação*, sim, *mas sem que a implementação de políticas sociais esteja ocorrendo como deveria*, condição imperiosa para admitir-se como válidos os adjetivos “compromissário” e “liquefação” *supramencionados*.

Com isso, fica desenhado o itinerário objeto das maiores discussões no campo do Direito Público, nos dias atuais. Veja-se, passo-a-passo: 1º) a Constituição prevê e o Estado não fornece; 2º) Alguém procura o Poder Judiciário que, sob o manto do ativismo judicial, manda o Estado fornecer, independentemente da programaticidade das normas constitucionais; 3º) O Estado diz que não tem recursos orçamentários para tal (Reserva do Possível); 4º) O Poder Judiciário persiste em seu comando.

E, como se não bastasse, ainda no meio deste “trajeto” discute-se “o quê” está dentro do Mínimo Existencial, se a Reserva do Possível é oponível ao “mínimo”, bem como quais são as naturezas da “reserva” e do “mínimo”.

⁷⁶ Some-se a isso o estado de frustração coletiva pela não-realização do escopo constitucional social, conforme bem lembra Konrad Hesse (1998, p. 171): “Ele promete, então, na Constituição, uma coisa que ele não pode cumprir e, assim, podem esperanças, que se referem a determinações de objetivos estatais na Constituição, ser facilmente frustradas; *o efeito integrador da Constituição pode transformar-se em seu efeito contrário*” (grifei).

Convém começar tratando pela Reserva do Possível, e nos tópicos que seguem se dará ao instituto um conceito, se discutirá sua natureza jurídica, se tratará de seu surgimento, se falará de sua incorporação pelo sistema jurídico brasileiro (juntamente com as teses que refutam-na), bem como se fará breve explanação do direito comparado e de sua aplicabilidade prática.

3.1 Conceito

A Reserva do Possível, assunto intrinsecamente relacionado ao “custo dos direitos”⁷⁷, consiste, num conceito originário - e ontologicamente despretensioso -, na limitação argumentativo-fática à implementação dos direitos constitucionalmente previstos em razão de insuficiência orçamentária para tal.

Mas, superado este “cartão de visitas” acerca do assunto, convém construir definição municionada de mais bem elaborados elementos, para dar à “reserva” sustentação futura. E melhor modo de fazê-lo não há que não por partes.

3.1.1 A reserva do possível como exclusiva matéria de defesa do Estado

Em *primeiro lugar*, convém afirmar que a Reserva do Possível é *matéria exclusivamente de defesa do Estado*. Ora, se compete à Administração Pública a efetivação dos comandos prestacionais contidos na norma, em especial aqueles de caráter fundamental, a ela caberá o ônus de contrariar essa determinação. Sendo assim, não se pode admitir que particular, quando sofra execução decorrente de obrigação de pagar quantia certa, *p. ex.*, alegue a “reserva” como método de desvencilhamento em caso de sua insolvência⁷⁸.

⁷⁷ Cf. Stephen Holmes e Cass Sustein (1999). Em mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008, p. 31), Gustavo Amaral (2001a, p. 71-80), Luís Fernando Sgarbossa (2010, p. 198-215), e Fabiana Okchstein Kelbert (2011, p. 65-69).

⁷⁸ Em mesmo posicionamento, Gustavo Amaral (2001a, 116-117) afirma que: “A reserva do possível significa apenas que a concreção pela via jurisdicional de tais direitos demandará uma escolha *desproporcional, imoderada* ou *não razoável* por parte do Estado. Em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas [...]. Haveria, em síntese, uma presunção de ilegalidade ou irregularidade da conduta estatal aparente desconforme com o programa ou regra constitucional ou legal, devendo a Administração Pública demonstrar suas razões, não como razões de estado, mas como razões de convencimento, sua motivação para a escolha de que interesses seriam sacrificados”.

3.1.2 A reserva do possível e o ônus de prová-la exclusivo do Estado (sem qualquer possibilidade de inversão ou de distribuição dinâmica deste ônus)

Ademais, em *segundo lugar*, ao Estado compete provar a presença de situação *casuística ensejadora da “reserva”*, sem qualquer possibilidade de se inverter ou de se distribuir de maneira dinâmica este ônus probatório. A inferência que disso se extrai é a de que, uma vez demandado, o ônus de provar a insuficiência orçamentária apenas ao Estado compete, sob advertência da possibilidade de haver êxito nas alegações formuladas pelo autor. Tal parte conceitual confere um caráter de teorema à Reserva do Possível, no sentido de que, *alegação formulada é alegação devidamente argumentada pelo Estado*. Isso é, inclusive, medida de proteção para evitar que se incumba ao autor da demanda provar a existência de recursos orçamentários, o que dificultaria, além do direito à prova, em sentido específico, o acesso à justiça, em âmbito generalíssimo⁷⁹.

3.1.3 A reserva do possível e sua alegação excepcional

Em *terceiro lugar*, a Reserva do Possível *somente comporta alegação excepcional*. É dizer: o Estado não pode alegar a “reserva” a toda e qualquer demanda que lhe é formulada, mas apenas àquelas que, de fato, remontam ao inacessível pelo orçamento estatal sem que isso se traduza em prejuízo da coletividade. Desta forma, uma consequência processual é que, caso a Reserva do Possível seja a única matéria de defesa alegada pelo Estado, e o caso especificado não seja de cabimento da tese, deverá o Estado ser considerado revel, por força deste caráter de excepcionalidade.

⁷⁹ Nesta frequência, Daniel Sarmiento (2010, p. 411-412): “Portanto, o ônus da prova em demonstrar que a concessão de determinada prestação esbarra na reserva do possível deve pesar sobre o Estado, e não sobre o jurisdicionado, até porque não seria razoável exigir deste último que apresentasse em juízo todos os dados e informações necessários para que se proceda à referida análise. Não basta, portanto, que o Estado invoque genericamente a reserva do possível para se opor à concessão judicial de prestações sociais [...]. É preciso que ele produza prova suficiente desta alegação”. Também, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “[...] 5. *A reserva do possível não pode ser apresentada como alegação genérica, destituída de provas da inexistência de recursos financeiros*. Requer, ademais, considerações sobre a situação orçamentária do ente público envolvido, o que esbarra na súmula 7 desta Corte Superior. Recurso especial improvido (REsp 764.085/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 10/12/2009)” (grifei). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22reserva+do+poss%EDvel%22&&b=ACOR&p=tr ue&t=&l=10&i=10#>. Acesso em 18 de maio de 2011.

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

Por falar em excepcionalidade, tal caráter se deve às “escolhas trágicas”⁸⁰ a serem feitas quando estão em jogo mais de um direito social, ou um direito social e vários direitos individuais⁸¹. Mesmo porque, há se distinguir a “inexistência de recursos” - o que *raramente* ocorre num Estado de grande arrecadação e grande distribuição de bens sociais, como é o caso do Brasil -, da “escolha alocativa de recursos” - o que *geralmente* ocorre num Estado em que essa distribuição é maior que a arrecadação, como é o caso do Brasil^{82 e 83}.

Não se pode, pois, admitir a “reserva” como cláusula negatória indiscriminada de suprimento de direitos fundamentais, pois isso feriria por completo o dirigencialismo de Canotilho que circunda a Constituição Federal⁸⁴ e que, com ou sem ressalvas⁸⁵, deve ser respeitado⁸⁶. Se é fato que critérios devem ser observados para a concessão de direitos sociais,

⁸⁰ Cf. Guido Calabresi e Philip Bobbit (1978). Já Gustavo Amaral e Danielle Melo (2008, p. 101) chamam isso de “*trade-off*”.

⁸¹ “Melhorar a merenda escolar ou ampliar o número de leitos na rede pública? Estender o saneamento básico para comunidades carentes ou adquirir medicamentos de última geração para o tratamento de alguma doença rara? Aumentar o valor do salário mínimo ou expandir o programa de habitação popular? Infelizmente, no mundo real nem sempre é possível ter tudo ao mesmo tempo” (Sarmento, 2010, p. 392).

⁸² Conforme consta da Revista “Veja”, edição de 03 de agosto de 2011, em sua p. 97, em 2010, o Brasil apresentou receita da ordem de 919 bilhões de reais, mas despesa de 966 bilhões, uma defasagem de 47 bilhões que agora inclui-se nos 1,8 trilhões de reais da dívida pública pátria.

⁸³ Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 207-211) bem observa esta distinção: “Logo, há que se diferenciar entre o que não é possível porque não há, comprovadamente, meios suficientes, mesmo depois de atendidas as normas constitucionais que determinam alocação de recursos, e o que não é possível porque os meios suficientes foram alocados para outras prioridades. Neste diapasão, assume especial relevância a questão de escolha alocativa de recursos, responsável pela decisão sobre “*quanto disponibilizar e a quem atender*”. Também, Gustavo Amaral (2001a, p. 147-150).

⁸⁴ Há se concordar com Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 249), quando trata da influência da Constituição Portuguesa, de 1976, na Brasileira, de 1988, “[...] especialmente na positivação de direitos fundamentais sociais, e na adoção de um princípio de Estado de Direito Social e Democrático que informa (ou procura informar) a atuação do Governo nas matérias que tocam mais de perto os cidadãos”.

⁸⁵ A expressão utilizada (“com ou sem ressalvas”) se deve ao fato de Canotilho (2001) ter, em releitura à sua própria obra, “matado” a Constituição Dirigente. Disso infere-se que o fator influenciador do Texto Constitucional pátrio não mais vige, segundo seu criador.

⁸⁶ Neste sentido, Miguel Calmon Dantas (2009, p. 373): “[...] não há como se admitir que tenha morrido o dirigismo constitucional brasileiro. Em verdade, mesmo com todas as dificuldades delineadas, o caráter metagarantista da doutrina e o desempenho da jurisdição constitucional têm como resguardar as duas dimensões, de resistência e projeção do Estado Social, das utopias jurídicas e dos direitos fundamentais. A Constituição brasileira de 1988 permanece viva, emancipatória, libertária, includente e processualmente efetivada, em direção ao cumprimento dos programas e da realização ótima das utopias constitucionais, projetadas pela comunidade política”.

contrariu sensu significa dizer que critérios devem ser observados, também, para a *não* concessão de direitos sociais. E, se a regra é a não aplicação da Reserva do Possível, significa que tais critérios devem sempre ser interpretados no sentido da concretização dos direitos sociais, e, portanto, somente em *ultima ratio* imperaria a cláusula de exclusão em evidência.

3.1.4 A dimensão tríplice da reserva do possível

Por fim, em *quarto lugar*, há uma dimensão tríplice a ser observada pela Reserva do Possível, que engloba a *disponibilidade dos recursos* (questão orçamentária, propriamente dita), a *disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos*, e, *sob a perspectiva de um titular de direito a prestações sociais*, a “reserva” envolve a *proporcionalidade*, em especial no seu prisma da adequação vista no Capítulo anterior^{87 e 88}.

Enfim, da junção destes quatro elementos se permite formular um conceito mais bem-elaborado da Reserva do Possível: trata-se de matéria a ser não só alegada mas também devidamente argumentada pelo Estado. Ademais, o argumento da “reserva” tem caráter excepcional, respeitando o aspecto tridimensional formado pelas disponibilidades fática e jurídica, e pela proporcionalidade, mais especificamente, no caso desta última, quanto ao subpostulado da adequação.

3.2 Natureza jurídica

Questão certamente intrigante e de fundamental importância para o desenvolvimento do tema remonta à natureza jurídica da Reserva do Possível: se *regra* ou *princípio* - dentro de

⁸⁷ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008, p. 30): “Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional”. Também, Fabiana Okchstein Kelbert (2011, p. 78-89).

⁸⁸ Luís Fernando Sgarbossa (2010, p. 216-222) também adota esta dimensão tríplice de Sarlet, Figueiredo e Kelbert (vide nota explicativa nº 87). Aliás, o autor auxilia a desenvolver essa ideia: para ele, a limitação fática pode decorrer de uma *escassez real ou econômica*, enquanto a limitação jurídica decorre de uma *escassez ficta*. Para o autor (2010, p. 218), a *escassez real ou econômica* é a “[...] decorrente da efetiva inexistência concreta do recurso”. Já *escassez ficta* “[...] são recursos que são economicamente existentes, ou seja, que na realidade fática existem, mas cuja alocação em determinados setores acaba por implicar o não-atendimento de outras necessidades, por uma decisão disjuntiva do órgão ou agente com competência em matéria alocativa, seja ele qual for” (Sgarbossa, 2010, p. 220).

uma natureza normativo-deontológica -, se *valor* - dentro de uma natureza normativo-axiológica⁸⁹, se *metanorma*, considerando-a como objeto autônomo⁹⁰, ou se *uma quarta via*, como uma “condição de realidade”, defendida por parcela da doutrina.

Para se chegar a esta natureza, melhor técnica não há que a da exclusão.

3.2.1 A reserva do possível como regra?

Com efeito, não se trata a “reserva” de regra, vista haja a concepção *dworkiana*⁹¹ (implementada por Alexy⁹²) de “tudo ou nada” conferida às regras. Para Dworkin, as regras não têm a dimensão do peso ou importância que possuem os princípios, tornando-se forçoso concluir, pois, que as regras são apenas funcionalmente importantes ou desimportantes. Assim, para o autor inglês, “[...] se duas regras entram em conflito, *uma delas não pode ser válida*” (grifei) (Dworkin, 2007, p. 43). Desta forma, a decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada “[...] deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras” (Dworkin, 2007, p. 43).

É certo, contudo, que Ana Paula de Barcellos (2005, p. 203) enxerga a ponderação de regras quando estas trouxerem conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas de indeterminação de outra natureza, *ou* quando “[...] a incidência da regra no caso produz uma injustiça tão grave que parece intolerável” (Barcellos, 2005, p. 204), *ou* quando “[...] há uma colisão de regras, insuperável por qualquer das técnicas tradicionais da hermenêutica jurídica” (Barcellos, 2005, p. 212). Mas, em se tratando da Reserva do Possível, não parece haver amoldagem a qualquer destas três hipóteses para que ela, mesmo como regra, seja ponderável.

Sob tal ótica, impossível seria pensar no instituto em estudo como barreira intransponível aos direitos sociais, afinal, na lógica do “tudo ou nada”, funcionaria a “reserva” muito mais como “nada”, eliminando por completo uma ampla gama de dispositivos da Constituição com caráter regrativo e principiológico que preveem direitos fundamentais. Noutra argumento, apesar de carecer a “reserva” de previsão na Lei Fundamental pátria, ainda que implícita ou tacitamente, sua eventual legalização *infra* obviamente seria inconstitucional, justamente por confrontar essa ampla gama de dispositivos *supramencionada*.

⁸⁹ Robert Alexy. *Teoria de los derechos fundamentales*, 2002. p. 139-141.

⁹⁰ Humberto Ávila. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2009. p. 125-143.

⁹¹ Vide nota explicativa nº 26.

⁹² Vide nota explicativa nº 40.

Desta forma, a bem da sobrevivência do instituto - bem como dos próprios direitos fundamentais, sobretudo os sociais -, há se refutar sua condição de regra.

3.2.2 A reserva do possível como valor?

Ademais, também valor não deve ser considerada a Reserva do Possível. Apesar da proximidade com o conceito de princípio de Alexy⁹³ (lembrar que o autor alemão qualifica valor como norma axiológica, e divide-o em regra de valoração e critério de valoração⁹⁴), insta lembrar a diferença entre o “*melhor*” e o “*devido*”, adjetivismos distinguidores de valor e princípio, respectivamente⁹⁵. Em outras palavras, por *princípio* entende-se “o que é devido”, ainda que isso não seja a melhor solução, enquanto por *valor* entende-se “o que é melhor”, ainda que indevido. Nesta frequência, se tomarmos a “dignidade da pessoa humana” enquanto valor como exemplo, significa dizer que ela estará acima de tudo, ainda que um princípio preze por seu rebaixamento casuístico.

Indubitável, neste contexto, que não há se admitir considerar a Reserva do Possível valor, vista haja o risco de supremacia da negação à implementação de direitos sociais que tal classificação poderia causar. Em outras palavras, o “melhor” a fazer seria, sempre, não levar a efeito direitos sociais. Até porque, - observe-se -, na prática pouco diferiria da Reserva do Possível como regra: enquanto lá, funcionaria a “reserva” como “nada”, aqui, funcionaria a “reserva” como “melhor não”.

3.2.3 A reserva do possível como metanorma?

Prosseguindo, também não parece ideia mais acertada ser a Reserva do Possível metanorma - apesar do brilhantismo com que Humberto Ávila desenvolve o tema “postulados normativos”⁹⁶ -, e tal argumento quem bem lembra é Ana Carolina Lopes Olsen, tendo em

⁹³ Robert Alexy. *Teoria de los derechos fundamentales*, 2002. p. 147.

⁹⁴ Vide nota explicativa nº 89.

⁹⁵ “La diferencia entre principios y valores se reduce así a um punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de principios, definitivamente debido. Así pues, los principios e los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente” (Alexy, 2002, p. 147).

⁹⁶ Humberto Ávila. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2009. p. 124.

vista não estar uma metanorma sujeita, ela própria, à ponderação. Do contrário, seria o estranho ato de “ponderar a ponderação”. Até porque, ela, a ponderação, “[...] se aplica como uma regra no caso concreto (hipótese de adequação e necessidade) ou como um princípio (proporcionalidade em sentido estrito)” (Olsen, 2008, p. 200).

Ademais, noutra justificativa para afastar o caráter metanormativo da Reserva do Possível, há se levar em consideração que as metanormas (ou normas de segundo grau) são, na visão de Humberto Ávila, estabelecedoras de *critérios de aplicação* dos princípios e das regras, de modo que, enquanto estas normas ditas de primeiro grau servem para determinar condutas obrigatórias, permitidas, proibidas, ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir fins, aquelas servem como parâmetros para a realização de outras normas (Ávila, 2009a, p. 139). E a “reserva” não é parâmetro de outra coisa que não o próprio direito em si, o que a diferencia por completo do postulado da máxima efetividade da Constituição, *p. ex.*, quando este desempenha papel nitidamente direcionado à aplicação eficaz dos preceitos constitucionais. Com efeito, a Reserva do Possível não atua como intermediária entre o princípio/regra e o direito, por fazer ela própria o papel de elemento determinante do resultado almejado quando se postulou em juízo o suprimento de direito fundamental.

Prova dessa tenuidade entre o que é “postulado normativo” e o que é “princípio”, reside no fato de que mesmo Humberto Ávila admite a denominação da metanorma como princípio, se o princípio é definido “[...] como norma imediatamente finalística, como normas de otimização a serem realizadas em vários graus segundo as possibilidades fáticas e normativas ou como normas fundamentais com elevado grau de abstração e generalidade” (Ávila, 2009a, p. 125). Nestas hipóteses, segundo o autor, “[...] o problema não é de nomenclatura, é de inconsistência científica” (Ávila, 2009a, p. 125).

3.2.4 A reserva do possível como “condição de realidade”⁹⁷?

Por fim, desde já externando o respeito a quem assim entenda, não merece guarida ser a Reserva do Possível considerada elemento exógeno ao direito, como uma “condição de

⁹⁷ Além de parcela doutrinária que considera a Reserva do Possível uma “condição de realidade”, há ainda o posicionamento de Ricardo Lobo Torres (2009, p. 105), segundo o qual se trata o instituto não de um princípio nem de um limite dos limites, mas de um “conceito heurístico” aplicável aos direitos sociais. Com efeito, por ser a “heurística” um conjunto de regras e métodos que conduzem à resolução de problemas, tal enfoque se aproxima muito do “postulado normativo” desenvolvido por Ávila, de modo que refutando a “reserva” como “postulado”, pelos mesmos motivos se deve refutá-la como “conceito heurístico”.

realidade” subordinante de direitos sociais⁹⁸. Ainda que a condicionante orçamentária seja eminentemente fática (leia-se: o custo dos direitos e seu fornecimento remontam a questões que se sobrepõem à mera previsão legal, como a situação econômica porque passa o país, o valor do objeto/serviço pleiteado, as condições financeiras do demandante etc.), há ainda duas outras dimensões predominantemente jurídicas umbilicalmente ligadas à “reserva”, que são o subpostulado da adequação - dentro do postulado maior da proporcionalidade -, e a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos (lembrar da dimensão tríplice da Reserva do Possível, que foi vista no item “3.1.4”).

Nesta frequência, estranho seria pensar que uma discussão *jurídica*, que busca uma conclusão *juridicamente possível*, fosse determinada por elemento *não-jurídico*. Melhor explica-se: admitir a Reserva do Possível como “condição de realidade” implica retirá-la do prisma jurídico para reposicioná-la no campo político, o que enfraqueceria, e muito, sua possível defesa pelo Estado quando instado a concretizar direitos fundamentais, frente às alegações de “proibição do retrocesso”⁹⁹, de “mínimo existencial”¹⁰⁰, e de “núcleo essencial dos direitos fundamentais”¹⁰¹, argumentos estes essencialmente jurídicos. Isso desequilibraria por completo a equivalência de argumentos entre Estado e particular (prejudicando a “paridade de armas”, portanto), configurando a falaciosa ideia de que o Estado está sempre vinculado a um pedido individual de suprimento judicial fundamental.

E não é isso que se intenta defender em momento algum.

Conforme se observará nos Capítulos seguintes, a proposta é pela manutenção da Reserva do Possível, em sua condição excepcional, é verdade, mas com critérios - os mais objetivos possíveis - para quando de sua aplicação. Tal premissa permite concluir que, comparando-a a um desses tradicionais relógios suíços, dentro da Reserva do Possível estão uma série de roldanas, polias, rodas denteadas, molas e parafusos - engrenagens, enfim -, que aqui metaforizam elementos essencialmente jurídicos, como os juízos de ponderação, de

⁹⁸ Neste sentido, Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 201): “A reserva do possível corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do direito. O Direito é um fenômeno prescritivo, ou seja, as normas jurídicas têm por fundamento uma determinada realidade fática, a partir da qual prescrevem condutas. Dentro desta concepção, é certo que o Direito não pode prescrever o impossível - e é neste sentido, em um primeiro momento, que se pode abordar a temática da reserva do possível, embora trazendo a discussão para o campo dos direitos fundamentais sociais a prestações”.

⁹⁹ Cristina Queiróz. *O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, 2006. Também, Ingo Wolfgang Sarlet (2004), Eurico Bitencourt Neto (2010, p. 159-163), Fabiana Okchstein Kelbert (2011, p. 94-98), e Luís Fernando Sgarbossa (2010, p. 296-302).

¹⁰⁰ Não custa lembrar que, sobre o “mínimo” se falará no Capítulo seguinte.

¹⁰¹ Cláudia Perotto Biagi. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*, 2005. Também, Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 149-157), Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 187-202), e Luís Fernando Sgarbossa (2010, p. 288-296).

máxima efetividade da Constituição, de respeito à repartição de funções (conformidade funcional), de eficácia dos direitos fundamentais etc. E, se o sistema maquinaário da “reserva” é jurídico, obviamente não pode sua couraça ser algo não-jurídico.

3.2.5 A reserva do possível como princípio?

Isto posto, excluídas da natureza jurídica da “reserva” a regra, o valor, a metanorma, e a “condição de realidade” (elemento metajurídico), apenas um elemento resta factível: a natureza principiológica - e, portanto, normativa - da Reserva do Possível. Aliás, caso não se tenha reparado até agora, convém explicitar que em momento algum se tratou do instituto como “Princípio” da Reserva do Possível, justamente por esta necessidade preliminar de esclarecer sua natureza jurídica, o que faz com que, a partir de agora, ao fazer menção à “reserva”, por ela também se possa chamar de princípio.

E porque princípio?

A resposta é singela - mas não sem menor importância -, e reside na “lógica do mais ou menos” de Dworkin (depois aprofundada por Alexy), pela qual aos princípios competem formar uma equânime relação entre elementos preponderante e preponderado, e, ainda, que isso não seja de eficácia imutável, mas apenas casuística, tendo em vista o acúmulo de peso em cada lado da balança conforme elementos forem sendo acrescentados¹⁰². Em prol da subsistência da Reserva do Possível como princípio, tem-se que ela deve ser oposta (e a ela devem ser opostas) outras normas principiológicas no sentido de se chegar “ao que é devido” (lembrando da classificação de Alexy¹⁰³) sem que isso importe sacrifício eterno para uma das partes¹⁰⁴. “Trocando em miúdos”, significa dizer que nem sempre se dará ao Estado a desejada opção de usar a “reserva” como cláusula negatória indiscriminada (como tem o Estado almejado, na prática), nem ao indivíduo será dado o caminho livre de ter seu direito

¹⁰² Bem lembra Ronald Dworkin (2007, p. 42) que, quando dois princípios se cruzam, “[...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia”.

¹⁰³ Vide nota explicativa nº 95.

¹⁰⁴ Robert Alexy (2002, p. 89) trabalha com a “dimensão de peso ou importância” que possuem os princípios (e que não possuem as regras) de que trata Dworkin (isso já foi mencionado alhures), ao afirmar: “Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios - como sólo pueden entrar en colisión principios válidos - tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”.

social devidamente implementado, amparado em prévio permissivo constitucional social que, como mencionado no início do Capítulo, se encontra em profundo processo de transformação dado seu visível fracasso.

Desta forma, convém o perfilhamento por um “Princípio” da Reserva do Possível, em sua essência mais pura, como forma de assegurar que prevaleça em alguns casos¹⁰⁵, sucumba em outros¹⁰⁶, mas jamais seja esquecido.

3.3 Surgimento da reserva do possível

A Reserva do Possível (“*Der Vorbehalt des Möglichen*”) foi apresentada ao mundo pela primeira vez aos 18 de julho de 1972, via controle concreto de constitucionalidade, no BVerfGE 33, 303 (“*Numerus Clausus*”), oriundo do Tribunal Constitucional Federal alemão, em resolução a dois problemas apresentados pelos Tribunais Administrativos de *Hamburg* e da *Baviera*, cujos objetos eram a admissão para medicina humana nas universidades de *Hamburg* e da *Baviera*, nos anos 1969 e 1970¹⁰⁷.

Ana Carolina Lopes Olsen narra que, no lapso de tempo havido entre 1952 e 1967 - pouco anterior ao surgimento da tese, portanto -, o número de estudantes nas universidades

¹⁰⁵ Como este julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás: “Mandado de segurança. Omissão do Estado no fornecimento de medicamento. Não inclusão do fármaco na lista do SUS. Princípio da reserva do possível. Direito não absoluto. Ordem denegada. 1- Sendo limitadas as finanças do poder público para o custeamento de remédios aos cidadãos, e não sendo o direito à saúde de caráter absoluto, deve-se adotar critérios objetivos para a concessão do medicamento pleiteado, priorizando as políticas públicas que alcancem a coletividade como um todo, em detrimento de somente um cidadão. 2 - Não cabe ao poder judiciário ditar políticas públicas, embora deva intervir quando provocado para garantir direitos fundamentais, como o da saúde (art. 196, CF). 3- Não estando o medicamento dentre os fornecidos pelo SUS, e observando-se, principalmente, os princípios da reserva do possível, da razoabilidade e do acesso universal à saúde, deve ser denegada a segurança. Segurança denegada, à unanimidade de votos (TJGO, Mandado de Segurança 212812-55.2009.8.09.0000, Rel. Dr. Jeronymo Pedro Villas Boas, 2ª Câmara Cível, julgado em 09/03/2010, dje 601 de 18/06/2010) (grifei). Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/index.php?sec=consultas&item=decisoes&subitem=jurisprudencia&acao=consultar>. Acesso em 12 de agosto de 2011.

¹⁰⁶ Como acontece na maioria dos casos.

¹⁰⁷ Luís Fernando Sgarbossa (2010, p. 128), contudo, enxerga a essência da “reserva” antes disso: “Não obstante essa origem jurisprudencial mais recente e corriqueiramente indicada, a racionalidade subjacente à “reserva do possível” é bem mais antiga, e foi causa de dissensões no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, acarretando uma cisão ainda hoje existente no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos das Nações Unidas, com mais de duas décadas de antecedência ao primeiro precedente citado (BVerfGE), que data de 1973. Recuando ainda mais no tempo, de se ressaltar que se pode afirmar, com base nos dados históricos de que se dispõe, que o pensamento do *nec ultra vires* ou *secundum vires*, de acordo com o qual as comunidades deveriam cuidar convenientemente dos seus pobres na medida de suas forças, ficando assim a caridade, a filantropia e a assistência social condicionadas aos recursos disponíveis, remonta pelo menos ao século VI de nossa Era, tendo sido registrada nos anais do II Concílio de Tours, ocorrido na cidade francesa homônima, no ano de 576 d.C. [...]”.

científicas da Alemanha praticamente dobrou; “[...] o número de primeiro-anistas passou de 25.000 para 51.000. O desenvolvimento das universidades, entretanto, não acompanhou estes números. Para que isso fosse necessário, as esferas governamentais teriam de disponibilizar mais de 7,7 bilhões de marcos, valores irrealistas se considerada a situação alemã do pós-guerra” (Olsen, 2008, p. 215). Por conta disso, prossegue a autora (2008, p. 215), “[...] nos anos 60, cada vez mais escolas recorreram ao auxílio da regra do *numerus clausus*, existente desde os anos imediatos ao pós-guerra. O número de vagas para o ensino superior era limitado, e de fato não poderia atender a toda a população”.

Isto posto, superada esta questão sociológica narrada por Olsen, em análise ao *supramencionado* BVerfGE 33, 303, extraído da obra organizada por Leonardo Martins intitulada “Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão” (2005, p. 656-667), observa-se que o parágrafo 17 da Lei Universitária de *Hamburg*, de 25 de abril de 1969, determinava que a admissão para alguns cursos poderia ser restringida tendo-se em vista a capacidade de absorção da universidade, para garantir a regular realização de um curso na respectiva área do conhecimento. Segundo a Corte Constitucional alemã, do direito à livre escolha profissional e dos locais de ensino decorreria um direito à admissão ao curso universitário, o qual poderia ser limitado por meio ou com base em uma lei.

Frisou-se, todavia, que limitações absolutas de admissão para calouros de uma graduação somente seriam constitucionais fossem elas determinadas nos limites do estritamente necessário (depois do uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis), e, ainda, após a escolha e distribuição dos candidatos segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato qualificado para o ensino superior e com o respeito, na maior medida do possível, da escolha individual do lugar de ensino.

No “*Numerus Clausus*” paradigmático, afirmou-se que, num Estado de direito e social de liberdade (“*freiheitlicher Rechts und Sozialstaat*”), não mais se pode confiar a livre decisão dos órgãos estatais para delimitar o círculo dos favorecidos e excluir uma parte dos cidadãos das vantagens, principalmente porque isso, em sede de resultado, implicaria em um direcionamento profissional, o que contrariaria o direito de admissão assegurado pela Lei Fundamental alemã. Mas, por outro lado, se observou, também, que se o número das pessoas recusadas aumentasse excessivamente, como no caso do curso de medicina, o direito protegido constitucionalmente de admissão restaria ameaçado de tornar-se inócuo. Em virtude disso, se decidiu aceitável condicionar essa admissão a uma limitação estrutural e orçamentária.

Por isso, para o Tribunal Constitucional Federal, mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são, desde o início, restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Assim, ao administrador competiria, na gestão de seu orçamento, também observar outros interesses da coletividade, bem como a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior. Isso não representaria autorizativo, contudo, a que um candidato, em qualquer momento, pleiteasse a vaga do ensino superior por ele desejada, pois isso tornaria os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes quase exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por vários fatores. Isso levaria, segundo a Corte Constitucional, a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas à custa da coletividade é incompatível com a ideia do Estado Social.

Desta forma, fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.

Por todos os argumentos acima trazidos e aqui analisados, enfim decidiu o Tribunal Constitucional Federal alemão (2005, p. 667):

Assim, um Numerus Clausus absoluto para ingressantes na universidade somente será constitucional, segundo o estágio das experiências realizadas, quando ele: (1) for prescrito nos limites do estritamente necessário, sob a utilização exaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes de formação (cf. sobre isso abaixo: II), e quando (2) a escolha e a distribuição ocorrerem segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato em si qualificado ao ensino superior e com o maior atendimento possível à escolha individual do local de formação (cf. sobre isso: abaixo III) (...).

Acautelando-se para não ser hiperbólico, insta sobrelevar que o BVerfGE 33, 303 prima por teorização excelente da condição *fático-suposta* a partir da qual germina o Princípio da Reserva do Possível. Com efeito, dele se extraem alguns dados cuja valia se revelará quando da perspectiva objetivo-criteriosa que se quer dar ao tema.

O *primeiro* deles é a cumulação do art. 12 I 1 da Constituição Alemã com os princípios da igualdade e do Estado Social. Sem muitas delongas, até porque o assunto já foi discutido, isso denota o caráter normativo dado aos princípios naquele ordenamento como algo já há muito assimilado por completo, tendo em vista a coexistência da previsão constitucional e dos mencionados axiomas num sistema uno.

O *segundo* dos dados é a refutação da hipótese temerária do “privilegio de uns em detrimento da carência de outros”, presente quando se pleiteia, judicialmente, o acesso ao ensino superior de Medicina, justamente sabendo que o sistema universitário alemão, em algumas áreas do conhecimento, observou crescimento exponencial que o levou à hipertrofia, fazendo com que - o que para os brasileiros não é exatamente uma novidade¹⁰⁸ - estudantes tenham de aguardar a abertura/disponibilidade de vagas para o início da profissionalização desejada. Neste prumo, o Tribunal Constitucional Federal subtende que obrigar a Administração Pública a proceder à matrícula de um pelejante em curso superior credencia potenciais postulantes a pelejantes a atitudes tão egoísticas como a que ensejou a ação do julgado em evidência, e o pior, com garantia de provimento, afinal, se concedido o acesso universitário para um, em nome do normativo princípio da igualdade, também deverá sê-lo para outros¹⁰⁹. Assim, o tribunal alemão alerta para o risco, ainda em forma embrionária, de que uma decisão favorável incondicionada, sem quaisquer pestanejos, em prol de quem pleiteia, possa desencadear um alto volume de ações idênticas no Poder Judiciário, fazendo com que a via, inicialmente vista como segura, não dê vazão aos excessos, justamente pela incapacidade da Administração de atender a todas as determinações judiciais.

E, aqui, convém fazer uma crítica: é preciso aprender com as experiências de outros, além das pessoais, sejam elas positivas ou negativas. Na Alemanha, o problema começou a ser discutido no hoje distante ano de 1972, e, já na época, há mais de quatro décadas, se

¹⁰⁸ Conforme decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que examinou problema semelhante ao paradigmático alemão: “Agravo de instrumento. Ação civil pública. Convênio entre INCRA e UFPEL. Turma especial para assentados em curso de medicina veterinária. O ingresso no curso de Medicina Veterinária da UFPEL, exclusivamente pelas famílias de assentados do INCRA, impõe malferimento ao princípio da igualdade no acesso ao ensino (arts 5º, caput, I e art. 206, VI, CF), não devendo a universidade pública privilegiar determinadas categorias ou segmentos de categorias profissionais. Em questões de políticas públicas cabível a intervenção do Judiciário somente na hipótese de os gastos públicos não atenderem os mínimos existenciais. Por mais elástico que possa ser o campo de atuação conformador da Universidade Federal de Pelotas, do INCRA e da Fundação Privada Simão Bolívar, não se está a tratar de um mínimo existencial, mas de um curso no qual prepondera o método de livre acesso, que é, praticamente, um curso de Medicina, não adequado àquela específica atuação e atividade profissional dos beneficiários (TRF4, AG 2007.04.00.037679-1, Quarta Turma, Relator Valdemar Capeletti, D.E. 03/03/2008)”. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/citacao.php?doc=TRF400164824>. Acesso em 16 de agosto de 2011.

¹⁰⁹ Gustavo Amaral (2001a, p. 34-40) bem trabalha a questão. Também, Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 292-298).

reconheceu, muito além da discussão hoje em voga sobre a possibilidade de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, que a Administração Pública não poderia atender *incontinenti* a todos os comandos judiciais de cunho social, sob pena de superlotação judiciária e falência estatal, justamente o que aconteceu no Brasil. Inobservância ou desleixo nosso?

Dando prosseguimento, o *terceiro* dado que se extrai do julgado transcrito alhures é a exigência de que o administrador não fique inerte aos problemas que lhe são apresentados (colocar a culpa apenas no Judiciário é, pois, “tampar o sol com a peneira”). Ora, se o número de alunos em idade universitária cresceu, que cresça, também, o número de instituições de ensino aptas a acolher esse contingente estudantil, ou não sendo essa a possibilidade, que políticas de remanejamento e readequações sejam levadas a efeito no sentido de minimizar o número de alunos em “*stand by*”.

No caso concreto, reconheceu a Corte Constitucional a movimentação administrativa em favor da diminuição da escassez de vagas. Tal dado, inclusive, deixa claro o caráter de excepcionalidade da alegação e reconhecimento da Reserva do Possível, somente sendo passível sua utilização como salvaguarda última, em derradeira instância, comprovada a real e efetiva incapacidade estatal, e não primariamente a toda e qualquer demanda de cunho provedor interposta no Poder Judiciário, como vem acontecendo atualmente, na prática, no Brasil (aliás, é exatamente por isso que, quando se discutiu o conceito de “reserva” no tópico “3.1.3”, se disse que, caso o princípio seja a única matéria de defesa alegada pelo Estado, e não seja situação autorizadora de seu cabimento, se está diante de hipótese permissiva de considerar o ente demandado revel. Daí este caráter de excepcionalidade).

Por fim, o *quarto* dado que se extrai do julgado germânico é o de que atentou o Tribunal Constitucional Federal pela necessidade da criação de critérios para aplicação da Reserva do Possível. Com efeito, logo no fim do trecho transcrito acima utiliza-se a expressão “critérios *racionais*”, e racionalidade implica objetividade. Como já dito, foi este o “disparo motivador” para a elaboração deste trabalho, a saber, a criação de critérios dotados da maior objetividade possível, no intento de dialogar a “reserva” com o “mínimo”, de oferecer alternativa e/ou complemento à ponderação, e de evitar que situações que incluam a “reserva” em seu bojo continuem sendo decididas conforme um mero estado de consciência do julgador, sem quaisquer parâmetros que possam servir de base ao Princípio do Contraditório.

3.4 Tem fundamento a crítica à incorporação da reserva do possível no sistema jurídico brasileiro?¹¹⁰

Se considerável parcela da doutrina e da jurisprudência acolhe a “reserva” e estuda meios para a minimização de seus efeitos, outra corrente rechaça qualquer validade da tese num âmbito em que as discrepâncias estamentárias são gritantes, como é o caso do Brasil.

Aliás, esse é o primeiro argumento em prol da refutação da Reserva do Possível neste país: na Alemanha, berço do instituto, apesar da já propalada ausência de previsão de direitos sociais na Lei Fundamental de Bonn, o nível de desenvolvimento da igualdade e da fraternidade mesmo dentro de uma economia neoliberal pós-Guerra de sucesso faz com que a implementação de políticas públicas seja, por natureza, maximizada¹¹¹. Assim, quando a “reserva” é alegada na Alemanha, é porque muita coisa antes já foi feita pelo Estado, e o que se pede é sobrepujante¹¹². A briga, pois, é “pelo limite do teto”, e não “pela manutenção, ao menos, do chão”, como em tese ocorre no Brasil¹¹³.

Outro argumento encontra amparo no fenômeno - já visto - da judicialização da política. Se um dia o Executivo impôs as regras do jogo no Primeiro Estado Francês cabendo ao Judiciário apenas a função apêndicular de “boca da lei” tão obliquada por Montesquieu¹¹⁴, e se depois da Revolução Marselhesa - até o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, diga-se

¹¹⁰ Escreveu-se, com o Prof. Dr. Renato Bernardi, um artigo - menos aprofundado, é óbvio - somente sobre o tema: *Tem fundamento a crítica à incorporação da reserva do possível no sistema jurídico brasileiro?*, 2011.

¹¹¹ Neste sentido, Luís Fernando Sgarbossa (2010, p. 149): “O crescimento alemão nas décadas que se seguiram à Segunda Grande Guerra foram significativos também no que se refere aos indicadores sociais”. Dentre outros dados citados pelo autor em sua obra, exemplifica-se que entre 1947 e 1975, “[...] a cobertura da população com relação ao “seguro-velhice”, equivalente funcional da aposentadoria por idade brasileira, variou entre 55% e 60% da população alemã, quadro mais favorável que o da Bélgica (entre 47% e 50%), da França (entre 37% e 49%), da Itália (entre 29% e 57%), dados esses relativos ao início e término do mesmo período, respectivamente. No que diz respeito ao seguro-doença, no período compreendido entre 1947 e 1975, encontravam-se cobertos 55% a 66% da população economicamente ativa da Alemanha, variando a média italiana para o mesmo período entre 30% e 70%, a belga entre 60% e 70%, a francesa entre 48% e 75%” (Sgarbossa, 2010, p. 150-151). Assim, concluiu que o Estado Social “[...] encontrava-se, portanto, significativamente efetivado na Alemanha entre as décadas de 60 e 70 do século XX, e a dificuldade em prover educação superior, nos casos dos *numerus clausus* I e II prendiam-se, essencialmente, a um aumento significativo da demanda, conforme se depreende da própria literalidade da decisão BVerfGE 33, 303” (Sgarbossa, 2010, p. 152).

¹¹² Cf. Andreas J. Krell (2002, p. 52). Também, Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 223).

¹¹³ “Mesmo diacronicamente as realidades socioeconômicas alemã e brasileira são incomparáveis: O Índice de Desenvolvimento Humano - IDH, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, para os países membros da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos – OCDE, dentre os quais a Alemanha, entre 1957 e 2004, cresceu de pouco mais de 0,8 para 0,9. A evolução do mesmo índice para os países da América Latina foi de pouco mais de 0,5 para pouco mais de 0,7. Desse modo, o IDH dos países latino-americanos em 2004, segundo o PNUD, é inferior ao dos países membros da OCDE em 1975, lembrando-se sempre que as decisões-paradigmas em estudo remontam à década de 70 do século passado” (Sgarbossa, 2010, p. 152).

¹¹⁴ Montesquieu. *O espírito das leis*, 2000.

de passagem - foi a vez da hipertrofia do Legislativo e seu prisma eminentemente político de enxergar as coisas¹¹⁵, o fato é que no Estado Democrático de Direito assiste-se ao emergir do Judiciário como garantidor da força normativa da Constituição ainda que, para isso, precise abandonar a cegueira imparcial de Têmis, a deusa grega da Justiça¹¹⁶. Neste contexto, sustenta-se que o Princípio da Reserva do Possível pode constituir óbice pernicioso a que o Judiciário consubstancie-se como salvaguarda última à crise de gestão do Executivo e à crise de legislação da respectiva função homônima ordinariamente competente. Em outras palavras, afirma-se que a “reserva” pode representar entrave à operacionalidade da última das funções que, “ainda que aos trancos e barrancos”, consegue defender os interesses mais nobres do povo em áreas como saúde, educação, moradia, transporte, segurança etc.¹¹⁷

Um terceiro e último argumento encontrado reside no propalado desvirtuamento ou numa exotividade da Reserva do Possível do Brasil que a torna “*sui generis*” em relação à sua congênere alemã, fato decorrente de uma cisão do instituto em *limitação fática* (objeção da falta de recursos) e *jurídica* (objeção da indisponibilidade de recursos)^{118 e 119}, sendo que, em verdade, somente esta última limitação - jurídica - é que se assemelharia a uma *reserva de orçamento*¹²⁰ e, portanto, nos moldes propostos pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. “Trocando em miúdos”, pois, a limitação fática seria criação genuinamente brasileira¹²¹.

De toda forma, a aproximação entre a limitação jurídica e a reserva de orçamento é inevitável, restando à limitação fática os pressupostos do subpostulado da adequação. Assim,

¹¹⁵ Karl Doehring. *Teoria do estado*, 2008.

¹¹⁶ Hoje se fala em “parcialidade positiva do juiz”, sobre a qual são oportunas as palavras de Artur César de Souza (2010, p. 69): “Os princípios jurídicos fundamentais, na verdade, apresentam uma dupla função: negativa, pois proíbem determinado comportamento e, outra, positiva, porque informam materialmente os atos dos poderes públicos. Em relação à imparcialidade, o componente negativo está caracterizado pela proibição de que os juízes atuem no processo de forma a se inclinar em favor de determinada parte por interesse pessoal ou outro qualquer fator discriminatório. Por sua vez, a função positiva informa o agir do magistrado, para que ele leve em consideração no desenvolvimento válido e regular da relação jurídica processual os aspectos instrumentais necessários para a construção de uma sociedade mais *justa, solidária, erradicando-se a pobreza e as desigualdades sociais, econômicas, culturais* etc”.

¹¹⁷ Neste sentido, Lisianne Sabedra (2008, p. 171). Também, Fabiana Okchstein Kelbert (2011, p. 76).

¹¹⁸ Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2001. p. 264-265. Também, Ana Paula de Barcellos (2011, p. 27-278).

¹¹⁹ Ver, também neste sentido, a nota explicativa nº 88.

¹²⁰ Ricardo Lobo Torres. *O direito ao mínimo existencial*, 2009. p. 105.

¹²¹ O que é muito criticado por Ricardo Lobo Torres (2009, p. 110): “A desinterpretação, operada no Brasil pela doutrina e pela jurisprudência, do conceito de reserva do possível, serviu para alargar desmesuradamente a judicialização da política orçamentária até o campo dos direitos sociais, ao confundi-los com os fundamentais. Ao mesmo tempo enfraqueceu os direitos fundamentais, que passaram a ser sujeitos àquela cláusula. No Brasil, portanto, passou a ser reserva fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos fundamentais se houver *disponibilidade financeira*, que pode compreender a existência de *dinheiro sonante na caixa do Tesouro*, ainda que destinado a outras dotações orçamentárias! Como o dinheiro público é inesgotável, pois o Estado sempre pode extrair mais recursos da sociedade, segue-se que há permanente possibilidade fática de garantia de direitos, inclusive na via do sequestro da renda pública! Em outras palavras, faticamente é impossível a tal reserva do possível fática!”.

quando decidem os tribunais pela existência de limites materiais que efetivamente impedem o Estado de cumprir com seu escopo constitucional (limitação jurídica), significa dizer que fatores orçamentários pré-considerados foram respeitados, o que diminui o sentimento de injustiça naquele que teve seu pedido negado. O problema, obviamente, reside quando se acena pela recusa do pleito porque, casuisticamente, se entendeu que o caso não era de impor à Administração uma obrigação de pagar/fazer/dar, ainda que os critérios para tal decisão não tenham sido muito bem explicitados (limitação fática). Por ser essa hipótese última digna de ampla contradição, em considerando o subjetivismo que norteia esse tipo de comandos judiciais, opta-se por defender a extirpação da “reserva” do ordenamento.

Isto posto, explanadas e respeitadas as posições elencadas até agora, há se discorrer sobre estes três argumentos, ora corrigindo, ora refutando, ora meramente adequando-os, e, dentre eles, convém começar de “trás para frente”, isto é, do terceiro argumento, que critica um suposto desvirtuamento da Reserva do Possível no Brasil.

Isto se dá em razão do reconhecimento - e isso é fato -, pelo Supremo Tribunal Federal, da falibilidade no que tange à *limitação fática* da “reserva”. Mas esse reconhecimento não implica posição estática, de meras lamúrias, do Guardião da Constituição Federal, mas a busca, ainda engatinhada, por critérios pré-estabelecidos - tal como se faz na limitação jurídica -, quando se tratar da aplicação do subpostulado da adequação.

Um bom exemplo disso é a realização de audiências públicas para definição de parâmetros no que tange à determinação do fornecimento de medicamentos, pelo Poder Judiciário, sem que implique afronta à separação de funções (sobre isso se vai falar mais à frente). Mas, nada obstante a insuficiência de critérios, por ora há se reconhecer que são os primeiros e necessários passos que antecedem a longa caminhada do desenvolvimento hermenêutico. Desta forma, simplesmente refutar a “reserva” impede um melhor enfrentamento do trinômio escassez/carência/escolha que, infelizmente, aflora e afronta.

Dando prosseguimento, no tocante ao segundo argumento utilizado para refutar o Princípio da Reserva do Possível no sistema jurídico brasileiro, consistente em defender que tal instituto constitui óbice ao bom desenvolvimento do ativismo judicial na determinação do cumprimento de políticas públicas, há se defender parcial adequação no modo como se encara a questão.

Esta parcial adequação passa pelas *supramencionadas* audiências através das quais o STF vem buscando uma atividade dialógica com a sociedade. Com efeito, sequer se deve

cogitar a ilegalidade/inconstitucionalidade da atitude judiciária em substituir-se às atualmente improficuas funções legislativa e administrativa para suprir as necessidades constitucionais da população. Mas que o faça com critérios - e, portanto, objetivamente - e, ainda, que não o faça exclusivamente, como bem trabalhado Peter Häberle em sua “sociedade aberta”. O ativismo judicial não pode ser utilizado como um “super-herói” para quem dele necessita, tão menos como “um remédio para dormir” do magistrado que, em favor de um estado de consciência tranquilo, anui a tudo de caráter social que lhe pleiteia. É dizer: também o ativismo judicial deve encontrar limites, e um destes limites certamente é a Reserva do Possível.

Assim, convém deixar bem claro: não se objetiva, aqui, refutar a possibilidade de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, vista haja a necessidade de que assim se proceda até que alguma revolução ideal recoloca nos trilhos as funções legislativa e executiva. Mas isso não pode se dar à mercê de um controle externo (basta lembrar dos “freios e contrapesos”), e a Reserva do Possível pode desempenhar este papel limitador de excessos, ainda que não seja um “limite dos limites”.

Por fim, com relação ao primeiro argumento (lembra-se que os três argumentos foram discutidos em posição regressiva), que diz respeito à impossibilidade de utilização da “reserva” num sistema como o brasileiro, em que as diferenças sociais são maiores que aquelas encontradas na Alemanha, mesmo não prevendo o país germânico direitos sociais no bojo de seu Texto Constitucional, convém dar outro enfoque à questão baseado neste mesmo ponto de partida. E a justificativa é mais econômico-política que jurídica propriamente dita.

A história do Estado Social mostra-o falho em quase todos os seus tentames de se manter equilibrado econômica, política e socialmente¹²². A crise atualíssima de países como Portugal, Espanha, Itália, Islândia e Grécia, a crise de um passado não-remoto da Argentina, do México e da França, e mesmo a crise distante da Grã-Bretanha pré-Margareth Thatcher, é basicamente a mesma, e tem como denominador comum governos de cunho social¹²³. São raros os casos de um Estado Social saudável, somente havendo experiência positiva neste sentido nos países que adotaram carga tributária intensa como requisito primordial para políticas prestacionais realmente efetivas, como o Canadá, a Suécia e a Noruega.

Como se não bastasse, num contrassenso inimaginável se estivéssemos no começo do século passado, a própria população, quando se viu vítima da insuficiência estatal social,

¹²² Neste sentido, Riva Sobrado de Freitas (2009, p. 107-108).

¹²³ Luís Fernando Sgarbossa. *Crítica à teoria dos custos dos direitos: volume 1. reserva do possível*, 2010. p. 103-104.

optou por um modelo neoliberal que outrora a abandonou. Afinal, o Estado *Gendarme* de Adam Smith¹²⁴ nada mais era que um Estado não-interventor. Prova dessa assertiva: basta observar as recentes acachapantes derrotas nas urnas dos partidos simpatizantes do Estado Social em Portugal e na Espanha.

Sendo assim, longe estigmatizar a Reserva do Possível como fenômeno típico de um ou outro Estado - social ou (neo)liberal -, fato é que, apesar do contexto economicamente distinto em que o instituto germinou na Alemanha, conteudisticamente neoliberal, dele depende a manutenção do Estado em países onde a máquina administrativa ainda não entrou em colapso. As experiências negativas de Portugal, Espanha e Itália, nações com modelo governamental mui semelhante ao brasileiro, devem servir de aviso para o que há de vir caso não se diminua o gasto social não ou mal-planejado. Vale lembrar que a Constituição Federal de 1988 em muito se assemelha à Constituição Portuguesa de 1976, sobretudo na questão social, Constituição esta de um país que hoje já não mais depende das próprias forças para atravessar o escancarado colapso europeu. Será preciso esperar o Brasil agonizar para se reconhecer que um gasto social mais profícuo deveria ter sido feito?

3.5 Direito comparado

Afora o sistema alemão, nascedouro do Princípio da Reserva do Possível¹²⁵, e o sistema brasileiro, no qual o instituto encontrou terreno fértil para poder germinar - dadas as discrepâncias entre ricos e pobres e as mazelas sociais que assolam este país sul-americano -,

¹²⁴ Adam Smith. *A riqueza das nações*, 1996.

¹²⁵ O Tribunal Constitucional Federal alemão continua a utilizar a “reserva” em seus julgados, conforme trecho de jurisprudência transcrita na obra de Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 220-221): “A promoção da família por parte do Estado está sujeita à reserva do possível; no sentido daquilo que pode ser razoavelmente exigido da sociedade, por parte do indivíduo, quando ele decide ter filhos. Além desse ponto, pode o Estado considerar necessidades diferenciais, neste âmbito (BVerfGE 43, 108, <121>). A partir destes fundamentos, surge um maior espaço para o modo de distribuição dos encargos familiares. bb) Este espaço não foi expressamente delimitado pelo legislador. Em favor do autor, pode-se mencionar que o companheiro de sua mãe tenha sido predominantemente sustentado pelo Estado; e eles não poderiam contar com a continuidade desta prestação. Sua situação não era diversa daquela, de uma família monoparental. Por causa disso, a mãe pôde perceber auxílio-infância. Para sua educação, havia à disposição o auxílio-educação. Não se pode considerar que o legislador estava prevendo um benefício adicional. Aqui também é preciso considerar que crianças na situação do autor têm direito à prestação alimentar de ambos os pais, ou dos avós, quando um dos pais falecer antes. A concessão de uma pensão de órfão sobrevivente ao autor lhe outorgaria um benefício que os filhos legítimos de um falecido não teriam”. Além deste mais recente, Luís Fernando Sgarbossa (2010, p. 141-145) cita dois outros casos importantes de aplicação da “reserva” após o precedente de 1972, quais sejam, o BVerfGE 35, 79, de 1973, e o BVerfGE 43, 291, de 1977.

em outras partes do mundo também se trabalha com direitos sociais e a questão de sua previsão constitucional (ou não) e consequente implementação.

Insta ressaltar que, nas pesquisas efetuadas para este trabalho, apenas em *Portugal se falou abertamente em “reserva do possível”*¹²⁶, de modo que, em outros países, apesar da não-adoção específica da expressão alemã, se trabalhou, ao menos indiretamente, com seu conceito.

Além de Brasil (Supremo Tribunal Federal), Alemanha (Tribunal Constitucional Federal)¹²⁷ e Portugal (Tribunal Constitucional)¹²⁸, pois, se analisou os casos da Argentina (Corte Superior de Justiça)¹²⁹, da Espanha (Tribunal Constitucional)¹³⁰, da Itália (Corte Constitucional)¹³¹ e da França (Conselho Constitucional)¹³².

Na *Argentina*, a Corte Suprema de Justiça procura suprir a ausência de previsão mais acentuada de direitos sociais em seu Texto Constitucional (só fá-lo no art. 14 bis) agregando-os a outros direitos ditos “maiores”, como a vida e a dignidade humana. Sobretudo no pertinente à saúde, por entendê-la insculpida no direito à vida, valor este acima de qualquer interesse econômico, este entendimento fica mais claramente perceptível^{133 e 134}. Isso implica, segundo a jurisprudência vizinha, numa obrigação impostergável dos agentes públicos, sem prejuízo do socorro subsidiário judiciário em prol de tal fito.

¹²⁶ Também observado por Ricardo Lobo Torres (2009, p. 104).

¹²⁷ Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de>. Acesso em 18 de agosto de 2011.

¹²⁸ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Acesso em 19 de agosto de 2011.

¹²⁹ Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar>. Acesso em 19 de agosto de 2011.

¹³⁰ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es>. Acesso em 18 de agosto de 2011.

¹³¹ Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it>. Acesso em 20 de agosto de 2011.

¹³² Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr>. Acesso em 21 de agosto de 2011.

¹³³ Neste sentido, também observado por Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 302).

¹³⁴Veja-se: “Constitucion Nacional: Derechos y garantías. Derecho a la salud. Discapacidad. Tratados Internacionales. Obras Sociales. Medicina Prepaga. Lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema) reafirma el derecho a la preservación de la salud – comprendido dentro del derecho a la vida - y destaca la obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga. - Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema -. Mayoría: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni. Voto: Argibay. P. 2144. XLI; REXPassero de Barrera, Graciela Noemí c/Estado Nacional s/amparo. 18/09/2007 T. 330, P. 4160”. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=402205&indice=8>. Acesso em 19 de abril de 2011; “Constitucion Nacional: Derechos y garantías. Derecho a la salud. Ref. : Obras sociales. El sistema mediante el cual la República Argentina procura satisfacer el derecho a la salud de sus habitantes está organizado sobre la base de un esquema de seguridad social (obras sociales), otro de asistencia social (prestaciones en dinero y especie directamente otorgadas por el gobierno) y un tercer esquema de seguros privados contratados entre empresas de medicina privada y particulares (Disidencia parcial de la Dra. Carmen M. Argibay). Mayoría: Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti. Disidencia: Argibay. R. 638. XL.; Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo. 16/05/2006 T. 329, P. 1638”. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=394929&indice=38>. Acesso em 19 de abril de 2011.

Na *Espanha*, sobejam os julgados oriundos do Tribunal Constitucional daquele país ibérico no sentido de assegurar a seguridade social¹³⁵. Interessante notar que a Corte Espanhola, quando trata do assunto, costuma trabalhar com o subpostulado da adequação, uma de três partes formadoras do Postulado da Proporcionalidade, ao afirmar que as normas pertinentes a políticas sociais não podem ser tratadas como normas sem conteúdo, o que faz com que o Poder Judiciário se legitime a substituir os imperativos administrativos, para assegurar a dignidade humana (art. 10), a vida e a integridade física (art. 15), a proteção social da família (art. 39), o progresso social e econômico (art. 40), a seguridade social (art. 41), a salvaguarda dos direitos econômicos e sociais dos trabalhadores espanhóis e estrangeiros (art. 42), a saúde (art. 43) etc., dispositivos estes todos previstos na Constituição Espanhola.

Na *Itália*, observa-se ausência de discussões pontuais atinentes à implementação de direitos sociais pelo Poder Judiciário e a questão da Reserva do Possível, sendo rala a jurisprudência neste sentido que permita dizer que a questão tenha propriamente força consolidada. Talvez porque a Constituição Italiana pouco preveja direitos sociais em seu bojo, tratando autonomamente apenas da saúde (art. 32), da educação (arts. 33 e 34), e da assistência social (art. 38).

Na *França*, seguindo a trilha da Constituição gálica que proclama uma república social (art. 1º), e que tem como princípio o “governo do povo, pelo povo e para o povo” (art. 2º), apesar de não se prever direitos sociais em seu recheio, há grande proteção à saúde, proteção material, descanso e lazer de mães, crianças e trabalhadores idosos¹³⁶.

¹³⁵ Veja-se: “Sala Primera. STC 95/2000, de 10 de abril de 2000. [...] La trascendencia constitucional del defecto apreciado se intensifica teniendo en cuenta que aquella desestimación ha perjudicado el acceso de la Sra. Lobodan a la asistencia sanitaria proporcionada por el sistema público de Seguridad Social y, en último término, a la protección de la salud a la que se refiere el art. 43 CE. La razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (STC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2, 126/1994, de 25 de abril, FJ 5) y, desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el precepto citado, no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6) sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE. De ese modo, una decisión que no sólo se adopta sobre una conclusión que contradice los hechos sino que, además, desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad, acentúa la falta de justificación y de razonabilidad de la resolución impugnada, como ya mantuvimos en nuestra STC 126/1994, de 25 de abril [...]”. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=7269>. Acesso em 19 de abril de 2011.

¹³⁶ Veja-se: “Aux termes du onzième alinéa du Préambule de 1946, la Nation "garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs...". Il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, ce faisant, il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles (2010-605 DC, 12 mai 2010, Journal officiel du 13 mai 2010, p. 8897, texte n°2, cons. 33)”. Disponível em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/Tables/tables_analytiques.pdf. Acesso em 18 de agosto de 2011.

3.6 Orçamento e aplicabilidade prática

Inseparável do estudo da Reserva do Possível é a questão do orçamento público e o grau de influência com que uma decisão judicial o atinge^{137 e 138}.

Preliminarmente, insta frisar a falta de almejo, neste trabalho, de explicar os mecanismos contabilísticos com que se determina ao Poder Público o pagamento de débito determinado judicialmente não originariamente previsto na planilha de gastos estatais. Em *primeiro lugar*, porque o trabalho aqui proposto é, antes de tudo, predominantemente hermenêutico, logo, trabalhar com números deve ser um ato “*an passant*”. Em *segundo lugar*, pela mais absoluta ausência de conhecimento técnico-científico que permita sincronizar a arrecadação estatal por meio de tributos e o retorno destes valores (ou não) à sociedade em forma de concretizações¹³⁹.

No mais, convém a restrição à questão constitucional, e quanto a isso convém dizer que o art. 100 da Constituição pátria regula o sistema de precatórios e requisições de pequeno valor, e, mais especificamente no parágrafo quinto do dispositivo em comento, se alude à obrigatoriedade da inclusão no orçamento das entidades de direito público das verbas necessárias ao pagamento de débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, apresentados até primeiro de julho, fazendo-se tal quitação até o final do exercício seguinte, hipótese em que incidirá, obviamente, atualização monetária.

Aqui surge o problema, consistente em saber qual o volume de recursos a ser reservado desse orçamento, bem como a possibilidade dessa inclusão comprometer outras verbas, como aquelas mensalmente enviadas a cada função estatal para cumprimento dos vencimentos de seu quadro de servidores, aquelas reservadas a investimentos, e a destinação de valores comprometidos junto às reservas financeiras do país, dívida interna e dívida externa.

É ululante a incompatibilidade entre o que é determinado a pagamento via comando judicial e o que é especificado para ser gasto justamente com despesas imprevistas. A busca

¹³⁷ Também, Andreas J. Krell (2002, p. 99).

¹³⁸ Fernando Facury Scaff (2008, p. 149) chama esta decisão que implica aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de direito social não previsto originalmente no orçamento, de “sentença aditiva”.

¹³⁹ Recomendamos, por isso, a leitura de Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt e Luis Otavio Barroso da Graça (2008, p. 217-264), que explicam, empiricamente, o mecanismo do impacto de decisões judiciais no orçamento. Também, Gustavo Amaral e Danielle Melo (2008, p. 95-101 e 102-105).

passa a ser, pois, pela sincronização entre “*o que*” se gasta, “*com quem*” se gasta, “*como*” se gasta, e “*quanto*” se gasta.

Impossível, neste diapasão, não se fazer perguntas do tipo: A) mais vale conceder a um o fornecimento de medicamento no valor R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou fornecer a mil o medicamento no valor de R\$ 10,00 (dez reais); B) mais vale determinar ao município a construção de creche para suprir as necessidades de famílias que não têm com quem deixar seus filhos, ou a previsão administrativa do aumento do número de salas de aula numa escola municipal para suprir a demanda de alunos?; C) mais vale determinar a construção de Unidades de Terapia Intensiva neonatal, ou a construção de UTI's não restritas apenas a recém-nascidos?

Com efeito, estas questões são absolutamente dignas de apreciação, de modo que, seja qual for a decisão prevalente, *estará ela sendo sábia*, parta da iniciativa jurisdicional ou administrativa.

Até porque, pior que ponderar para determinar a concessão de um direito fundamental é encontrar a justificativa que albergue, sob prisma constitucional, a não-concessão do objeto preponderado. Isso implica dizer que, tal como se exige a fundamentação do direito imperante, também assim deve ser para justificar o não-acolhimento daquele prejudicado.

É por essa razão que o Princípio da Reserva do Possível precisa de critérios, e, ao contrário do que se possa dizer, não pode ser extirpado do ordenamento pátrio. Jamais haverá - vale apostar - um instante da pacificação quanto ao suprimento das mazelas sociais que assolam este país. O número incontável de políticas assistenciais nas intermináveis áreas (educação, saúde, esporte, previdência social, trabalho, transporte, infra-estrutura etc.), contrapondo-se ao limite financeiro governamental, impede que todas as exigências - via requerimento particular ou via comando judicial - sejam atendidas. Dentro de um cenário de imperfeição (afinal, assim não deveria ser, mas é), e ante situações conflitantes como as *supramencionadas*, óbvio que sacrifícios necessitarão ser feitos.

Seria muito mais plausível, ao invés de se negar a vigência do Princípio da Reserva do Possível nestes casos, condicioná-lo a fatores temporais e econômicos, isto é, quanto melhor a condição financeira do país, *p. ex.*, mais restrito deve ser o seu uso. Parece, inclusive, ser outra saída possível para a vigência do instituto, mesmo porque a situação financeira atual do país, mesmo com combate constante às elevadas taxas de juros e ameaça

de crise vinda do exterior, é muito melhor que aquela pós-redemocratização, na qual a inflação avançava a níveis galopantes. Lá, pois, teria a Reserva do Possível maior razão para existir que atualmente. Assim, nada assegura que, “no dia de amanhã”, a “reserva”, que é hoje um instituto de natureza excepcional, possa ser recomendável ante um cenário de crise.

Em suma, tal princípio tem razão de existir quando estão em posição de equivalência dois direitos de igual ou aproximada valia, e um deles terá de ser preponderado em detrimento da realização do outro, sob pena da não-realização efetiva de nenhum dos dois. Nestes casos, o máximo que se pode fazer é condicionar a “reserva” à não-aplicação num momento futuro no qual o país encontre-se financeiramente mais estabilizado, jamais refutá-la.

Mas, por outro lado, há questões que, teoricamente, deveriam ser de resposta mais “simples”: A) mais vale determinar o envio ao exterior, para tratamento médico experimental - sem eficácia comprovada - no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), o paciente pelo qual nada mais pode fazer o Sistema Único de Saúde, ou construir penitenciária para diminuir a superpopulação carcerária?; B) mais vale determinar a construção de cinquenta casas populares ou permitir que se continue com a edificação de um teatro, de uma praça ou de um estádio de futebol, *p. ex.*?; C) mais vale permitir os vultosos gastos estatais com publicidade governamental ou ordenar a realização de obras preventivas contra enchentes? Indagações como estas deveriam ser dotadas de maior obviedade quanto à resposta plausível.

Deveriam. Porque, não se pode partir da premissa de que os julgadores são pessoas de racionalidade absoluta, dotados de incrível poder de abstração entre o que é exagero e o que é minimização, o que é estritamente necessário e o que é supérfluo, o que é verdade e o que é mentira. São humanos, preparados e treinados para julgar, é verdade, mas tão passíveis de erro quanto aqueles por eles julgados¹⁴⁰. Sendo assim, não é o caso de clamar por um “juiz emotivo”, concessor unívoco de direitos pleiteados, tão menos por um “juiz alienado”, capaz de tratar frivolamente problemas nevrálgicos, mas por um “juiz racional”, que sabe preponderar - não apenas com sua subjetividade - as efetivas necessidades de um caso concreto.

Neste casos, diferentemente dos vistos anteriormente, não parece louvável a aplicação da Reserva do Possível. O princípio somente deve ser válido para situações em que

¹⁴⁰ “Não se pode supor que seja neutro para o ser humano que proferirá a decisão saber que se sua decisão for de negar o tratamento uma determinada pessoa, com nome, CPF e talvez rosto, venha a sofrer e talvez morrer, ao passo que se a decisão for contrária não serão visíveis efeitos tão dramáticos. O julgador é um ser humano e assim deve se portar. Não é desejável que o julgador tenha a insensibilidade de um carrasco, pois estes atuavam com máscaras, o que não é possível no nosso sistema” (Amaral; Mello, 2008, p. 105).

prestações de absoluta necessidade se conflitam. Aqui, fica cristalina a situação de um pedido carregado de urgência, em comparação com outro que se submete aos meros caprichos do requerente individualmente considerado (em detrimento da necessidade coletiva)/do administrador público/do magistrado distante da realidade etc. Aqui, sim, com absoluta razão, não deve ter razão de existir a Reserva do Possível.

Em outras palavras, o que se está a dizer é que, para situações como tais, não se pode negar o pedido de obras preventivas contra enchentes, *p. ex.*, valendo-se da Reserva do Possível porque a disponibilidade orçamentária já aponta a vinculação do capital para um gasto com publicidade estatal. Não há equivalência de valias entre os gastos contra enchentes e aqueles reservados para a publicidade estatal. E, se não há equivalência, contra a valia maior preponderada não cabe a aplicação da “reserva”, seja ela integrante ou não do Mínimo Existencial, objeto das discussões do próximo Capítulo.

É exatamente por isso, portanto, que se mostra gritante a imprescindibilidade de critérios - os mais objetivos possíveis - determinantes e norteadores do Poder Judiciário nas questões envolvendo implementação de políticas públicas.

CAPÍTULO 4 - O MÍNIMO EXISTENCIAL

Narram os livros de História correlatos a Segunda Grande Guerra Mundial, sobretudo aqueles que relatam o ataque-surpresa nipônico à base norteamericana de Pearl Harbor, no Havaí, em 1941, que com o acentuado volume de feridos naquele evento trágico, em magnitude inversamente proporcional à limitada capacidade física e humana do posto médico daquele complexo militar, adotaram as enfermeiras, num tentame imediato e desesperado de priorizar vidas que de fato poderiam ser salvas, o triste mas necessário *modus operandi* de marcar com seus batons sinais identificadores no rosto daqueles que receberiam atendimento em detrimento dos que, infelizmente, seriam deixados à própria sorte.

Resguardadas as devidas proporções dos acontecimentos - até porque, em momento algum se está a admitir como factível a ideia de que o ser humano possa ser deixado agonizante enquanto outra batalha, não a de Pearl Harbor, mas no campo hermenêutico, é travada -, o fato é que critérios são defendidos desde o início deste trabalho, como escoras aptas a dar sustentabilidade à Reserva do Possível em sua condição excepcional.

Quando Stephen Holmes e Cass Sustein acenaram, na obra sobre o custo dos direitos, que todos os direitos fundamentais - mesmo os individuais - são dotados de carga positiva prevalente¹⁴¹, em complementação às escolhas trágicas de Guido Calabresi e Philip Bobbit¹⁴², explicitamente se defendeu a superação da classificação teórica do “*status*” inculpada com base na obra do publicista alemão Georg Jellinek¹⁴³. Só que, mais do que isso, se defendeu também, ainda que implicitamente, a necessidade de novos parâmetros para o *jusfundamentalismo*, sobretudo o social, que não seu popularizado - desde 1958, para ser mais exato¹⁴⁴ - enfeixamento bipartido como direitos de defesa (“negativos”) e direitos a prestações (“positivos”)^{145 e 146}, dando aos primeiros a igual importância dos segundos, vista haja a existência de limitações iminentes na espécie social de direitos fundamentais aptas a levar à

¹⁴¹ Vide nota nº 77.

¹⁴² Vide nota nº 80.

¹⁴³ Robert Alexy (2002, p. 248), em análise à obra de Jellinek, afirma que o *status* é “[...] una *relación* del individuo con el Estado, cualesquiera que sean sus características. En tanto relación que *califica al individuo*, el status debe ser una *situación* y, en tanto tal, distinguirse de un derecho”. Seriam, consoante Alexy (2002, p. 249-261), quatro os *status* desenvolvidos por Jellinek: o passivo, o negativo, o positivo, e o ativo.

¹⁴⁴ Ano da decisão, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, do famoso caso *Lüth*, no qual ficou consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, mas também constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição (Sarlet, 2009b, p. 13). Também, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 263-279).

¹⁴⁵ Cf. Robert Alexy (2002, p. 435-454 e p. 482-501).

¹⁴⁶ Flávia Piovesan e Patrícia Luciane de Carvalho (2008, p. 65) fazem a mesma crítica.

bancarrotas qualquer ideia de dirigencialismo constitucional absoluto, *dai a necessidade de condicioná-los aos custos da empreita*¹⁴⁷.

“Trocando em miúdos”, dizem Holmes e Sustain que direitos sociais podem ser uma salvaguarda do cidadão contra eventuais abusos do Estado, mas não têm o condão imperativo como se gostaria que tivessem. E não têm porque, simplesmente, *não dá para ter*. É a lógica do “cobertor pequeno”: a vontade de cobrir é maior que o tamanho do trapo, e se cobre-se a cabeça, logo ficam à mostra os pés. Ora, não foi à toa que o liberalismo igualitário e os ideais de justiça distributiva de John Rawls surgiram¹⁴⁸, num fenômeno que se insere, curiosamente - ou não -, justamente no vácuo deixado pelo Estado Social e sua onipresença paternal.

Rawls defendia, além da já propalada justiça distributiva, um cenário de igualdade entre os cidadãos (igualdade substancial), a liberdade paritária de oportunidades (visualizada no igual acesso a um sistema educacional e cultural efetivos), bem como um mínimo social¹⁴⁹.

É sobre este terceiro vetor de Rawls, a saber, o mínimo social - que logo se convencionou chamar de Mínimo Existencial por mera questão de nomenclatura, afinal, a essência é a mesma^{150 e 151}-, que hão de desenvolver-se as ideias neste Capítulo. Isto posto, aqui se dará ao “mínimo” um conceito, se definirá sua natureza jurídica, se lhe atribuirá um conteúdo, se falará do direito comparado que lhe é pertinente, bem como se discutirá se é possível sua quantificação.

4.1 Conceito

Tal qual o Princípio da Reserva do Possível, o Mínimo Existencial também tem raízes fincadas na Alemanha, no início da década de 1950, através de construção do Tribunal

¹⁴⁷ Em sentido contrário, Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 61) e Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 253-258).

¹⁴⁸ John Rawls. *Uma teoria da justiça*, 1981.

¹⁴⁹ Ver neste sentido, a título ilustrativo, os dois princípios de justiça para as instituições defendido por John Rawls (1981, p. 232-233). Também, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 54-55) e Ana Paula de Barcellos (2011, p. 171-172).

¹⁵⁰ Neste sentido, oportunas as palavras de John Rawls (1981, p. 215): “O mínimo social é a responsabilidade do ramo de transferência [...]. A ideia essencial é que os desempenhos deste ramo levam em consideração as necessidades e consignam-lhes um peso apropriado a respeito de outras pretensões”.

¹⁵¹ Ricardo Lobo Torres (2009, p. 58) ratifica a importância do mínimo social de Rawls: “A concepção de Rawls sobre o mínimo social tem extraordinária importância para o pensamento jurídico nas últimas décadas. Marca o corte com a concepção utilitarista da justiça social, que pretendia promover a utópica redistribuição geral de recursos entre as classes sociais, sem instrumentos políticos adequados, sem limitações quantitativas e sem a indicação dos beneficiários”.

Federal Administrativo daquele país (“*Bundesverwaltungsgericht*”)¹⁵², encontrando seu ápice na década de 1990, já na Corte Constitucional, por intermédio do jurista Paul Kirchhof, tendo sido apresentado ao Brasil por Ricardo Lobo Torres, no final da década de 1980¹⁵³, pouco tempo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, portanto.

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

Mas, da mesma forma que se fez no Capítulo anterior, convém desconstruir o Mínimo Existencial em partes, para dar-lhe definição mais encorpada. Insta frisar, apenas, que para efeito de dinamização da leitura, buscou-se compartilhar o “mínimo” em elementos um tanto símiles aos da “reserva”, até por motivo de fomento preliminar à discussão sobre o necessário estudo dialógico dos dois institutos.

4.1.1 O mínimo existencial como alegação pelo particular em face do Estado

Diferentemente do Princípio da Reserva do Possível, cuja alegação compete ao Estado, *em primeiro lugar*, o cenário comum é que o Mínimo Existencial *seja utilizado pelo particular, já em seu requerimento de suprimento de direito fundamental social, não bastando, contudo, a mera invocação do instituto, tendo em vista a necessidade concreta de se visualizar a amoldagem da carência ao conteúdo do “mínimo”*. Sobre o conteúdo do “mínimo”, melhor se verá logo a seguir, tal como se fará quanto aos critérios (os mais objetivos possíveis) que serão traçados para sua visualização. Por ora, convém deixar claro que não deve ser o Mínimo Existencial cláusula apta a, por si só, inverter o ônus da prova para o Estado, dada a necessidade de, ao menos, indícios de sua caracterização, bem como de argumentos que possam sensibilizar o juiz acerca da possibilidade de um eventual afastamento do Princípio da Reserva do Possível alegado pelo Estado. Disso infere-se que,

¹⁵² Antes da decisão paradigmática, contudo, lembram Ingo Wolfgang Sarlet e Giovanni Agostini Saavedra (2010, p. 82-83) que Otto Bachof (“*Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*”, in: VVDStRL, 1954, p. 42-43) já havia considerado 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” (grifei).

¹⁵³ “O mínimo existencial e os direitos fundamentais” In: Revista de direito administrativo, n. 177. 1989. p. 29-49.

contrariu sensu, é perfeitamente cabível que o magistrado acolha a tese da Reserva do Possível alegada pelo Estado, e se isso não obriga o particular a provar que o caso em litígio não é de aplicação da “reserva”, vez que, como já dito, a alegação do Princípio da Reserva do Possível não comporta inversão do ônus da prova ou sua distribuição dinâmica, neste caso, terá o juiz em mãos, de um lado, o “mínimo” - sobre cuja natureza se falará mais à frente -, e de outro a “reserva”, *em paridade de armas*, consubstanciando discussão perfeita sobre qual dos institutos prevalecerá ao final.

4.1.2 Porque o Estado não pode alegar o mínimo existencial como matéria de defesa? (ou, o “mínimo” como subgrupo qualificado de direitos sociais)

Em segundo lugar, uma das questões que se aventou durante as inúmeras reflexões para a elaboração deste trabalho atinou à possibilidade do Estado alegar o instituto em estudo como matéria de defesa, caso o particular pleiteasse algo que excedesse o conteúdo minimista. Em outras palavras, convém a indagação acerca da plausibilidade de que o Estado utilize o “mínimo” como matéria exculpante, ao invés da Reserva do Possível, num eventual reconhecimento parcial de procedência do pedido do autor. É dizer: o Estado até entende que não seja o caso de aplicação do Princípio da Reserva do Possível, mas defende que o que particular pleiteia excede à faixa limítrofe de subsistência que compõe o “mínimo”, alegada no conceito reducionista apriorístico visto alhures¹⁵⁴.

Mas, em verdade, conforme opinião a ser desenvolvida nos próximos parágrafos, essa não deve ser uma opção do Estado.

Ressalvando mais uma vez que o conteúdo do “mínimo” será discutido em outro momento, por ora insta enfatizar que o instituto em destrinchamento constitui-se de *subgrupo qualificado de direitos sociais*, dentro da ampla gama de direitos fundamentais desta espécie previstos na Constituição pátria. Seria como uma “tropa de elite” dos direitos sociais, justamente pela inevitabilidade de sobrevivência digna do ser humano sem sua observância.

Já se discutiu na doutrina, outrora, sobre a real importância do “mínimo” no ordenamento brasileiro, haja vista seu nascedouro germânico, onde não há direitos sociais previstos na Lei Fundamental, o que justificaria sua presença naquele sistema alienígena

¹⁵⁴ Vide item “4.1”.

como uma salvaguarda imperativa à escassez desta espécie de direitos¹⁵⁵, enquanto, no Brasil, o “mínimo” poderia produzir o efeito inverso de sua finalidade, por colocar direitos sociais fora do instituto em posição periférica, tendo em vista que, aqui, diferentemente do sistema alemão, direitos sociais estão previstos em demasia na Constituição¹⁵⁶.

Mas hoje esta discussão está superada. Apesar da ausência de previsão constitucional específica do Mínimo Existencial nas Leis Fundamentais de Brasil¹⁵⁷ e Alemanha^{158 e 159}, neste país encravado no coração da América do Sul se entende que este instituto pode ser extraído, numa análise conglobada da doutrina, do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do princípio da igualdade substancial, e, sobretudo, do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF)^{160 e 161}, o que faz com que o “mínimo” sirva, não apenas para assegurar direitos sociais, mas para garantir tanto que as “*tragic choices*” de

¹⁵⁵ Andreas J. Krell (2002, p. 60) bem lembra que: “A teoria engenhosa que liga a prestação do “mínimo social” aos Direitos Fundamentais de liberdade (primeira geração) é fruto da doutrina alemã pós-guerra que tinha de superar a ausência de qualquer Direito Fundamental Social na Carta de Bonn, sendo baseada na função de estreita normatividade e jurisdição do texto constitucional”.

¹⁵⁶ Neste sentido, Ricardo Lobo Torres (2001, p. 287-289).

¹⁵⁷ Também, Ana Luiza Domingues de Souza Leal (2010, p. 22).

¹⁵⁸ Acerca da experiência alemã, bem lembra Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 288) que a praxis doutrinária e jurisprudencial daquele país reconheceu, com base numa construção hermenêutica, “[...] a existência de um direito fundamental subjetivo não-escrito à garantia dos recursos materiais mínimos necessários para uma existência digna”. Em mesmo sentido, Andreas J. Krell (2002, p. 61) afirma que a Corte Constitucional alemã extraiu o instituto “[...] do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1, I, Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (artigo 20, I, LF)”.

¹⁵⁹ Ricardo Lobo Torres (2009, p. 84-85) não deixa passar despercebido que, apesar da ausência de previsão específica do Mínimo Existencial na Lei Fundamental de Bonn, seu art. 19.2, ao tratar do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ressalva que, em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser afetado em seu conteúdo essencial.

¹⁶⁰ Dentre os vários enfoques, Ana Paula de Barcellos (2011, p. 302) extrai o “mínimo” da dignidade da pessoa humana. Eurico Bitencourt Neto (2010, p. 99-113) extrai o “mínimo” não só da dignidade da pessoa humana, mas também da igualdade material e da solidariedade social. Por fim, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 08-13) entende que se pode extrair o “mínimo”, dentre outros, do art. 3º, III, da Constituição, pelo qual consiste em objetivo da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; do art. 5º, XXXIV, que assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, bem como de obtenção de certidões em repartições públicas; do art. 5º, LXXIV, pelo qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; do art. 6º da Constituição, que traz rol de direitos sociais; e dos princípios da igualdade e da dignidade humana.

¹⁶¹ Acerca do Estado Democrático de Direito, oportunas as palavras de Ricardo Lobo Torres (2009, p. 165-166): “O Estado Democrático de Direito passa a garantir o mínimo existencial, em seu contorno máximo, deixando a questão da segurança dos direitos sociais para o sistema securitário e contributivo, baseado no princípio da solidariedade. Habermas percebeu excelentemente a nova situação: identificou a segurança jurídica (*Rechtsicherheit*), o bem-estar social (*Wohlfahrt*) e a prevenção (*Prävention*) como objetivos dos tipos ideais das formas de Estado - Estado de Direito (*Rechtsstaat*), Estado Social (*Sozialstaat*) e Estado de Segurança (*Sicherheitsstaat*) - respectivamente, e concluiu que “a Administração intervencionista do Estado Liberal de Direito (*liberalen Rechtsstaat*) aplica o direito, enquanto a atividade estruturadora do Estado Social (*Sozialstaat*) e a regulação indireta do Estado de Prevenção (*die indirekte Steuerung des Präventionsstaats*) têm que se apoiar cada vez mais em outras fontes: no dinheiro e em realizações de infraestrutura financeira, em informações e conhecimentos de especialistas”.

Calabresi e Bobbit não sejam feitas ao livre arbítrio do implementador de direitos, bem como que o orçamento estatal o observe, sempre.

Sendo assim, o Mínimo Existencial é de observação prioritária pelo orçamento estatal. Isso não significa dizer, todavia, que o orçamento e os agentes políticos *só* devam se preocupar com a faixa de subsistência que integra o “mínimo”.

Melhor explica-se: este instituto almeja atenuar as imperfeições da derrocada do bem-intencionado - mas, falho - Estado Social, bem como auxiliar na implantação efetiva do Estado Democrático de Direito (lembrar da justiça distributiva de Rawls falada no início do Capítulo, e do mínimo social que a compõe). Desta forma, certamente não é objetivo do Mínimo Existencial anular direitos sociais que não o integram, mas apenas resguardar que um pequeno grupo deles fique a salvo da insuficiência assistencialista estatal (lembrar que o parâmetro do “mínimo” é a faixa de subsistência do ser humano). Disso infere-se que o orçamento estatal não se desonera daquilo que excede ao “mínimo”, mas, do contrário, deve se comprometer a melhorar aquilo a que outrora (mais especificamente, em 1988) se comprometeu no campo social (lembrar do postulado da Máxima Efetividade, de Konrad Hesse).

Neste prumo, respondendo à pergunta feita no “*nomen*” neste tópico, não deve ser facultada ao Estado a alegação deste instituto, pois quando pensa em alegar o “mínimo” por entender que o que o particular requer é supérfluo, justamente por exceder a este, coloca-se em contradição, vista haja que em momento algum outros direitos sociais estão suplantados por estarem fora do Mínimo Existencial. Ora, é um poder conferido ao cidadão pleitear todo e qualquer direito social, esteja ele dentro ou fora do instituto em estudo, competindo, pois, ao juiz, casuisticamente, e após a observância de critérios, determinar ou não sua concretização.

4.1.3 O mínimo existencial e a possibilidade de seu reconhecimento de ofício pelo juiz (ou, o “mínimo” e sua relação com o ativismo judicial¹⁶²)

Em *terceiro e derradeiro lugar* deste conceito por partes, convém a discussão acerca da factualidade do julgador reconhecer de ofício a presença casuística do “mínimo”, ainda que não demonstrado pelo particular.

¹⁶² Já escreveu este autor um artigo correspondente - embora menos aprofundado - ao tema: *Da possibilidade de implementação de normas sociais programáticas pelo Poder Judiciário*, 2011.

Conforme dito logo nas primeiras linhas do tópico “4.1.1”, o “cenário comum” (foi esta a expressão utilizada) é que o instituto em estudo seja manejado pelo particular, já em sua petição inicial solicitando o suprimento de direito fundamental social de subsistência, e compatibilizando-o com as primeiras demonstrações fáticas (e, se possível, até por prova pré-constituída) de sua consubstanciação.

Essa é a regra. Não parece medida de melhor justiça municiar o julgador com cláusula de reconhecimento indistinto do “mínimo”. Primeiro, porque o conteúdo do instituto, como se verá mais a frente, é alvo de ampla divergência doutrinária, com grande influência principiológica, e de, até certo ponto, um considerável grau de subjetivismo, o que permitiria a cada magistrado adotar a classificação que lhe conviesse, gerando insegurança jurídica e possibilitando o uso de artimanhas de honestidade questionável, como a desistência mal-intencionada, pelo defensor, da ação que, pelo sistema de distribuição automática, caísse em mãos de um juiz que tem determinado posicionamento pré-determinado sobre a questão. Segundo, porque seu reconhecimento indiscriminado representaria uma antecipação de mérito de procedência do pedido do autor e levaria à bancarrota o Princípio da Reserva do Possível - argumento que, provavelmente, estará do lado requerido da demanda -, o que ocorreria sem maiores esclarecimentos sobre o “porquê” de um eventual afastamento deste princípio. E, terceiro, no mais repetido dos argumentos, porque critérios precisam ser estabelecidos para se chegar a uma fórmula o mais próxima possível da realidade hodierna, que é de acúmulo de ações sociais em detrimento de um generalizado cenário de insuficiência estatal, de forma que a permissão de indistinto reconhecimento de ofício do “mínimo” pelo juiz pode levar ao colapso o orçamento estatal.

Mas, se o “cenário comum” é o não-reconhecimento de ofício do “mínimo” pelo juiz, *a situação excepcional é a aceitação da tese, com base no ativismo judicial.*

Antes, porém, de aceitar o excepcional reconhecimento de ofício do “mínimo” com fulcro no “ativismo”, como passo fundamental ao bom desenvolvimento das argumentações do Capítulo em lume, convém tecer algumas notas sobre o ativismo judicial, correlacionando-o às normas constitucionais sociais de cunho eminentemente programático, para, ao fim, traçar um paralelo com o instituto objeto de estudo neste Capítulo.

Com efeito, trata-se o ativismo judicial de expressão em voga, que ecoa com retumbância pelos corredores judiciários antes estritamente kelsenianos puros¹⁶³. No entanto, o que antes não passava de decisões isoladas - pontualmente proferidas, vale lembrar -, e devidamente discutidas nas cátedras sociais aplicadas, ganha fidalgos contornos de mesmice se considerada a frequência com que têm se dado¹⁶⁴. Graças a isso, devidamente instruído com o jargão popular de que “a diferença entre o veneno e o remédio é apenas a dosagem”, há se atentar para um risco de excessos por parte do julgador. Pior que a escassez implementadora de políticas públicas pode ser o contumaz intervencionismo judicial nestas questões^{165 e 166}.

Ora, há muito mais por trás do “ativismo” que a simples atividade criadora do juiz e, graças a isso, há se defender um posicionamento restritivo, *ab initio*, a esta excessiva intervenção do Judiciário. Que não se crucifique sem prévio julgamento este que escreve o trabalho, afinal, não que se defenda o retorno ao *gendarmerismo* estatal, mas critérios precisam ser instituídos. “Critérios”, e não a mera adaptação moderna do “método Robin Hood” de tirar do Estado, “rico”, para dar ao povo, “pobre”, apenas determinando-se que se cumpra, não importa como, com que dinheiro, e com qual planejamento, em troca de um estado de consciência, digamos, “tranquilo”, por parte do julgador¹⁶⁷.

É fato que a discussão circundante ao “ativismo” reside essencialmente na possibilidade de implementação de direitos sociais, de cunho eminentemente programático, pelo Poder Judiciário, de forma que a doutrina diverge quanto a isso.

¹⁶³ Para Roberto Omar Berizonce (2010, p. 38-39), tal fenômeno se dá pelos seguintes motivos: “(i.) la presión por el acceso efectivo a la jurisdicción; (i.i.) creciente “inflación” legislativa; (i.i.i.) novedosas y cambiantes funciones atribuidas al juez; (i.i.i.i.) “explosión” de nuevas conflictividades; (i.i.i.i.i.) el impacto de la “globalización” y de los sistemas de protección transnacionales”.

¹⁶⁴ Cf. Mauro Cappelletti (1993, p. 31-69).

¹⁶⁵ Neste sentido, conforme notícia veiculada no CONJUR, em 23 de novembro de 2011 (Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-nov-23/professor-portugues-critica-judiciario-judicializar-politicas-saude>. Acesso em 25 de novembro de 2011), o português Antonio José Avelãs Nunes, catedrático da Universidade de Coimbra, criticou o fenômeno da judicialização da política, ao afirmar que: “Em nenhum país do mundo o Estado tem recursos financeiros que possam satisfazer a todas as necessidades de todos. É preciso fazer escolhas políticas, mas essas não podem ser feitas pelos tribunais”.

¹⁶⁶ Não que defendamos, contudo, um “minimalismo judicial” de Bikel e Sustain. Jorge Munhós de Souza (2010, p. 28) bem lembra deste posicionamento defendido por Bikel: “Em seu núcleo há a defesa de uma *autocontenção judicial* que permita o desenvolvimento do espaço de deliberação e escolhas democráticas” (grifei). Ainda o autor (2010, p. 28), em análise ao mesmo posicionamento defendido por Sustain, afirma que este “[...] publicou em 1999 um influente livro no qual advogava que quando juízes estivessem julgando, *deveriam adotar a estratégia de não dizer mais do que o necessário para justificar a decisão, deixando não decididas questões não essenciais. As decisões, ao invés de abrangentes e profundas, deveriam ser estreitas e superficiais*. Por estreitas entende-se que as decisões precisam ter seu objeto limitado, surtindo somente os efeitos necessários para resolver o caso sob análise. Já a superficialidade se refere ao grau cognitivo da atividade decisória: juízes deveriam evitar considerações sobre questões relativas aos princípios básicos subjacentes ao caso, concentrando-se em julgar o caso concreto em sua particularidade” (grifei).

¹⁶⁷ Vide nota explicativa nº 165.

Elival da Silva Ramos (2010, p. 266) opina pela impossibilidade de efetivação de normas sociais programáticas pelo Poder Judiciário, pelo fato de não competir à função definir, discricionariamente, o nível de eficácia da norma constitucional em sede de direitos fundamentais ou não¹⁶⁸.

Também J. J. Gomes Canotilho, em entrevista concedida ao jornal “Valor Econômico”, edição de 10 de outubro de 2011¹⁶⁹, afirma que políticas públicas não são atribuição dos tribunais, pois, com a judicialização da política, o judiciário nada tem a ganhar e a política tudo tem a perder. Segundo o autor, a legitimação da democracia passa pela dinâmica do debate público e não pode ser substituída pelos tribunais, de modo que não seria o ativismo judicial algo muito “saudável” para os órgãos julgadores¹⁷⁰.

Por outro lado, é majoritária a doutrina pela qual age corretamente o Judiciário em sua empreita. É este o entendimento de Luís Roberto Barroso (2000a, p. 154), segundo o qual a potencialidade dos direitos sociais não pode ser desperdiçada, a mercê da boa vontade regulamentadora dos Poderes Públicos. Como justificativa, defende o autor que existe, sim, desde sua previsão, conteúdo eficaz nas normas constitucionais programáticas, pelo fato destas revogarem as leis anteriores com elas incompatíveis, vincularem o legislador de forma permanente à sua realização, condicionarem a atuação da administração pública, bem como informarem a interpretação e aplicação da lei pelo Poder Judiciário. E, noutro argumento em complemento ao posicionamento maior, Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 77) acena para essa factualidade em sua doutrina ao lembrar que o constituinte conferiu ao povo direitos subjetivos em face do Estado, bem como instrumentos para se alcançá-los¹⁷¹.

¹⁶⁸ Também, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “[...] 3. *Em um juízo de cognição sumária, não compete ao Judiciário determinar ao ente público implantação de determinado projeto de saneamento básico e pavimentação, em detrimento de outros, diante da complexidade de fatores técnicos e orçamentários que devem ser levados em consideração, o que constituiria atentado à discricionariedade e aos critérios políticos de escolha do Administrador, além do risco de comprometimento do equilíbrio das finanças públicas.* 4. *O controle judicial de políticas públicas constitui medida de caráter excepcional em prestígio ao princípio da separação dos poderes.* 5. Decisão mantida. 6. Recurso a que se nega seguimento, nos termos do art. 557, caput, do CPC (Des. Elton Leme - Julgamento: 16/05/2011 - Décima sétima Câmara Cível. 0006062-71.2011.8.19.0000 - Agravo de instrumento)” (grifei). Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&LAB=XJRPxWEB&PORTAL=1&PGM=WEBJRPIMP&FLAGCONTA=1&JOB=14028&PROCESSO=201100204427>. Acesso em 18 de maio de 2011.

¹⁶⁹ Disponível em: <http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2011/10/10/politicas-publicas-nao-sao-atribuicao-dos-tribunais>. Acesso em 25 de novembro de 2011.

¹⁷⁰ Mais se falou sobre o assunto nas notas explicativas n^{os} 84, 85 e 86.

¹⁷¹ Cristina Queiróz (2002, p. 151) acrescenta que: “Os direitos económicos, sociais e culturais, garantidos por *normas de escalão constitucional*, dispõem de *vinculatividade normativa geral*. Não se apresentam como meros “apelos ao legislador”, “programas” ou “linhas de direcção política”. Como “normas constitucionais” apresentam-se como “parâmetro de controle judicial” quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares que os restrinjam ou contradigam. O seu não cumprimento pode dar lugar à “inconstitucionalidade por omissão” [...]”

Em síntese, pois, se está diante de dois perfilhamentos diametralmente opostos - um que veda incondicionada, e outro que admite deliberadamente essa atividade -, de modo que, em que pese o profundo respeito a estes, nenhum dos dois goza de razão absoluta.

Di início, mister se faz desmistificar a ideia de uma distinção clara e patente entre as três funções, previstas constitucionalmente no art. 2º da Lei Fundamental pátria. Bem se sabe que o poder é *uno*, na condição de poder estatal, e cujas funções, legislativa, executiva e judiciária, constituem-no e efetivam-no¹⁷². Sendo assim, a bem de um *poder* estruturalmente ajustado, podem as *funções* problemáticas ser auxiliadas por aquela que, momentaneamente, melhor desempenho possui¹⁷³. Do contrário, pensando em funções cuja esfera de atuação não se pode invadir, ter-se-ia uma função imperfeita, não auxiliável por outra, o que acabaria por deixar o poder também imperfeito, dado o desajuste em uma(s) das três partes deste poder.

Ademais, o tempo é cíclico, e se outrora se falou em influência da política na justiça, os tempos hodiernos são de influência da justiça na política (isto é, de intervenção do Judiciário em políticas públicas). E isso não deve ser visto como uma total imperfeição, afinal, houve um tempo em que o Judiciário não gozava de autonomia suficiente para considerar-se equiparado às demais funções. Os próprios excertos de Aristóteles, e mais tarde, de Montesquieu, não conferiam essa autonomia ao judiciário^{174 e 175}.

Desta forma, não há se falar em separação de funções, de maneira absoluta e intransponível. Se admite-se que o Legislativo auxilie o Judiciário - como ocorreu com a Emenda Constitucional nº 45/2004, *p. ex. -*, se admite-se que o Executivo auxilie o Judiciário - como quando aumenta a dotação de verbas orçamentárias, *p. ex. -*, não deve ser vista como aberração a interferência excepcional do Judiciário como implementador de políticas públicas, ainda que contidas programaticamente.

Esse é o argumento para refutar a tese de que o Judiciário *nunca* possa intervir em políticas públicas. Isso não quer dizer, entretanto, que possa fazê-lo *sempre* (aqui entra em cena o postulado da Justeza visto outrora¹⁷⁶).

¹⁷² Razão assiste a Karl Loewenstein (1970, p. 55), quando afirma que o correto seria o termo “separação de funções”, vez que a expressão “poderes”, apesar de institucionalizada, deve ser entendida de maneira figurativa.

¹⁷³ “Sabe-se que no quadro da tripartição de funções quando qualquer deles não cumpre, com eficiência, seu papel institucional, ocorre uma compensação sistêmica que em nosso país costuma se atribuir ao Judiciário” (Humberto Theodoro Júnior; Dierle Nunes; Alexandre Bahia, 2010, p. 16).

¹⁷⁴ Vide explicativa nº 114.

¹⁷⁵ Cf. Karl Doehring (2008, p. 284-285).

¹⁷⁶ Vide item “2.3.6”.

Nesta frequência, se chega ao ativismo judicial, berço deste raciocínio. Com efeito, há se reafirmar que o “ativismo” é muito mais que a mera atividade de criação do juiz. Isto porque, uma decisão judicial pode ser mais traiçoeira do que se imagina, sobretudo pensando no “efeito dominó” que ela pode causar. Aqui tem razão Elival da Silva Ramos (2010, p. 267) quando teme que, no rastro de uma decisão que determina o atendimento em creche e pré-escola a crianças numa determinada faixa etária, se pleiteie junto ao Judiciário o direito social à moradia, afinal, foi-se o tempo em que normas sociais programáticas tinham conotação política^{177 e 178}.

Mas se não é obstrução irrestrita à atividade judiciária implementadora, também não significa “carta branca” para fazê-lo indistintamente. Que o faça com *critérios*, todavia, elementos que confeririam ao fenômeno boa dose de racionalidade, colocando fim ao *mero estado de consciência do julgador* que costuma nortear estas decisões. Daí o posicionamento restritivo quanto ao “ativismo”, que pode ter levado muitos a crer que se estava defendendo um Judiciário sempre não-interventivo.

E uma das melhores formas de, via ativismo judicial, intervir criteriosamente - e não sempre, repita-se -, é através do Mínimo Existencial.

Concretamente, haverá casos em que o véu que separa o fato do “mínimo” (norma) não será transparente o suficiente para justificar a aplicação incontestada, pelo juiz, do instituto em estudo. São hipóteses em que o estudo psicossocial que instrumenta ações deste tipo, ou a própria casuística fática, deixam margem para posições dúbias acerca da necessidade efetiva do requerente ou de uma mera e repudiável dissimulação. Ademais, se o “mínimo” é matéria de mérito, deve haver cautela do julgador ao aplicá-lo, seja porque o sistema jurídico pátrio veda, como regra, que se reconheça matérias de mérito de ofício, seja por causa do risco de que uma pessoa que não necessite realmente seja beneficiada com decisão implementadora, em detrimento da negatória de outro pedido em que essa necessidade for mais clarividente.

¹⁷⁷ As normas sociais programáticas com conotação *política* ganharam o desprezo da doutrina constitucionalista majoritária, dada a carência de efetividade destas, condicionadas à boa-vontade dos agentes públicos, obstruídas pela burocracia e falta de planejamento. Neste sentido, Andreas J. Krell (2002, p. 20): “Outros autores não aceitam a expressão normas “programáticas”, visto que, no passado, essa foi utilizada para enfatizar um pretenso caráter *não jurídico* e meramente *político* das mesmas, com a finalidade de criar um bloqueio para sua efetividade”.

¹⁷⁸ Evaristo Aragão Santos (2010, p. 43) enxerga no “ativismo”, ainda, outro aspecto negativo, a saber, o círculo vicioso que gera o crescimento exponencial de demandas: “É um círculo vicioso: a desatenção ao posicionamento *do sistema*, encorajando o jurisdicionado a buscar a tutela almejada até a última manifestação possível do Judiciário, acaba gerando não apenas mais volume de demandas, mas mais *julgamentos díspares*, os quais, por sua vez, encorajarão, mais ainda, essa postura de resistência ao *entendimento já fixado pelo sistema*, renovando as expectativas daqueles que contra ele reagem e assim por diante”.

Afinal, não custa lembrar que o ativismo judicial não significa “fazer justiça com as próprias mãos”.

No entanto, em outras situações - e são estas as cognoscíveis de ofício pelo juiz -, o estado de necessidade do indivíduo pautado pela miséria, pela pobreza, pela saúde comprometida, pela fome, pelo estado familiar crítico, pela ausência de um lar decente, dentre outros, deve autorizar ao magistrado, via “ativismo”, a invocação do “mínimo” como salvaguarda última à observância da faixa de subsistência que compõe o instituto.

Isto posto, com todas as considerações explanadas após tripartir o significado de Mínimo Existencial para melhor desenvolver seus elementos, convém uma definição mais bem-elaborada do instituto, sem que isso se traduza, vale frisar, num conceito imutável: trata-se de subgrupo qualificado de direitos sociais, sem previsão legal específica no ordenamento pátrio (bem como no alemão, onde teve origem), mas fruto de construção hermenêutica, no intuito de salvaguardar direitos fundamentais sociais sem os quais mostra-se impossível a existência digna do homem. Ademais, cuida-se de matéria de mérito, a ser alegada pelo particular em face do Estado, quando da propositura de demanda de cunho assecuratório, e que não comporta utilização, ainda que excepcionalmente, pelo Estado, como matéria de defesa, dado o dever de comprometimento deste, além do “mínimo” (faixa de subsistência), com aquilo que lhe excede, graças ao postulado da Máxima Efetividade. Sendo assim, tem-se que o Mínimo Existencial não anula a existência de direitos sociais que não integram-no, mas apenas cria observância obrigatória do orçamento estatal e dos agentes implementadores de direitos. Por fim, pode o “mínimo” ser, excepcionalmente, reconhecido de ofício pelo juiz, via ativismo judicial, desde que clarividente a necessidade, e que tal atividade se dê com critérios os mais objetivos possíveis para seu reconhecimento.

4.2 Natureza jurídica

Discutir a natureza jurídica do “mínimo” exige tópico em separado, dada a existência não só de divergência doutrinária, como pela necessidade de melhor desenvolvê-la, até por antevisão da fundamentalidade dessa definição no momento nevrálgico em que este instituto for comparado com o Princípio da Reserva do Possível.

Obtempera-se, apenas, que justamente por discutir a sua natureza jurídica somente após dar-lhe um conceito, é que em momento algum no tópico anterior se falou em “*valor* do

mínimo existencial”, ou “*regra do mínimo existencial*”, ou “*princípio do mínimo existencial*”. Assim, se o objeto deste Capítulo foi tratado, no item “4.1”, como Mínimo Existencial, “mínimo”, ou, tão-somente “instituto”, isso não foi omissão ou acaso, mas proposital. Tudo pelo fito de desenvolver mais esmiuçadamente essa natureza.

Sem mais delongas, nas próximas linhas se debaterá se consiste o “mínimo” em *valor*, *regra* ou *princípio*, elementos básicos sobre os quais repousa a confusão argumentativa^{179 e 180}.

4.2.1 O mínimo existencial como valor?

Há que saber distinguir entre o “mínimo” *impregnado de valores* do “mínimo” *como valor ensimesmado*.

De fato, como bem lembra Ricardo Lobo Torres (2009, p. 83), o Mínimo Existencial “[...] se deixa tocar e imantar permanentemente pelos *valores* da liberdade, da justiça, da igualdade e da solidariedade” (grifei). Mas, não só de valores é formado o instituto, como também de grande carga principiológica e um punhado de regras, o que serve para dele afastar eventual natureza jurídica autônoma de valor. O fato do “mínimo” conter valores não pode qualificá-lo como valor de *per se*, pois caso assim fosse, isto é, caso o conteúdo fosse suficiente para determinar o continente, teria o mesmo natureza híbrida de valor, princípio e regra, o que o inviabilizaria de pronto num conflito ponderativo - ou de critérios - com outros valores, princípios, regras, segundo as técnicas desenvolvidas por Alexy e Dworkin.

Noutro argumento, há se lembrar a lógica “do que é melhor”, vigente para valores, segundo Alexy, em contraponto à lógica “do que é devido”, vigente para princípios (isso já foi

¹⁷⁹ Nada obstante a discussão sobre a natureza de princípio, regra ou valor do Mínimo Existencial, Eurico Bitencourt Neto (2010, p. 164-174) dá outro enfoque para a natureza do *direito* ao “mínimo”, a saber, o “mínimo” como *direito adscrito*, isto é, “[...] não sendo diretamente estatuído por nenhuma norma jusfundamental, pode ser adscrito a três normas fundamentais: os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade material e da solidariedade social. Daí decorre que se trata de um direito fundamental autônomo, embora seja formado por posições ativas típicas de direitos de liberdade e de direitos sociais, sendo seu conteúdo composto por certas dimensões de outros direitos fundamentais”; o “mínimo” como *direito híbrido*, por se referir a “[...] a) defesa contra investidas do Estado; b) proteção contra ameaça de particulares; c) prestações materiais do Estado”; e o “mínimo” como um *direito sobre direitos*, pois “[...] a) trata-se de direito fundamental autônomo; b) trata-se de direito fundamental cujo conteúdo se compõe de dimensões de outros direitos fundamentais”.

¹⁸⁰ Mesmo porque a expressão “*direito fundamental* ao mínimo existencial” cunhada por Ana Luiza Domingues de Souza Leal (2010, p. 16) para definir sua natureza parece não esclarecer essa natureza jurídica: seria, então, o “mínimo” um “direito fundamental” tal qual a liberdade de expressão? Tal qual a proibição contra a automação? Tal qual os direitos da nacionalidade?

falado em outro momento, quando se afastava a natureza de valor da Reserva do Possível). Neste compasso, se foi dito atrás que admitir a “reserva” como valor a legitimaria como cláusula *negatória* indiscriminada à implementação de direitos sociais, pelo mesmo raciocínio admitir o “mínimo” como tal lhe confiaria o rótulo de cláusula *afirmatória* indiscriminada a essa implementação, o que parece não ser a melhor solução, dada a retirada do juízo de discricionariedade do julgador quando se deparar com uma casuística de conflito do “mínimo” com a “reserva”, *p. ex.*

Em suma, pois, apesar de impregnado de valores, o que pode levar à confusão de entendê-lo como tal, valor em si mesmo o “mínimo” não pode ser.

4.2.2 O mínimo existencial como regra?

É de magnitude significativa e prevalente o posicionamento doutrinário pela natureza regrativa do Mínimo Existencial, justamente por essa se aplicar através de mera subsunção, em contraponto ao juízo de ponderação norteador aos princípios.

Ricardo Lobo Torres (2009, p. 83) entende se tratar o “mínimo” de regra, por constituir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sendo irreduzível por definição, e insuscetível de sopesamento, portanto.

Ana Paula de Barcellos (2011, p. 296) observa que, sendo o “mínimo” regra, sua violação se afigurará inconstitucional, pelo fato de não ser possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, incondicionadamente, a ponto de nada nele sobrar que lhe confira substância.

Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 333) entende que, sendo o “mínimo” compreendido como as condições necessárias à sobrevivência do homem, e como núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, erige-se como “[...] verdadeira muralha, que não poderá ser transposta, sob pena de comprometimento de todo o sistema constitucional, e da legitimidade do Estado Democrático de Direito”¹⁸¹.

Em síntese, afirmam os autores *supramencionados* se tratar o Mínimo Existencial de regra, dada sua intrínseca - e quase confluyente - relação com a dignidade da pessoa humana (afinal, se está falando do núcleo essencial dos direitos fundamentais), de modo que, como

¹⁸¹ Junte-se a estes Robert Alexy (2002, p. 494-501) e Kazuo Watanabe (2011, p. 13-24).

forma de assegurar este último oásis de direitos sociais, em meio ao extenso deserto de insuficiência financeira estatal, não se lhe permite qualquer juízo de ponderação com outros direitos, sobretudo se o outro objeto a ser ponderado for o Princípio da Reserva do Possível¹⁸². Ou seja, entende-se, com isso, que o “mínimo” é instituto intransponível, constituindo barreira a qualquer intento estatal de afastar a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário com a alegação de carência financeira.

Mas, consignando, desde já, o respeito aos posicionamentos acima vistos, não parece melhor ideia o entendimento pela natureza de regra do “mínimo”.

Como primeiro argumento, porque não é pacífico o que está dentro do instituto (sobre isso se verá a seguir), fazendo-se mister, inevitavelmente, ainda que isso não se queira, ponderar para, *a priori*, se saber se o(s) direito(s) material(is) que está(ão) em jogo é(são) ou não parte integrante do “mínimo”. O que se quer dizer é que seria muito mais plausível a ideia de um “mínimo” como regra se já, de antemão, se soubesse o que o integra. Como isso não ocorre, vai ser preciso ponderar antecipadamente direitos, para só então se saber o quê, no caso concreto, está consubstanciando o “mínimo”. E, uma vez feita a ponderação, ainda que *a priori* (ou seja, uma pré-ponderação), não mais por regra se poderá chamar o instituto. Afinal, se a regra é o “tudo ou nada” - ou o “preto no branco”, com o perdão da metáfora -, nela ponderação não deve haver em qualquer momento, *a priori* ou *a posteriori*.

Como segundo argumento, porque dizer que o “mínimo” correlaciona-se com a dignidade humana - e, se contra ela nada é oponível, também contra o “mínimo” nada o será - é de grau de abstração tamanha que se torna difícil visualizar “o quê” é essa dignidade. Ora, apesar da dignidade estar expressamente prevista “apenas” em dispositivos como o art. 1º, III e o art. 170, ambos da Constituição pátria, convém lembrar que há um fenômeno - correto, diga-se de passagem - de extraí-la de tudo, desde a função social da propriedade até o regime

¹⁸² Neste sentido, convém a transcrição de parte de ementa oriunda do Superior Tribunal de Justiça: “Administrativo - Controle judicial de políticas públicas - Possibilidade em casos excepcionais - Direito à saúde - Fornecimento de medicamentos - Manifesta necessidade - Obrigação do poder público - Ausência de violação do princípio da separação dos poderes - *Não oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial*. [...] (AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJE 21/06/2010)” (grifei). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22reserva+do+poss%EDvel%22&&b=ACOR&p=tr ue&t=&l=10&i=5#>. Acesso em 18 de maio de 2011. Também, a decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que chega a falar em “Princípio da não-oponibilidade da Reserva do Possível ao Mínimo Existencial”: “Constitucional e Administrativo. Agravo de instrumento. Fornecimento gratuito de medicamentos. Tratamento de saúde. Responsabilidade solidária da União, do Estado, do Distrito Federal e Municípios. Direito à vida e à saúde. Arts. 6º e 196 da CF/88. *Princípio da não-oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial*. [...] (AGTR - Agravo de Instrumento nº 0056610-94.2009.4.05.0000. Órgão Julgador: Segunda Turma. Rel: Desembargador Federal Paulo Gadelha. Data do julgamento: 12/04/2011)” (grifei). Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/resultados.html>. Acesso em 16 de agosto de 2011.

de precatórios, *p. ex.*, como corolário lógico do Estado Democrático de Direito. E, se o “mínimo” está onde a dignidade está, e a dignidade está em tudo, então esse “mínimo” de mínimo nada teria, o que inviabilizaria por completo sua essência, que é justamente a de faixa de subsistência de direitos sociais sem os quais o ser humano não vive. *Neste diapasão convêm as indagações, para melhor se fazer entender: qual o dispositivo pertinente aos direitos sociais que não guarda qualquer relação com a dignidade humana? Nenhum. É essa a resposta. Então, se todos os dispositivos de direitos fundamentais sociais integram a dignidade, e esta tem total correlação com o “mínimo”, significa que todos os direitos sociais integram o “mínimo”? Mas o “mínimo” não é justamente um subgrupo qualificado de direitos sociais? Como pode o “mínimo” ser, ao mesmo tempo, um subgrupo qualificado de direitos sociais, e um grupo de todos os direitos sociais?*

Por essa razão, dizer que o Mínimo Existencial não se submete a qualquer ponderação por funcionar em sintonia com a dignidade humana, *ou* nega o alcance amplo - como deve ser - da dignidade, *ou* nega o alcance restrito - como deve ser - do “mínimo”.

Como último argumento, porque sempre que se atribui a um instituto a natureza de regra (tal como a de valor), nega-se a ele o estabelecimento de critérios e, principalmente, graus, para sua aplicação. Ou seja, por funcionarem como opostos extremados sob ponto de vista hermenêutico - o valor e a regra -, se lhes retira a maleabilidade tão necessária quando se trata da implantação, pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, de políticas públicas. Afinal, reconhecendo o “mínimo” como regra, se lhe aplicaria a lógica do “tudo ou nada”, de modo que, em algumas situações, o “tudo” prevaleceria (leia-se: o reconhecimento do pedido do autor), mas em outras, o “nada” é que falaria mais alto (leia-se: o afastamento total da pretensão do requerente), desconsiderando-se, assim, a possibilidade de um “meio termo” entre a necessidade não tão grande daquele que pleiteia e a insuficiência orçamentária não tão crítica do ente que deve fornecer o direito social.

4.2.3 O mínimo existencial como princípio?

Se valor e regra o “mínimo” não é, somente resta tratá-lo como princípio constitucional autônomo¹⁸³, razão pela qual, a partir de agora, pode-se aqui passar a

¹⁸³ Não se encontrou quem considere o “mínimo” um elemento metajurídico, como uma “condição de realidade”, tal como há quem defenda ser a Reserva do Possível.

denominá-lo de “Princípio” do Mínimo Existencial com maior tranquilidade, pelos argumentos que serão a seguir expostos.

Essa natureza fica evidenciada nas palavras de Daniel Sarmiento (2010, p. 419), segundo o qual não parece que o “mínimo” possa ser assegurado judicialmente de forma incondicional, independentemente de considerações acerca do custo de universalização da prestação demandada.

Também Gustavo Amaral (2001a, p. 215-216) que, sabiamente, enfrenta a questão com gráfico entre o *grau de essencialidade* e o *grau de excepcionalidade* da pretensão, de forma que quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que não seja atendida. Segundo o autor, caberá ao aplicador “[...] ponderar essas duas variáveis, de modo que se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deverá ser entregue, caso contrário, a escolha estatal será legítima” (Amaral, 2001a, p. 216).

Uma crítica que se pode fazer a essa natureza jurídica é que considerar o “mínimo” princípio lhe retiraria justamente seu caráter de salvaguarda última, vez que, mesmo este derradeiro foco de normatização social deverá se submeter ao funcionamento hermenêutico constitucional. Em outras palavras, diz-se que se o “mínimo” também é princípio, ele pode muito bem ser afastado, o que desnatura por completo o motivo para o qual foi criado.

Deve haver concordância parcial com este argumento. De fato, considerar o “mínimo” um princípio como todos os demais o renega à vala comum de uma ponderação que pode ser fria e, consequencialmente, injusta. Mas isso, por si só, não autoriza a dizer que o instituto não é princípio. Tudo depende do ângulo pelo qual se enxerga o problema.

Por isso há se defender que o “mínimo” não é um princípio, digamos, “comum”.

Consoante já mencionado, o Mínimo Existencial é dotado de alta carga valorativa (por se relacionar com elementos como a liberdade e a igualdade), mas esta não é sua carga exclusiva, já que também integram-no princípios e regras. É dizer: o “mínimo” é formado por valores, regras e princípios. Um *mix* tipicamente jusfundamental.

Isso significa que dentro do “mínimo”, tal como as placas tectônicas do centro da terra, há movimentos constantes de reajustamento, isto é, de ponderação casuística sobre sua configuração ou não. A ponderação é, pois, algo intrínseco ao “mínimo” - isto é, constitui sua essência -, fato que torna impossível que, dentre princípios, valores e regras, estes dois últimos sobreponham-se ao primeiro.

Neste sentido, é inegável a maior força do “mínimo” num juízo de ponderação, de forma que, uma vez alegado e demonstrado, competirá ao Estado ônus argumentativo maior para seu afastamento. Para que melhor se entenda, se o Mínimo Existencial é representado pelo elemento “X”, qualquer coisa que seja alegada pelo Estado deverá representar, *pelo menos*, “X + 1”, de forma que, caso seja tão somente “X”, êxito haverá para o requerente em seu intento¹⁸⁴. Trata-se, inclusive, de mecanismo desequilibrador de forças para quando o magistrado se encontrar diante de provas de igual valia.

Isso reflete no Princípio da Reserva do Possível, que poderá, perfeitamente, ser oposto ao Princípio do Mínimo Existencial, para que ambos sejam devidamente sopesados. Mas, para que a “reserva” prevaleça, quando do lado requerente estiver o “mínimo”, é bom que o argumento estatal seja sólido, do contrário, este último imperará^{185 e 186}.

4.3 Conteúdo constitucional do mínimo existencial

Não é - nunca será, vale apostar - pacífico o conteúdo do Princípio do Mínimo Existencial¹⁸⁷.

Ricardo Lobo Torres (2009, p. 13-14), *p. ex.*, entende que *carece o instituto de conteúdo específico, abrangendo qualquer direito, ainda que originariamente não fundamental*, bastando que seja considerado em sua dimensão essencial, inalienável e existencial¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Neste sentido, Daniel Sarmiento (2010, p. 419): “Será praticamente impossível, por exemplo, justificar a não extensão do saneamento básico para uma determinada comunidade carente, quando o Poder Público estiver gastando maciçamente com publicidade ou obras faraônicas. Em outras palavras, a inserção de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial tende a desequilibrar a ponderação de interesses para favorecer a concessão do direito vindicado. Mas não existe um direito definitivo à garantia do mínimo existencial, imune a ponderações e à reserva do possível”.

¹⁸⁵ “Neste modelo, o mínimo existencial constitui elemento importante, pois quanto mais essencial for a necessidade material em jogo, maior será o peso atribuído ao direito social no processo ponderativo. Prestações situadas fora do mínimo existencial têm, portanto, uma chance menor de êxito, já que quando elas estiverem em questão, o direito social comparecerá à ponderação com peso reduzido” (Sarmiento, 2010, p. 420).

¹⁸⁶ Em recente julgado, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu a natureza principiológica do “mínimo”: “[...]. *Preponderância do Princípio do Mínimo Existencial sobre a reserva do Possível, considerando-se a proeminência da dignidade da pessoa humana*. Acerto da decisão recorrida [...] (Des. Sidney Hartung - Julgamento: 20/04/2011 - 4ª Câm. Civ. Ap. n. 0161267-95.2008.8.19.0001)” (grifei). Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&LAB=XJRPxWEB&PORTAL=1&PGM=WEBJRPIMP&FLAGCONTA=1&JOB=14028&PROCESSO=201100106333>. Acesso em 18 de maio de 2011.

¹⁸⁷ Também, Maria Elisa Villas-Bôas (2009, p. 70).

¹⁸⁸ “Assim, há mínimo existencial no direito tributário, financeiro, previdenciário, civil, penal, internacional, cosmopolita, etc. A posição do mínimo existencial, como a dos direitos fundamentais dos nossos dias, é de absoluta centralidade, irradiando-se para todos os ramos do direito e subsistemas jurídicos” (Torres, 2009, p. 14).

Andreas J. Krell (2002, p. 63), por sua vez, fala num “padrão mínimo social”, que incluirá sempre *um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e à garantia de uma moradia*. Ademais, para o autor, a ideia do “mínimo” se manifesta, também, “[...] nos diversos projetos de lei municipais a uma “renda mínima necessária à inserção na sociedade”” (Krell, 2002, p. 63)¹⁸⁹.

Ana Paula de Barcellos (2011, p. 291-349) correlaciona o “mínimo”, *além dos direitos individuais de liberdade*, aos direitos prestacionais à *saúde básica, à assistência aos desamparados e à educação fundamental* (correspondentes aos elementos materiais), e ao *acesso ao judiciário* (elemento instrumental).

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 287-315) não chega a traçar um conteúdo mínimo específico, mas dispensa especial atenção ao *salário mínimo, à assistência social, à previdência social, à saúde, e à educação*.

Vicenzo Demetrio Florenzano (2005, p. 47) *apud* Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 316) correlaciona o instituto ao conteúdo do salário mínimo do art. 7º, IV, da Constituição, qual seja, a *possibilidade de atender as necessidades vitais básicas do indivíduo e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social*.

Len Doyal e Ian Gough (1991) *apud* Cláudia Maria da Costa Golçalves (2006, p. 174-186), por fim, partem de *necessidades básicas* dos indivíduos como componentes do “mínimo”, nas quais se elenca a *alimentação nutritiva e água potável, habitação adequada, ambiente de trabalho desprovido de riscos, ambiente físico saudável e livre de risco, cuidados com a saúde, proteção à infância, segurança econômica, segurança física, relações primárias significativas, e educação apropriada e segurança no planejamento familiar, na gestação e no parto*.

Com efeito, a divergência contetudística nada mais é que, em primeiro lugar, decorrência da já propalada ausência de previsão legal do instituto na Lei Fundamental pátria, tendo em vista sua construção meramente doutrinária e jurisprudencial, tanto aqui, no Brasil, como Alemanha, seu berço; e, em segundo lugar, da excessiva tipificação de direitos sociais na Lei Fundamental pátria, fazendo com que, dentro deste rol, um sem-número de combinações seja formado.

¹⁸⁹ Agora, para o autor, o conteúdo concreto do “mínimo” variará de país para país (Krell, 2002, p. 63).

4.3.1 O conteúdo *macro* do mínimo existencial

Antes de dissecar a essência do “mínimo”, trabalhando isoladamente com cada elemento do art. 6º da Constituição, convém, dentro do gênero “direitos fundamentais”, delimitar a qual espécie ele se refere, se aos “direitos e deveres individuais e coletivos”, se aos “direitos sociais”, se aos “direitos da nacionalidade”, ou se aos “direitos políticos”.

Sem mais delongas, mesmo porque já se disse outrora que o “mínimo” constitui subgrupo qualificado de direitos sociais, é a essa espécie que se deve referir o instituto em comento¹⁹⁰. Interessante notar, neste diapasão, que mesmo Ricardo Lobo Torres, que, como visto alhures, entende carecer o instituto de conteúdo específico, podendo sê-lo até mesmo não-fundamental, posteriormente, quando vai desenvolver o “*status positivus libertatis*” do instituto, faz alusão aos direitos à *seguridade social*, à *saúde*, a *medicamentos*, à *assistência odontológica*, à *previdência social*, à *assistência social*, à *renda mínima*, ao “*bolsa família*”, dos *idosos*, à *segurança alimentar*, e à *moradia*, todos estes direitos sociais (Torres, 2009, p. 241-269)¹⁹¹.

Com efeito, o cerne de toda a discussão, e que funciona de combustível para a elaboração deste trabalho, é a questão da possibilidade de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário ante a ausência ou insuficiência desta atividade no âmbito administrativo. E, mais especificamente neste campo de argumentos, se discute os Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial como institutos complementares ou paradoxais. Desta forma, se os direitos sociais são *essencialmente* direitos a prestações, lhes fazendo contraponto justamente o alto custo do processo de sua individualização, tal factualidade faz com que, como defesa à recusa do Estado em cumprir os preceitos constitucionais, o “mínimo” seja alegado apenas para este espécie de direitos fundamentais.

De todo jeito, não se pode olvidar - e isso não será discutido aqui, por fugir demais ao tema proposto - que existem direitos e deveres fundamentais coletivos no art. 5º da Constituição que, apesar de fora do rol fundamental específico de direitos sociais, tem grande conteúdo prestacional, como o direito de propriedade e sua função social (art. 5º, XXII e XXIII), a desapropriação por interesse social (art. 5º, XXIV), a promoção da defesa do

¹⁹⁰ Em mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos (2002, p. 23); Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 319); Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 287); Eurico Bitencourt Neto (2010, p. 144); [et. al.].

¹⁹¹ O único direito fundamental não-social a que o autor (2009, p. 269) alude é o direito à assistência jurídica, do art. 5º, LXXIV, da Constituição.

consumidor pelo Estado (art. 5º, XXXII), o direito de petição aos Poderes Públicos (art. 5º, XXXIV, “a”), a inafastabilidade do Judiciário (art. 5º, XXXV), a integridade física e moral assegurada aos presos (art. 5º, XLIX), a assistência judiciária gratuita prestada pelo Estado, comprovada a insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV) etc.

Isso não implica dizer, todavia, que estes estejam contidos no “mínimo”, o qual deve ser interpretado restritivamente, sendo a melhor forma de fazer isso concentrando-o dentro dos direitos sociais, mais especificadamente num subgrupo deles. O inchaço do “mínimo” pode descaracterizá-lo e levá-lo à bancarrota, como já dito, por isso a restrição conteudística ser a mais adequada. Agora, quanto a tais direitos coletivos *supramencionados*, nada impede que se exija-os do Estado, pois, repetindo o que já foi defendido em outro momento, o Estado não se compromete apenas com o “mínimo”, mas a tudo quanto previsto na Lei Fundamental de 1988.

Em síntese, pois, o conteúdo *macro* do Mínimo Existencial são os direitos sociais. Resta tentar delimitar seu conteúdo *micro*.

4.3.2 O conteúdo *micro* do mínimo existencial

A Constituição brasileira assegura como direitos sociais, genericamente, em seu art. 6º, a *educação*, a *saúde*, a *alimentação*, o *trabalho*, a *moradia*, o *lazer*, a *segurança*, a *previdência social*, a *proteção à maternidade e à infância*, e a *assistência aos desamparados*, de forma que estes são, posteriormente, mais bem desenvolvidos em outros dispositivos, como os arts. 7º a 11 (trabalhadores), 194 e 195 (seguridade social), 196 a 200 (saúde), 201 a 203 (previdência e assistência social), 205 a 217 (educação, cultura e desporto), todos da Constituição.

Desta consideração preliminar se permite extrair a informação de que nem o art. 6º exaure o rol de direitos fundamentais sociais (não se prevê o direito social ao transporte, *p. ex.*, de que trata o art. 7º, IV, quando o coloca como objetivo de atendimento pelo salário mínimo), nem a Constituição regulamenta em seu bojo todos os direitos sociais previstos no art. 6º (lembrando que o dispositivo já foi alterado duas vezes, pela EC nº 26/00 e pela EC nº 64/10, que acrescentaram, respectivamente, os direitos à moradia e à alimentação neste rol, sem maiores normatizações constitucionais consequentes como ocorre com o direito à saúde, *p. ex.*), de forma que, nos tópicos a seguir, se trabalhará não com o exaurimento de cada

direito previsto no art. 6º, com todas as suas nuances e divergências - não é esse o objetivo -, *mas apenas em sua relação com o Princípio do Mínimo Existencial*.

4.3.2.1 A educação

Possui o direito social à educação grande assunção de conteúdo auto-obrigacional pelo Estado, nos arts. 205 a 214 da Constituição.

Destes, o art. 205 afirma que a educação é “dever do Estado”, o art. 206, I, preceitua que a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” é um dos princípios norteadores do tema, o art. 208, I, normatiza que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de “educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade, assegurada sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiverem acesso na idade própria”, e o inciso IV do mesmo dispositivo fala em “educação infantil em creche e pré-escola para crianças de até cinco anos de idade”. Ademais, os parágrafos primeiro e segundo do art. 208 cravam, respectivamente, que o “acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”, e que o “não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”. Por fim, o art. 212 e seus parágrafos tratam da porcentagem de distribuição de tributos pelas pessoas da Administração Pública Direta entre si e na educação propriamente.

Interessante notar, em primeira análise, que o Estado se exime da obrigatoriedade no fornecimento de educação superior, no art. 208, V, quando assegura, apenas, o “acesso” aos níveis mais elevados de ensino, pesquisa e criação artística. Fica denotada ausência de comprometimento orçamentário e infra-estrutural estatal com um número suficiente de universidades/faculdades públicas aptas a recepcionar o maciço contingente de alunos que saem da camada básica de ensino, sendo, pois, clarividente exemplo de aplicação do Princípio da Reserva do Possível dentro da Constituição. Aliás, vale lembrar, foi esse o motivo - o direito à matrícula numa universidade pública - que ensejou o desenvolvimento da “reserva” no direito alemão, com a diferença de que lá se trabalha com extensão territorial, populacional e financeira muito diferente daqui. Enfim, “trocando em miúdos”, tem-se que o Estado apenas assume compromisso no acesso ao ensino superior, via meios de preparo e inclusão para isso, mas não garante, em momento algum, a presença de todos que tiverem este almejo neste nível de capacitação.

Noutra consideração ainda sobre o inciso V, é preciso observar que se utiliza a expressão “segundo a capacidade de cada um”, de forma que o critério para admissão em universidades/faculdades públicas é, somente, pelo preparo intelectual do cidadão, a ser testado em avaliações com tal fito, como o vestibular e o exame nacional do ensino médio. Trata-se de método no qual, através de filtragem *darwinista* social, se define aqueles que prosseguirão em seu aprendizado, formando massa rara de portadores de diploma universitário.

Assim, o que se observa é que o Estado assume compromisso educacional com os brasileiros de até dezessete anos de idade, via educação infantil em creche e pré-escola até os cinco anos (art. 208, IV, CF), e via educação básica e obrigatória dos quatro até dezessete anos (art. 208, I). Afora esta faixa etária, somente terão acesso à educação básica aqueles que não a tiveram em seu devido tempo.

A discussão consiste, pois, em saber se a educação infantil e básica estão contidas no Princípio do Mínimo Existencial.

Preliminarmente, convém expressar *concordância ressalvada* com o constituinte quando afasta do Estado a obrigação de generalizar o ensino superior. *Concordância* justamente pela Reserva do Possível, afinal, a grande maioria dos municípios do país tem, pelo menos, uma ou duas escolas públicas, bem como uma ou duas creches, para atender ao número de crianças e adolescentes que precisam ser providos de tais necessidades. Mas, comparativamente, são absolutamente minoritários os municípios que dispõem de faculdades/universidades públicas, cenário um tanto minimizado pela expansão do ensino superior particular - o que aumenta a possibilidade de programas governamentais e/ou privados de acesso a quem não dispõe de condições financeiras -, observado nos últimos anos.

Não é simples criar uma instituição de ensino superior. Não se trata de tijolos e cimento, como poderia pensar um simplista, mas de contratação de professores com nível de formação apta a ministrar aulas neste grau de ensino, de aquisição de equipamentos e materiais de treinamento para cursos que envolvam ampla prática pré-profissional - como é o caso de farmácia, medicina e odontologia, *p. ex.* -, de inclusão da instituição no sistema de distribuição de recursos estatais - fato que diminuiria a cota parte de cada instituição no rateio geral - etc., e, como se não bastasse, efetuando tal processo prezando por qualidade e excelência, no intento de não “passar vergonha” frente aos índices comparativos mundiais que colocam as grandes universidades europeias e americanas no topo do legado educativo superior.

Já a *ressalva* advém do fato de até se permitir que o Estado se exima da universalização do ensino superior, mas que isso não constitua excludente da responsabilidade a que sempre se trabalhe no sentido de aumento progressivo de vagas, de aperfeiçoamento na prestação educacional, de qualificação constante da mão-de-obra professoral, de quotas universitárias, de possibilidade de acesso de pessoas carentes mediante créditos estudantis às bem-vindas instituições privadas de ensino superior, dentre outros¹⁹².

Do contrário, exigir do Estado que se comprometa *incontinenti* com a totalidade de alunos matriculados no ensino superior se refletirá em inverdade constitucional, qualificada com o indigesto tempero da utopia de que isso seja, de fato, possível¹⁹³. Basta lembrar que nem na desenvolvida Alemanha tal cenário se mostrou viável.

No mais, no tocante ao ensino em creche e pré-escola, bem como a educação básica, há se defender a inclusão de ambos no Mínimo Existencial¹⁹⁴ por três fatores básicos.

O *primeiro* deles, porque já foi dito que as Constituições ocidentais ganharam força normativa no pós-Segunda Grande Guerra graças ao ideário de Konrad Hesse, de forma que no Brasil não foi diferente; do contrário, a Carta pátria de 1988 serve de exemplo hermenêutico às demais nações democráticas nesta questão. Sendo assim, uma vez que o parágrafo primeiro, do art. 208, da Constituição, afirma que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, isso reflete o intento do constituinte de que a garantia de exigir do Estado vaga em escola, pré-escola ou creche é um sonho a ser, aos poucos, concretizado principalmente com o auxílio dos cidadãos que pleiteiam judicialmente este direito fundamental, bem como um comprometimento a ser priorizado pelo Estado quando for sopesar a urgência de duas ou mais políticas públicas a serem efetivadas. Essa é uma verdade tão absoluta que, mesmo quando a Constituição assegura o direito social à saúde, *p. ex.*, nos arts. 196 a 200, não há qualquer dispositivo similar consagrando-a explicitamente como direito subjetivo e público do indivíduo.

A “vontade de Constituição”, neste diapasão, representa, ao lado do postulado instrumental da Máxima Efetividade, elemento catalisador para que a possibilidade consagrada constitucionalmente de se exigir do Estado o acesso aos níveis básicos de ensino seja a mais ampla possível.

¹⁹² Também, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 313-315).

¹⁹³ Vide nota explicativa nº 108.

¹⁹⁴ Concordamos, pois, com Ana Paula de Barcellos (2011, p. 303-319).

O *segundo* dos fatores, complementar ao primeiro, porque o parágrafo segundo do mesmo art. 208 prevê a responsabilidade da autoridade competente em caso de não-oferecimento/oferecimento irregular de ensino obrigatório¹⁹⁵. Não seria equivocada dizer, inclusive, que, casuisticamente, uma vez afastada de forma peremptória a incidência da Reserva do Possível, este dispositivo constitucional implica responsabilidade objetiva do Estado pela inércia na efetivação educacional obrigatória.

Por fim, o *terceiro* dos fatores - com menor cunho jurídico que os dois anteriores -, porque a educação antecede a absolutamente tudo. Não há nação próspera econômica e socialmente sem um sistema educacional desenvolvido. Não há nação pacífica sem um sistema educacional desenvolvido. Não há como segurar os estudantes prodígios no país, impedindo o êxodo cerebral para os grandes centros estudantis, sem um sistema educacional desenvolvido. Em síntese, não há como conceber uma democracia sem um sistema educacional desenvolvido. Como se não bastasse, é justamente na faixa protegida pelo constituinte - originário ou reformador -, até dezessete anos, que se molda o caráter do indivíduo. Está-se falando, pois, da necessidade de que jovens estejam devidamente matriculados e, mais do que isso, recebendo educação de qualidade, afinal, pode parecer “lugar comum”, mas não custa lembrar que o aluno não é só um número, um registro escolar, sentado inerte e impassível numa carteira^{196 e 197}.

¹⁹⁵ Neste sentido, oportunas as palavras de Luís Roberto Barroso (2000a, p. 147-148): “Não existe, ao ângulo técnico-jurídico, qualquer obstáculo a que se mova contra o Estado uma ação que tenha como objeto uma obrigação de fazer, inclusive com a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença. No caso figurado, as dificuldades práticas do deferimento de um pedido condenando o ente público à construção e operação de uma escola podem ser facilmente sanadas por uma providência alternativa: condenar-se o Estado a custear o estudo do menor em escola privada existente na área. Inviabilizadas todas as alternativas para o cumprimento em espécie da obrigação estatal, restará a possibilidade - embora insatisfatória - de obtenção de uma indenização pela omissão ilícita”.

¹⁹⁶ Acrescente-se a estes três argumentos, um quarto lembrado por Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 307-308): “Até mesmo a habitual ponderação relativa à ausência de recursos (limite fático da reserva do possível), assim como a ausência de competência dos tribunais para decidir sobre destinação de recursos públicos, parecem-nos inaplicáveis à hipótese (ensino público fundamental gratuito). Além de colocar - e não sem razão - os particulares diante de uma situação em que não lhes resta alternativa, importa reconhecer que o próprio Constituinte tratou de garantir a destinação de recursos para viabilizar a realização do dever do Estado com a educação [...]”.

¹⁹⁷ Em sintonia com os argumentos em prol da educação básica e em creche e pré-escola como integrantes do Mínimo Existencial, o Supremo Tribunal Federal: “Agravo regimental no recurso extraordinário. Ação civil pública. Transporte de alunos da rede estadual de ensino. Omissão da administração. Educação. Direito fundamental indisponível. Dever do Estado. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. [...] (RE 603575 AgR, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010)”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168703&base=baseAcordaos>. Acesso em 18 de maio de 2011.

Desta forma, é direito irrenunciável do indivíduo pleitear vagas em escolas e creches públicas, de modo que, do lado oposto, os argumentos do Estado devem ser extremamente contundentes; do contrário, a satisfação requerida deverá ser exitosa, ainda que a determinação transpasse a repartição de funções e parta do Poder Judiciário.

4.3.2.2 A saúde

Acabou-se de defender no tópico anterior a importância ímpar do direito à educação no sistema pátrio de direitos fundamentais sociais¹⁹⁸. Mas, de maneira indúbia, é no direito à saúde que se concentram as principais discussões em torno de sua adesão ao subgrupo qualificado de direitos sociais que forma o “mínimo”, bem como da oponibilidade da Reserva do Possível ao tema.

Esse acirramento de ânimos no que diz respeito à saúde se dá tanto porque, de todos os direitos sociais, este é o que mais perto está do direito fundamental individual à vida, do art. 5º, *caput*, da Constituição pátria, como porque são visíveis os avanços da medicina/indústria farmacêutica nos últimos tempos - embora não sejam menos cristalinos os preços praticados no setor¹⁹⁹. É dizer: o direito fundamental à saúde tem custo de individualização exacerbado, se comparado com o anterior direito social à educação²⁰⁰.

¹⁹⁸ Relembra-se, contudo, a inexistência de hierarquia entre normas constitucionais, por força do postulado instrumental da Unidade da Constituição.

¹⁹⁹ Some-se a isso as palavras de Ana Paula de Barcellos (2011, p. 2011): “Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde - não incluída no mínimo existencial nem autorizada por lei, mas sem a qual ele pode vir mesmo a falecer - é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos pela fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica”. Também, Gustavo Amaral (2001a, p. 24-25).

²⁰⁰ A título ilustrativo, veja-se os dados trazidos por Flávia Piovesan e Patrícia Luciane de Carvalho (2008, p. 71) quanto à indústria farmacêutica: “Ressalte-se que o Brasil está entre os dez maiores mercados consumidores de medicamentos, com uma participação da ordem de 1,5% (um e meio por cento) a 2,0% (dois por cento) do volume mundial. O faturamento bruto do mercado interno foi de 9,7 bilhões de dólares em 1995, representando crescimento de 15% (quinze por cento) sobre o ano anterior. A indústria farmacêutica gerou 47.100 empregos diretos em 1996, com investimentos globais de 200 milhões de dólares no mesmo ano. Esse setor é constituído por cerca de 480 empresas, entre produtores de medicamentos, indústria quimiofarmacêuticas e importadores. Há aproximadamente 45 mil farmácias e 5.200 produtos, com 9.200 apresentações. O estrato da população brasileira com renda superior a dez salários mínimos, que representa 15% (quinze por cento) do total, geral 48% (quarenta e oito por cento) do gasto em medicamentos, com o consumo anual de 193 dólares *per capita*. O estrato com renda entre quatro a dez salários mínimos corresponde a 34% (trinta e quatro por cento) da população e gera 36% (trinta e seis por cento) do gasto, com o consumo médio anual de 64 dólares *per capita*. Os 51% (cinquenta e um por cento) restantes da população, que possuem renda entre zero e quatro salários mínimos, geram 16% (dezesseis por cento) do gasto e consomem, em média anual, 19 dólares *per capita*”.

Como se não bastasse, é ululante o caráter híbrido da saúde, em considerando seus enfoques positivo - o direito individual de receber saúde -, e negativo - o dever do Estado de fornecer saúde²⁰¹.

Tal direito está disciplinado na Lei Fundamental nos arts. 196 a 200, e, dentre estes, o art. 196 afirma ser a saúde “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, e o art. 198, parágrafos primeiro a terceiro, tratam da distribuição de recursos para manutenção desta garantia fundamental.

Some-se a isso o fato do direito à saúde ser amplíssimo, bastando para essa conclusão a análise superficial do rol de funções do Sistema Único de Saúde contido no art. 200 da Constituição, pelo qual, dentre outras, são atribuições do SUS a execução de ações de vigilância sanitária e epidemiológica (inciso II), a ordenação da formação de recursos humanos na área (inciso III), a participação da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico (inciso IV), a colaboração na proteção do meio ambiente, nele comprometido o do trabalho (inciso VIII) etc. Outrossim, há ainda outra extensa gama de questões circundantes, como a determinação de internação de pacientes em unidades de terapia intensiva, a insuficiência de leitos hospitalares comuns, o fornecimento de medicamentos importados e de alto custo, o envio de pacientes para tratamento no exterior etc.

Resta saber, contudo, se está a saúde contida no Mínimo Existencial e, se sim, em qual intensidade.

Ana Paula de Barcellos (2011, p. 326) fala numa “saúde básica” componente do Mínimo Existencial, entendida como “[...] prestações de saúde que podem ser judicialmente exigidas do Poder Público, a serem prestadas diretamente por ele ou pelo particular com custeio público, caso a Administração não possa ou não tenha meios de executar a prestação”. Assim, segundo Barcellos (2011, p. 325-326), a maior ou menor extensão dos efeitos das normas constitucionais e a determinação do Mínimo Existencial deve estar relacionada “[...] às prestações de saúde disponíveis e não às condições melhores ou piores de saúde das pessoas, mesmo porque muitas vezes não há qualquer controle sobre o resultado final que uma prestação de saúde produzirá no paciente” (grifei). O parâmetro utilizado pela autora do

²⁰¹ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008, p. 38).

que seria, afinal, a “saúde básica”, são as quatro prioridades estabelecidas pela própria Constituição para a área da saúde, como visto no Capítulo VI, a saber “[...] (i) a prestação do serviço de saneamento (art. 23, IX, 198, II, e 200, IV); (ii) o atendimento materno-infantil (art. 227, §1º, I); (iii) as ações de medicina preventiva (art. 198, II); e (iv) as ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II)” (Barcellos, 2011, p. 329).

Cláudia Maria da Costa Gonçalves (2006, p. 174-186), em análise à obra de Doyal e Gough (1991), coloca dentro da saúde a água potável, o ambiente físico saudável, e “cuidados genéricos com a saúde”.

Por fim, Flávia Piovesan e Patrícia Luciane de Carvalho (2008, p. 77-88), especificamente quando tratam de políticas para a implementação de acesso a medicamentos, falam em licenças compulsórias, importações paralelas, medicamentos genéricos, *joint ventures* para a complementação de competências em matérias de acesso a medicamentos, e direcionamento das concessões de bolsas de estudo por organismos federais e estaduais às pesquisas médicas.

Nada obstante os três posicionamentos acima mencionados, para efeito de definir o conteúdo da saúde dentro do Princípio do Mínimo Existencial, convém dividi-la em cinco fatias: *saúde preventiva*, *saúde restauradora*, *saúde pós-restabelecimento*, *saúde experimental*, e *demais questões atinentes à saúde*²⁰².

Pela *saúde preventiva* se entende aquelas políticas que antecedem à própria doença, como a louvável iniciativa de “semanas” e “dias temáticos” - é o caso da “semana de prevenção ao câncer de colo do útero”, a “semana de prevenção à síndrome da imunodeficiência adquirida”, o “dia de combate a diabetes”, o “dia de combate à hipertensão”, dentre outras -, a função precípua desempenhada pelos Postos de Saúde e Programas de Saúde da Família (PSF’s) - como o acompanhamento familiar e a vacinação contra doenças como a poliomielite, a rubéola, a gripe H1N1, a febre amarela, o tétano -, o estímulo à prática de atividades físicas contra a obesidade e o sedentarismo - incentivo que ocorre, principalmente, por meio da propaganda do governo -, o combate anual à dengue - inclusive fora do período das chuvas -, o acompanhamento da gravidez e das primeiras semanas do recém-nascido, dentre outras.

²⁰² Permitimos-nos ir um pouco mais longe do raciocínio formulado por Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008, p. 41): “De qualquer modo, já é possível extrair da Constituição que necessariamente o direito à proteção e promoção da saúde abrange tanto a dimensão *preventiva*, quanto *promocional e curativa da saúde*, bastante uma rápida leitura do que dispõe o artigo 196” (grifei).

A *saúde restauradora* corresponde àquelas políticas concomitantes à ocorrência da doença, como o fornecimento de medicamentos de alto custo que não constam da lista do SUS, a internação em Unidades de Terapia Intensiva, a existência de um número de ambulâncias e leitos de internação compatíveis com o número de habitantes da região, a realização de cirurgias imprescindíveis à manutenção da vida do paciente etc.

Pela *saúde pós-restabelecimento*, se entende as políticas posteriores à doença, mas cuja cura ou controle não impede que medicamentos ou tratamentos continuem por um longo tempo ou mesmo para todo o resto da vida. É o caso, *p. ex.*, do tratamento da síndrome da imunodeficiência adquirida, no qual, apesar da ausência de cura, o controle do paciente contaminado depende de acompanhamento indeterminado com um sem-número de medicamentos que integram o chamado “coquetel”. É o caso, também, noutro exemplo, de crianças que sofrem abuso sexual e necessitam acompanhamento psicológico (em alguns casos, também psiquiátrico) até a restauração de sua plenitude mental.

Já na *saúde experimental* estão contidos os pedidos de tratamentos e medicamentos não autorizados/regulamentados pela Associação Nacional de Vigilância em Saúde, os carentes de comprovação eficaz, ou mesmo os requerimentos de envio para tratamento médico no exterior, dentre outros.

Por fim, além destas quatro partes fundamentais que compõem o direito social à saúde, há se lembrar que tal garantia não se exaure em sua relação com as doenças/risco de morte/debilidade física. Há ainda outra série de questões correlatas que integram o bloco das *demais questões atinentes à saúde*, como a realização de cirurgias estéticas e de mudança de sexo, os tratamentos ilícitos/antiéticos, dentre outros, que qualquer relação guardam com um estado de debilitação do indivíduo.

Vê-se, pois, que cinco são os enfoques dados ao direito fundamental à saúde - quatro específicos e um geral -, de forma que, a despeito de qualquer intenção em generalizar o direito integralmente dentro do Mínimo Existencial, convém fazê-lo somente com os três primeiros destes cinco, a saber, a *saúde preventiva*, a *saúde restauradora* e a *saúde pós-restabelecimento*.

Em *primeiro lugar*, convém refutar a *saúde experimental* dentro do “mínimo”. Desde o início se está falando do alto custo de individualização dos direitos sociais, mais especificamente do direito à saúde, de forma que não pode o Estado deixar de atender a outras necessidades em prol da mera probabilidade de que um tratamento/medicamento surta

resultado. Seria o estranho hábito de trocar o certo pelo duvidoso, institucionalizado agora, também, em versão estatal. Ora, em tempos de progresso científico, em que os laboratórios e a indústria farmacêutica têm, todos os dias, a “última e revolucionária grande novidade”, exigir do Estado que arque com a loteria da cura acabaria por transformá-lo numa espécie de mecenas, um financiador do desenvolvimento de pesquisas da iniciativa privada²⁰³.

O mesmo raciocínio deve valer para o envio de pessoas para tratamento médico no exterior²⁰⁴ - embora, vale lembrar, isso possa ser requerido em qualquer das cinco fatias em que se dividiu a saúde. Não é raro na jurisprudência encontrar casos desse tipo, em que se pleiteou internação em instituição hospitalar estrangeira para submissão do paciente a tratamento não encontrado no Brasil. Com efeito, bem se sabe que este país prima por excelência em algumas questões, como o programa de combate e controle da AIDS e a extensa lista dos chamados “medicamentos genéricos”, cuja quebra de patentes barateia custos desde a produção até o valor final a ser assumido pelo consumidor, mas em outras deixa a desejar, como quando não consegue evitar que infecções hospitalares matem inúmeros recém-nascidos em maternidades ou permite que pessoas morram nas filas de “prontos-socorros” à espera de um mísero médico plantonista. Neste compasso, permitir que o Judiciário possa determinar ao Estado, como cláusula geral, o envio de paciente para o exterior naquilo em que é ineficaz a ação estatal, poderia configurar o inusitado cenário de

²⁰³ Também, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchiner Figueiredo (2008, p. 46-47): “Nesse sentido, pode-se dizer que não se mostra razoável, por exemplo, compelir o Estado a fornecer ou custear medicamentos e tratamentos experimentais, assim compreendidos aqueles não aprovados pelas autoridades sanitárias competentes (o que não significa que a opção técnica do setor governamental respectivo não possa e mesmo deva ser sindicada em determinadas hipóteses), ou que o foram para finalidade diversa daquela pretendida pelo interessado, e que sequer constituíram objeto de testes minimamente seguros, de tal sorte que o autor da demanda, em alguns casos, pode estar servindo como mera cobaia, o que, no limite, poderá implicar até mesmo em violação da própria dignidade da pessoa humana, que, em situações mais extremas, importa até mesmo no dever de proteção da pessoa contra si mesma por parte do Estado e de terceiros. Num sentido ainda mais amplo, igualmente não se configura razoável a condenação do Estado em obrigação genérica, ou seja, ao fornecimento ou custeio de todo medicamento ou tratamento que vier a ser criado ou descoberto, conforme a evolução científica, ainda que oportunamente aprovado pelo órgão sanitário técnico competente. Lembre-se que nem sempre o “novo” é sinônimo do melhor (mais eficiente e seguro para o próprio titular do direito à saúde e, por vezes, para a própria comunidade em que se insere), seja em termos de diretrizes terapêuticas, seja em termos orçamentários propriamente ditos”. Neste sentido, destaca-se importante acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul: “Direito público não especificado. Agravo de instrumento. Fornecimento de medicamento a portador de câncer de cólon. Alto custo da medicação pleiteada e inexistência de venda no país. Liberação relativamente recente pela ANVISA com outras indicações. Eficácia do tratamento não-demonstrada. Informações de médico do CACON onde o agravante já obteve tratamento consideradas [...]. *Medicamento de alto custo, cuja eficácia não restou demonstrada nos autos, devendo ser importado. Laudo médico particular contrastado com as informações prestadas por médico que atende no CACON de Caxias do Sul e já ministrou tratamento ao agravante. Necessidade de dilação probatória para apurar a adequação do tratamento requerido. Indeferimento da tutela antecipada mantido excepcionalmente.* Agravo de instrumento improvido (Agravo de Instrumento nº 70020122248, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 30/08/2007)” (grifei). Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/jurisprudencia.html>. Acesso em 19 de agosto de 2011.

²⁰⁴ Em mesma frequência, Ricardo Seibel de Freitas Lima (2008, p. 280).

esvaziamento dos hospitais brasileiros. Ademais, noutro argumento acerca da questão, é preciso lembrar que nem sempre a solicitação de envio para tratamento médico no exterior decorre de ausência da política no país, mas da mera desconfiança do pelejante de que o tratamento nacional não possa produzir os mesmos efeitos. Seria a estranha situação de, entre se tratar no Brasil ou no exterior, se “dar ao luxo” de ficar com a última opção.

Por fim, como último argumento de refutação da saúde experimental como integrante do Mínimo Existencial, tem-se que o fato do medicamento/tratamento ser proibido/não-regulamentado pela Agência Nacional de Vigilância em Saúde deve, por si só, inviabilizar que o magistrado determine-o. Do contrário, estará havendo uma invasão na esfera de gerenciamento do órgão, com o Poder Judiciário almejando ultrapassar a autoridade especializada de quem, com base em critérios técnicos, optou por não autorizar o medicamento/tratamento²⁰⁵.

Em *segundo lugar*, convém negar, também, as *demais questões atinentes à saúde* dentro do “mínimo”²⁰⁶. O fato de se utilizar a expressão “demais questões” não significa dizer que estão estas sendo tratadas como supérfluas, mas é fato que este é o único dos cinco elementos com conteúdo generalíssimo, em contraponto aos outros quatro específicos. Assim, como o dinheiro é escasso, caso se possa falar numa ordem de preferência entre o que atender primeiro dentro do direito à saúde, no topo da pirâmide estarão as saúdes preventiva, restauradora e pós-restabelecimento, num mesmo patamar, logo abaixo a saúde experimental, e só então estas “demais questões”. É dizer: como as necessidades do que vêm acima são muito maiores, estas “demais questões” não podem compor o “mínimo” por absoluta falta de espaço. Ainda mais se desconsiderar-se a análise isolada do direito à saúde, como se fez aqui, e incluir no instituto em estudo outros direitos sociais sobre os quais ainda se falará²⁰⁷.

²⁰⁵ Há, ainda, um argumento subsidiário: a Lei nº 9.656/98, destinada às empresas privadas de planos de saúde, preceitua, em seu art. 10, I, que se exclui do plano-referência de assistência à saúde o tratamento clínico ou cirúrgico experimental. Apesar desta Lei nortear a iniciativa privada, há se observar que, mesmo neste âmbito, onde os valores pagos pelo consumidor pela assistência médico/hospitalar/odontológica são maiores que aqueles pagos ao Estado sob forma de tributação, exclui-se da obrigatória cobertura o que é experimental. Não seria o caso, pois, de se impor tal obrigação ao Estado.

²⁰⁶ Em sentido contrário, a situação apresentada - e criticada - por Giovanni Guido Cerri, em comentário publicado no jornal “Folha de São Paulo”, de 5 de julho de 2011: “Do mesmo modo, há um sem número de liminares que determinam a entrega de medicamentos já distribuídos na rede, mas que não são daquela marca prescrita pelo médico. *Sem falar em decisões que obrigam a distribuição de fraldas descartáveis, xampus e outros materiais não vinculados à terapia medicamentosa*” (grifei).

²⁰⁷ Outro argumento que reforça esta tese de afastar as “demais questões atinentes à saúde” do conteúdo do Mínimo Existencial é a Lei nº 9.656/98, cujo art. 10, II, III, e IV exclui do plano-referência de assistência à saúde, respectivamente, procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos (bem como órteses e próteses para o mesmo fim), inseminação artificial, e tratamento de rejuvenescimento ou emagrecimento com finalidade estética.

Desta forma, afastadas a *saúde experimental* e as *demais questões atinentes à saúde*, sobram a *saúde preventiva*, a *saúde restauradora* e a *saúde pós-restabelecimento*, estas sim, legítimas integrantes do Mínimo Existencial.

A *saúde preventiva*, porque além do seu baixo custo em regra, é dotada de grande proficuidade no fito de “cortar o mal pela raiz” - entendendo por “mal” a debilitação avançada da saúde do indivíduo -; a *saúde restauradora*, porque o Estado não pode se eximir de tratar daqueles que se encontram em crítico estado de sobrevivência, razão pela qual o assistencialismo dispensado aos pacientes deve se dar na “máxima intensidade possível”; e, por derradeiro, a *saúde pós-restabelecimento*, por um primeiro motivo muito próximo daquele alegado para a saúde preventiva, qual seja, a economia maior em meramente impedir que o “mal” volte, ao invés de tratá-lo quando restabelecido, e por um segundo motivo, de melhorar a qualidade de vida daquele que já esteve próximo da sucumbência físico-mental²⁰⁸.

4.3.2.3 A alimentação

Apesar da desnecessidade prática de sua inclusão no rol de direitos sociais - haja vista a possibilidade de extrair seu conteúdo de outro direito, qual seja, a “assistência aos desamparados”, e também do art. 7º, IV, que trata do salário mínimo, bem como a já propalada pacificação doutrinária acerca da não-taxatividade desta espécie de direitos fundamentais -, a alimentação foi acrescida ao art. 6º da Constituição pela Emenda nº 64/10, não encontrando, portanto, regulamentação pormenorizada na Lei Maior pátria tal como os dois direitos sociais vistos até agora.

Indo direto ao ponto nevrálgico da questão, parece indubitável a inclusão do direito social à alimentação no Mínimo Existencial, sobretudo partindo da cisão do instituto feita por Ricardo Lobo Torres, entre “direito mínimo” e “direito existencial”, para melhor explicá-lo.

Segundo o autor, o direito é mínimo do ponto de vista objetivo ou subjetivo. É objetivamente mínimo “[...] por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais

²⁰⁸ Ademais, mesmo no que concerne a estas três fatias da saúde componentes do “mínimo”, Ricardo Seibel de Freitas Lima (2008, p. 280) bem lembra a questão da preferência por medicamentos de menor custo, e acrescenta a ausência de “faculdade” do paciente entre escolher este ou aquele medicamento para se tratar: “Os medicamentos, por sua vez, devem ser preferencialmente genéricos ou aqueles de mais baixo custo, não podendo ser admitidas preferências arbitrárias ou injustificadas por determinadas marcas, o que viola o princípio da igualdade, nem importações de substâncias que sequer são autorizadas no país”. Também, Têmis Limberger (2008, p. 68).

e por ser garantido a todos os homens, independentemente de suas condições de riqueza [...]” (Torres, 2009, p. 35-36). É subjetivamente mínimo por tocar parcialmente, em seu *status positivus libertatis*, “[...] a quem esteja abaixo da linha de pobreza” (Torres, 2009, p. 36).

Já o direito à existência “[...] deve ser entendido no sentido que lhe dá a filosofia, ou seja, como direito ancorado no ser-aí (*Da-sein*) ou no ser-no-mundo (*in-der-Welt-sein*). Integra a “estrutura de correspondências de pessoas ou coisas”, em que afinal consiste o ordenamento jurídico” (Torres, 2009, p. 36-37).

Assim, conclui o autor que “[...] não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a *situações existenciais dignas*” (Torres, 2009, p. 36)²⁰⁹.

Com efeito, encontra-se a alimentação - dentro, não custa lembrar, da separação feita por Ricardo Lobo Torres - na parte “existencial” do “mínimo existencial”, vez que o mero conceito de “direito mínimo” mostra-se insuficiente para indicar o que seria uma alimentação adequada, e, portanto, existencial. É dizer: como saber, afinal, o que seria uma “alimentação mínima”?

Por outro lado, fica mais palpável falar numa “alimentação existencial”. Assim, os parâmetros são mais facilmente delimitáveis: todo indivíduo tem direito a socorrer-se do Poder Judiciário no intuito de conseguir alimentos que assegurem sua “existência”.

Como se não bastasse, isso permite visualizar em que intensidade a alimentação deve ser prestada, casuisticamente. Uma cesta básica? Duas cestas básicas? Três cestas básicas? Tudo dependerá, dentre outros, do número de habitantes dentro do lar, da quantidade de alimentos que cada um precisa, e do grau de dependência destes do Estado.

Noutro enfoque, falar em “alimentação existencial” permite dizer que - e aqui convém pedir desculpas antecipadas pelos termos não-jurídicos -, se não for possível ao indivíduo ter o filé *mignon* à mesa de almoço, que se contente, pois, com o coxão ou a costela do abate.

Em suma, pois, o direito social à alimentação está contido dentro do Mínimo Existencial, mais especificamente no elemento “existencial” do instituto, se restringindo somente àquilo que o indivíduo necessita para cumprir a meta diária de calorias para sua sobrevivência, extirpando-se de tal direito, assim, aquilo que é excesso ou supérfluo.

²⁰⁹ “A Corte Constitucional da Alemanha define o mínimo existencial como o que “é necessário à existência digna” (*ein menschenwürdiges Dasein notwendig sei*)” (Torres, 2009, p. 37).

4.3.2.4 O trabalho

O trabalho é o direito fundamental social que maior guarida encontra na Constituição, haja vista a grande quantidade de mecanismos assecuratórios dos arts. 7º a 11 - que só perdem para o art. 5º -, dentre os quais se podem destacar, no art. 7º, o “seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário” (inciso II), o “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim” (inciso IV), a “remuneração do trabalho noturno superior à do diurno” (inciso IV), o “salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei” (inciso XII), o “gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal” (inciso XVII), a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” (inciso XX), a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (inciso XXII), a “proteção em face da automação, na forma da lei” (inciso XXVII), dentre outros.

Em análise à gama de direitos atrelados ao trabalho, percebe-se que se pode distribuí-los em blocos, de forma que a Constituição enfatiza *o direito de trabalhar* - isto é, o direito de não ficar desempregado, como quando assegura o mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX), ou quando protege os trabalhadores contra a automação (art. 7º, XXVII) -, *o direito de trabalhar com dignidade* - isto é, a preconização da necessidade de condições humanas de trabalho, como quando prevê adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas (art. 7º, XXIII) ou trata da duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais (art. 7º, XIII) -, bem como o *direito de perceber rendimentos pelo trabalho* - isto é, a remuneração devida pelo labor, como quando trata do salário mínimo (art. 7º, IV) ou do décimo terceiro salário (art. 7º, VIII).

Resta saber, pois, se todos ou alguns destes blocos integram o Mínimo Existencial.

Em análise primeira, não deve o *direito de trabalhar* integrar o “mínimo”. Pode-se pensar que, tal como numa relação causa-consequência, o direito de trabalhar implica no dever da outra parte de empregar. Seria dizer: todo direito de trabalhar exige, de imediato, uma contrapartida materializada na oferta de emprego pelo Estado ou pelo âmbito privado.

Tal pensamento é equivocado, obviamente. Não se pode obrigar o Estado, tão menos a iniciativa privada, a receber mão-de-obra de que não precisa ou, principalmente, de que não pode pagar. É ululante, no enfoque que se está dando nesta obra, de implementação de políticas públicas, que há se defender total ausência de comprometimento estatal com o preenchimento de seus quadros por pessoas sem trabalho, *simplesmente por estarem sem trabalho*. Até porque se sabe para isso, como regra, é preciso concurso público de provas e títulos ou processo seletivo simplificado, método encontrado pela Administração Pública para selecionar os mais bem preparados²¹⁰.

Noutro prisma de argumentação em prol do afastamento do direito de trabalhar do conteúdo “mínimo”, deve-se vislumbrar a nitidez do conteúdo de defesa deste direito, e não prestacional, como o são prevalentemente a maioria dos outros direitos sociais. A Constituição pode, no máximo, assegurar escudos com os quais os trabalhadores se defenderão dos eventuais abusos de quem os emprega. Mas daí à permissibilidade de que alguém procure o Poder Judiciário pedindo um “trabalho” seria grande exagero.

Por outro lado, o *direito de trabalhar com dignidade e de perceber rendimentos pelo trabalho* devem constituir partes integrantes do “mínimo”.

Nestas duas hipóteses, diferentemente da anterior, a mão-de-obra já se encontra posicionada em algum cargo, emprego, função, trabalho - enfim, a natureza da ocupação laboral não importa -, e o fato é que o *cenário de atividades*, assim compreendido o local em que se trabalha, os companheiros de profissão, a relação com superiores hierárquicos, os equipamentos apropriados para o tipo de função, a existência de matéria-prima para o bom desenvolvimento das atividades, bem como a evitação de ameaças injustificadas de demissões, exonerações e exigências imoderadas em prol de aumento de produtividade, tudo enfim, deve formar um sistema o mais equilibrado possível, para que o estado interno daquele que trabalha também esteja o mais equilibrado possível²¹¹. E, como se não bastasse, é preciso receber pelo desenvolvimento do labor, proporcionalmente à sua complexidade, evitando-se, em qualquer hipótese, a percepção de remuneração vil.

Por falar em remuneração - vil? -, convém discorrer brevemente sobre o salário mínimo.

²¹⁰ Cf. art. 37, II, da Constituição.

²¹¹ Cláudia Maria da Costa Gonçalves (2006, p. 179), em análise à obra de Doyal e Gough (1991), fala em um “ambiente de trabalho desprovido de riscos” como componente do “mínimo”.

O art. 7º, IV, da Constituição prevê remuneração apta a atender as *necessidades vitais básicas do remunerado e de sua família*, nela incluindo-se o necessário à *moradia*, à *alimentação*, à *educação*, à *saúde*, ao *lazer*, ao *vestuário*, à *higiene*, ao *transporte* e à *previdência social*²¹². Muito já se debateu sobre a constitucionalidade do dispositivo que representa, na opinião deste que escreve este trabalho, o maior descompasso da Constituição de 1988 entre norma e fato^{213 e 214}. Afinal, é óbvia a insuficiência do salário mínimo para atender a tudo o que ele se propõe, sobretudo considerando a perda do poder de compra do dinheiro muito maior que o valor inflacionado dos gastos necessários à boa operacionalidade dos elementos do art. 7º, IV²¹⁵.

De qualquer forma, sem mais divagações - lembrando que não se está discutindo especificadamente cada direito social, mas apenas naquilo que interessa ao Princípio do Mínimo Existencial -, há se defender a importância maior do salário mínimo dentro daquilo que, no direito ao trabalho, integra o princípio em debate. Em outras palavras, se foi dito alhures que o direito de trabalhar com dignidade e o direito de perceber remuneração adequada integram o “mínimo”, dentro destes dois blocos o salário mínimo posiciona-se à frente como grande representante do direito social ao trabalho no Mínimo Existencial. Até porque, consoante a classificação de Ricardo Lobo Torres *supramencionada*²¹⁶, o salário mínimo consegue ser, ao mesmo tempo, “direito mínimo” (salário mínimo) e “direito existencial” (salário existencial): “mínimo”, porque seu valor é ínfimo, representando o legítimo “mínimo vital” propalado pela doutrina²¹⁷, isto é, o valor limite com o qual um ser humano pode sobreviver, situando-se logo abaixo deste limite a faixa de pobreza;

²¹² Já foi visto no tópico que trata sobre o conteúdo constitucional do Mínimo Existencial que há quem defenda a escrita correlação do instituto aos componentes do salário mínimo.

²¹³ Lembrar da ADI nº 737-8, na qual se afirmou inconstitucional o valor constante do salário mínimo, atribuído pela Lei nº 8.149/92, por não atender ao conteúdo do inciso IV, do art. 7º, da Constituição. Tal ação foi extinta, todavia, pelo advento de nova lei regulando a remuneração impugnada, fato que impediu o Supremo Tribunal Federal de proferir pronunciamento aclaratório.

²¹⁴ De toda forma, razão assiste a Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 293) quando reflete sobre a viabilidade de uma majoração adequada do salário mínimo: “Com efeito, não se podem negligenciar os inúmeros reflexos da fixação do valor do salário mínimo na conjuntura socioeconômica. Neste sentido, verifica-se, desde logo, que, majorado o salário mínimo, se impõe a majoração, na mesma proporção, das pensões, aposentadorias e benefícios a ele vinculados”.

²¹⁵ Luís Roberto Barroso (2000a, p. 152) enxerga a possibilidade do Poder Judiciário intervir em matéria de salário mínimo. Para o autor, “[...] pode um trabalhador mover, ele próprio, uma ação contra o empregador, requerendo ao juiz que declare incidentalmente a inconstitucionalidade do ato e fixe, baseado nos elementos objetivos acima exemplificados, o valor da remuneração mínima a lhe ser paga [...]. Outra possibilidade - esta seguramente plausível e eficaz - seria a instauração de dissídio coletivo pelo sindicato de cada categoria afetada, ou mesmo, eventualmente, por um órgão central congregador dos diversos sindicatos, para que fosse fixado, por decisão da Justiça do Trabalho, o valor da remuneração mínima, na conformidade do preceptivo constitucional”.

²¹⁶ Vide item “4.3.2.3”.

²¹⁷ Robert Alexy. *Teoria de los derechos fundamentales*, 2002.

“existencial”, por conta do grande número de objetivos previstos no art. 7º, IV aos quais ele precisa, ironicamente, atender.

4.3.2.5 A moradia

Tal qual o direito à alimentação, que foi acrescido ao rol de direitos fundamentais sociais por Emenda Constitucional, o direito à moradia o foi pela EC nº 26/00, razão pela qual não encontra o mesmo, também, específica regulamentação constitucional posterior.

Com efeito, o direito social em epígrafe deve ser estudado em três grandes grupos: o *direito de ser proprietário/possuidor de um lar*, o *direito de não perder o lar*, e o *direito de que esse lar seja servido por realizações estatais de absoluta necessidade*. A discussão que vem à tona, mais uma vez, é sobre o que está contido no Mínimo Existencial.

Destes, somente estes dois últimos devem compor o “mínimo”²¹⁸.

Com efeito, o *direito de ser proprietário/possuidor de um lar* representa a questão com que mais se deve preocupar quando se está diante da implementação de políticas públicas - seja por atuação administrativa, seja por atuação judicial -, em razão do alto custo individualizador desta faceta do direito social à moradia, paradoxal à grande quantidade de indivíduos que vivem periferizados. Desta maneira, inserir tal direito dentro do “mínimo” obrigaria o Estado a, por intermédio da Reserva do Possível, desesperadamente juntar argumentos para não realizá-lo, afinal, uma vez determinada a construção de moradia para “A”, não teria o administrador como se furtar de fazê-lo, também, para “B”, “C”, “D”, “E” etc., fato que se revela absolutamente impossível sob aspecto orçamentário.

Assim, para evitar sobrecarga no sempre crítico sistema de políticas públicas, o melhor a fazer é deixar o direito de ser proprietário/possuidor de um lar como um direito social, sim, mas fora do “mínimo”, pois desta forma fica mais fácil analisar casos de extrema necessidade, em detrimento de outros nem tão urgentes assim, sem que isso fira a isonomia²¹⁹.

²¹⁸ Em sentido contrário, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 244), que enquadra o direito à moradia indistintamente dentro do Mínimo Existencial.

²¹⁹ Por essa razão, Maria Garcia (2007, p. 189) só entende haver obrigação do Estado quanto ao direito de ser proprietário/possuidor de um lar em havendo *interesse coletivo* e de *amplitude nacional*: “Nessa conformidade, o Estado poderá ser compelido a detonar as medidas próprias para a satisfação do direito de cada um, por via reflexa, como decorrência da promoção do *interesse coletivo* de grupo sem-teto. Medidas que envolvam: financiamento para a aquisição da casa própria; financiamento para a construção de conjuntos (casas ou apartamentos) habitacionais e outras modalidades próprias da atividade imobiliária”.

É óbvio, neste contexto, que não pode o Estado se omitir na constante factualidade de construir casas populares, bem como de urbanizar favelas e nichos de esquecimento social. Mas, que isso não se faça sem desconsiderar que tal atividade é a “longuíssimo” prazo, a despeito dos objetivos de “médio”, “curto” e “curtíssimo” prazos do “mínimo”.

Por sua vez, o *direito de não perder um lar* não só deve integrar o “mínimo” como é questão bem trabalhada pela lei, pela doutrina, e pela jurisprudência, quando se protege a impenhorabilidade, em regra, do bem de família²²⁰, a proteção dos indivíduos que vivem sozinhos com base estrita no direito social à moradia, a exigência, em regra, de autorização marital para alienação de bem imóvel, a possibilidade de manejo de embargos de terceiro pelo cônjuge que entende não ter sido a dívida contraída pelo companheiro revertida em proveito conjugal, a tese da proteção ao patrimônio mínimo²²¹ etc. Neste diapasão, fica o entendimento e a “dica”: quando um indivíduo pleitear o livramento de sua residência, *p. ex.*, de ser garantidora de quitação de dívida, que não o faça apenas com base civil no bem de família, mas também com supedâneo constitucional-humanitário no Princípio do Mínimo Existencial.

Em último lugar, o *direito de que o lar seja servido por realizações estatais de absoluta necessidade* é, no entendimento aqui adotado, a principal faceta do direito social à moradia dentro do “mínimo”. Estas “realizações estatais” englobam, dentre outros, asfaltamento, energia elétrica, água encanada, sistema de esgoto, rede de águas pluviais, calçamento, e coleta de lixo. Tal direito é, de longe, alternativa qualificada à impossibilidade *supramencionada* de se construir um lar para cada cidadão que não o tenha. É de se perguntar: melhor convém - no sentido de maior eficiência com a menor onerosidade possível - construir cinquenta casas para um agrupamento favelado, ou minimizar suas carências mais básicas

²²⁰ Em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal: “Fiador. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. *A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República* (RE 407688, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006)” (grifei). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%22patrim%F4nio+m%EDnimo%22&base=baseAcordaos>. Acesso em 23 de agosto de 2011. Tal julgado é prontamente questionado por Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 138-144).

²²¹ Neste sentido, Maria Elisa Villas-Bôas (2009, p. 81-82). Também, trecho de julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “Apelação cível. Embargos de terceiro. Bem de família. Morte do devedor. Filha que continua a residir no imóvel [...]. A proteção ao bem de família, cujo assento constitucional está previsto no direito social à moradia (art. 6º da CRFB), constitui materialização da teoria do patrimônio mínimo da pessoa humana, assegurando o chamado mínimo existencial, como afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana [...]. Recurso de apelação provido. Prejudicado o apelo do banco. Unânime (Apelação Cível nº 70026431627, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 23/10/2008)”. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/jurisprudencia.html>. Acesso em 23 de agosto de 2011.

com algumas das realizações estatais acima vistas? Em outros termos, o que se está a dizer é que o que seria gasto com a individualização do direito social à moradia - leia-se: construindo uma morada -, pode ser mais bem utilizado com o reforço das encostas de um morro onde se encontram um sem-número de pessoas marginalizadas pela especulação imobiliária, *p. ex.*, ou com a canalização (ou mera construção de “piscinões”) de um córrego que insiste em transbordar às primeiras gotas de chuva do verão. Aliás, isso serve para reforçar o argumento de que o direito de ser proprietário/possuidor de um lar não deve integrar o “mínimo”: entre pleitear um suprimento individual e outro coletivo, deve-se dar preferência ao que é plural²²².

4.3.2.6 O lazer

A Constituição não tem tópico específico destinado a explicar “o quê” é o direito social ao lazer, podendo-se extraí-lo, sem pretensões exaurientes ao tema, da cultura (arts. 215 e 216) e do desporto (art. 217). Ademais, o lazer aparece como componente teleológico do salário mínimo, no art. 7º, IV, como já visto quando se tratou do direito social ao trabalho.

Mas, nada obstante o reconhecimento pela importância de momentos de descanso/inclusão cultural/desenvolvimento de prazeres artísticos como intercalações às rígidas atribuições cotidianas, não deve o direito ao lazer integrar o Princípio do Mínimo Existencial.

É impossível definir um conceito estrito de “lazer”. Pode representar o direito de ir a um jardim ou a um parque arborizado num final de semana com a família, o direito de ter uma quadra poliesportiva para o desempenho de atividades físicas, o acesso ao teatro e ao cinema, a disponibilidade de livros para locação em espaços públicos, a “meia-entrada” para estudantes e idosos em manifestações artísticas, o acesso à *internet*, o dever de um ente público de manter sua história viva por intermédio de um museu ou um centro cultural, a possibilidade de escolher entre a praia, o shopping ou o churrasco, ou, simplesmente, o direito ao descanso.

Com isso observa-se que pouco pôde fazer o constituinte além de assegurar, genericamente, o lazer. Não chega a ser exagero dizer que, no rastro da atual sociedade eudemonista - sem ser hedonista, contudo -, e seguindo a classificação valor/princípio/regra

²²² Vide nota explicativa nº 219.

outrora estudada de Alexy, tem o lazer imenso conteúdo valorativo, fator que impede sua regulamentação de qualquer forma que não por conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas. Assim, agiu bem o legislador constituinte nesse sentido, vista haja o inesgotável rol de atividades que podem ou não configurar lazer - até porque, o que é lazer para um pode configurar trabalho para outro, vale lembrar.

Falando em termos práticos, a busca por medidas assecuratórias do direito fundamental ao lazer poderia se verificar numa ação judicial que pleiteasse a construção de um complexo esportivo numa vila, *p. ex.*, ou o fornecimento estatal de *internet* banda larga para um município, como outro exemplo. Mas parece inaceitável que, seguindo um critério racional e uma lista de preponderâncias, se priorize um parque ou um estádio de futebol a uma escola ou posto de saúde, de forma que, seguindo a lógica do “mínimo”, é preciso qualificar ao extremo os direitos sociais que o compõem para não anulá-lo.

Não se deve admitir como verdadeiro nunca que, então, fica o Estado desobrigado de incentivar o lazer. Mesmo porque este direito social acaba refletindo em outros direitos como a educação e a saúde, mas, frente à insuficiência financeira estatal, primazias devem ser efetuadas.

4.3.2.7 A segurança

O art. 196 da Constituição Federal preceitua que a saúde é “*direito de todos e dever do Estado*”. Em mesma frequência, o art. 205 diz que a educação é “*direito de todos e dever do Estado e da família*”. Já o art. 144 prevê que a segurança pública é “*dever do Estado, direito e responsabilidade de todos*”.

Nos casos dos direitos fundamentais sociais à saúde e à educação, toma-se o sentido direito-dever, isto é, primeiro se assegura ao cidadão o direito, depois se cobra do agente estatal o dever. Já na segurança pública essa ordem é invertida, somente se reconhecendo o direito depois de atribuído ao Estado o dever.

Essa factualidade, mais que um mero desapercibimento do constituinte, se dá por três motivos, sendo que somente o último deles realmente interessa àquilo que alude ao “mínimo”: o *primeiro* é a vedação da justiça por mãos próprias, que impede, como regra, a autotutela, inclusive havendo previsão penal para o exercício arbitrário das próprias razões,

tudo em prol da jurisdicionalização dos conflitos particulares; o *segundo*, pela própria impossibilidade do cidadão se defender proficuamente da violência fruto da marginalização social à sua volta, o que faz com que a segurança pública seja, sim, imprescindível à manutenção de um estado almejado de tranquilidade; e o *terceiro*, que aqui interessa, pela natural exigibilidade pelo cidadão em face do Estado, de ordem, caso se sinta ameaçado em seus direitos individuais.

É ululante, pois, o conteúdo prestacional da segurança pública como direito social, neste terceiro enfoque. Não menos notória, contudo, é a exígua carga principiológica do art. 144 e parágrafos da Constituição, cujo *caput* se limita a falar na segurança pública “exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”. Afora isso, o que se tem é uma básica previsão funcional de cada uma das polícias elencadas nos cinco incisos do artigo em evidência.

Mas, o fato de inverter o art. 144 a ordem convencional direito-dever, e prever que a segurança pública é, antes, dever do Estado, permite posicionar o direito fundamental social à segurança dentro do Princípio do Mínimo Existencial? Não é este o entendimento aqui adotado.

Com efeito, segurança não é sinônimo de polícia (nem polícia é sinônimo de segurança), vale dizer como argumento principiante. Tal qual a institucionalização do aparato repressor estatal dentro do Estado Democrático de Direito, também enraizada está a violência em suas diferentes formas, seja pela corrupção virológica nos órgãos governamentais, seja pela prática de crimes leves, graves ou gravíssimos, seja pela proliferação de penitenciárias, ou, pior, seja pelas chamadas “cifras negras” que jamais chegam ao conhecimento das autoridades averiguadoras. Neste prumo, mesmo que a política de segurança pública trabalhe a toda intensidade no combate a estas imperfeições, ainda assim tal atividade se revelará insuficiente. Em outras palavras, não pode o Poder Judiciário, após o requerimento de uma comunidade de moradores, p. ex., determinar, isolada e sem analisar prováveis efeitos colaterais neste ato, o policiamento de uma região, sob consequência de deixar desguarnecido outro setor da municipalidade.

Noutro argumento, há se reconhecer o direito à cobrança, pelo cidadão, de segurança, não como direito quase-absoluto, como requer o “mínimo”, mas como meio de chamar a atenção da Administração Pública para o fato de que existem agrupamentos carentes de tranquilidade. É dizer: é impossível desenvolver uma política de segurança pública de forma que não macro. Vale lembrar que mesmos as famosas e elogiáveis Unidades de Política

Pacificadora (UPP's) do Rio de Janeiro, *p. ex.*, são em número e efetivo escassos se comparadas à magnitude das comunidades hipossuficientes que atendem. A sua presença é muito mais intimidadora à ação de meliantes que preventiva propriamente dita.

Outrossim, porque a implementação do direito social à segurança não garante, por si só, sua proficuidade. É preciso lembrar que não basta pedir à Administração Pública ou ao Poder Judiciário para resolver o problema. Mesmo porque o crime - aqui entendido em sentido generalíssimo, isto é, englobando os fatos e seus agentes - de tudo fará para suplantar qualquer intenção de garantir essa segurança. Desta forma, decisões judiciais continuadas determinando o suprimento deste direito social podem gerar um círculo vicioso, no qual quanto mais se garante a segurança por determinação judicial mais se onera os cofres públicos desorganizadamente. E quanto mais se onera os cofres públicos desorganizadamente menos se consegue combater com políticas incisivas a constante crescente de crimes. E quanto mais crescem os crimes, mais crescem os pedidos na justiça de proteção à segurança. E assim sucessiva e ininterruptamente.

Por fim, como derradeiro argumento em favor da ausência do direito à segurança dentro do Mínimo Existencial, porque a mesma segurança prevista no art. 6º da Constituição como direito social, é também prevista como direito fundamental individual no *caput* do art. 5º da Lei Fundamental, ao lado da vida, da liberdade, da igualdade e da propriedade, o que denota grande conteúdo individualista neste direito. E, se há grande conteúdo individual, há contraste com a ideia defendida outrora para o “mínimo” como subgrupo qualificado de direitos *sociais*.

Pelo exposto, é defensável a tese de um direito social à segurança exigível do Estado, mas com grande respeito à Reserva do Possível²²³.

²²³ Neste sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, num caso em que se pleiteou a reforma de estabelecimento penitenciário: “Agravo de instrumento - Ação civil pública - Preliminar de prejudicialidade - Afastada - Antecipação de tutela - Ausência dos requisitos - Imposição de obrigação de fazer à administração pública estadual - Óbice imposto pela teoria da reserva do possível - Recurso conhecido e provido (Agravo n. 2011.009128-7. 5ª Turma Cível. Relator: Des. Sideni Soncini Pimentel)”. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/cjosg/index.jsp>. Acesso em 08 de agosto de 2011. Também, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás: “Apelação cível. Ação civil pública com preceito cominatório de obrigação de fazer. Segurança pública. Princípios da separação dos poderes e da reserva do possível. Impossibilidade jurídica do pedido. O pedido para obrigar o Poder Público a providenciar equipamentos e pessoal suficientes para que as atividades policiais não sejam ainda mais prejudicadas no Município, consiste em invasão de competência do Judiciário na política administrativa do Executivo Estadual, cujos atos são discricionários da administração, por constituírem matéria sob reserva do governo, mesmo em se tratando de questão relevante como do presente caso, além de desestruturar o orçamento Estadual, colocando em risco a governabilidade local [...] (TJGO, Apelação cível n. 358073-62.2008.8.09.0137, Rel. Des. Floriano Gomes, 3ª Câmara Cível, julgado em 17/05/2011)”. Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/index.php>. Acesso em 08 de agosto de 2011.

4.3.2.8 A previdência social

O direito fundamental social à previdência social está mais bem regulamentado nos arts. 201 e 202 da Constituição - sem prejuízo do contido em legislação *infraconstitucional*, instância na qual abunda a matéria -, sendo destinado à cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada (inciso I), proteção à maternidade, especialmente à gestante (inciso II), proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário (inciso III), salário-família e auxílio-reclusão (inciso IV), e pensão por morte (inciso VI), todos do art. 201 da Lei Fundamental.

A previdência social guarda relação intrínseca com o direito social ao trabalho, já discutido no tópico “4.3.2.4”, e lá foi dito que este direito deve ser compreendido sob três facetas fundamentais, a saber, o direito de trabalhar, o direito de trabalhar com dignidade e o direito de perceber rendimentos pelo trabalho proporcionais à atividade desenvolvida - valor este nunca vil. Nesta frequência, foi visto que, das três facetas, somente as duas últimas devem integrar o “mínimo”, por motivos que, obviamente, não convém aqui repetir.

De toda forma, para manter sincronia com o raciocínio outrora desenvolvido, convém defender o direito à previdência social dentro do Mínimo Existencial, por sua correlação completa com a faceta do direito social ao trabalho de perceber remuneração pelo bom desempenho das atividades.

Com efeito, a previdência decorre de situações justificadas nas quais o labor não se faz possível, de maneira que o indivíduo só não está trabalhando porque já adquiriu este direito ou porque acontecimento superveniente impediu isso. Só que o fato da pessoa não trabalhar não enseja autorizativo para que possa, simplesmente, deixar de receber rendimentos, mesmo porque há quem, além do próprio incapacitado, necessite da renda para subsistência.

Ademais, aqui, mais uma vez, ganha força a discussão também já desenvolvida em outro momento, quanto ao salário mínimo. Ora, se o salário mínimo consegue ser, ao mesmo tempo, um “salário mínimo” (direito mínimo) e um “salário existencial” (direito existencial), e, portanto, componente do Mínimo Existencial, tal fato dispensa quaisquer outros argumentos em favor da tese em desenvolvimento tendo em vista que aposentados - e urge

dizer: *principalmente* os aposentados - necessitam sobreviver, ainda que com um mísero salário mínimo arcado pela Previdência Social²²⁴.

Noutro argumento, mais especificamente nos casos de aposentadoria por tempo de serviço, de contribuição, ou aposentadoria compulsória, há se defender a fundamentalidade do *direito de se aposentar*, apesar de ausência de expressa previsão constitucional neste sentido.

Por fim, não deve o Estado se eximir de prestar solidariedade a quem se encontra em estado de inércia laboral tão somente com escora no argumento de “rombo da Previdência”²²⁵. O direito à previdência é direito público subjetivo²²⁶, sobretudo nos casos em que o trabalhador, por tempos de labor e contribuição, fez jus a isso. Retirar o direito de quem preenche os requisitos é inadmissível frente à mera alegação estatal de Reserva do Possível destituída de qualquer conteúdo comprobatório. É dizer: o Estado deve, justificadamente - o que, neste caso específico da previdência social há se reconhecer ser de difícil comprovação -, refutar uma pretensão previdenciária que lhe é dirigida. Do contrário, por critério de justiça, fará jus o dependente a qualquer dos benefícios constitucionalmente assegurados.

4.3.2.9 A proteção à maternidade e à infância

O direito fundamental social à proteção à maternidade e à infância não se encontra concentrado em parte específica da Constituição, numa seção autônoma, como a previdência social e a educação, *p. ex.*, mas espalhado por toda a Lei Fundamental. É o que se pode inferir se analisado o art. 5º, L, que assegura às presidiárias “condições para que possam permanecer

²²⁴ O art. 201, §2º, da Constituição impede que qualquer valor a ser recebido pelo aposentado seja inferior ao valor mensal de um salário mínimo. Neste sentido, decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região: “Previdenciário e constitucional - Reajuste de benefício - Valor do benefício inferior ao salário mínimo - Impossibilidade - Art. 201, §5º, da CF/88 (atual §2º, por força da EC nº 20 de 15-12-98) - Portaria ministerial nº 714 de 09-12-93 - Lei nº 8.213/91. 1. A partir de 05-10-198 os benefícios mantidos pela previdência social deverão ser revistos para o mínimo de 01 (um) salário mínimo, em conformidade com o artigo 201, §5º, da CF/88 (atual §2º, por força da EC nº 20 de 15-12-1998). 2. O próprio INSS, através da Portaria Ministerial nº 714 de 09-12-93, já reconheceu o direito dos segurados que perceberam importância inferior a um salário mínimo a receber as diferenças entre o valor dos benefícios pagos e o salário mínimo vigente em cada mês. 3. É um princípio e um objetivo da Previdência Social "o valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao salário mínimo" (art. 2º inciso VI, da Lei nº 8.213/91). 4. Apelação provida. 5. Invertidos os ônus da sucumbência. Calculados os honorários de advogado sobre o valor da causa, corrigido (Apelação Cível nº 149311. Rel. Desembargador Federal Paulo Barata. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 21/08/2001)”. Disponível em: http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base_jur:v_juris. Acesso em 24 de agosto de 2011.

²²⁵ Em mesma opinião, Magali Wickert (2007, p. 151-157).

²²⁶ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 295).

com seus filhos durante o período de amamentação”, o art. 7º, XVIII, que prevê a licença à gestante, o art. 7º, XXI, que constitucionaliza a “assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos em creches e pré-escolas”, o art. 201, II, que protege a maternidade, especialmente a gestante, o art. 203, I, que prevê como objetivo da assistência social à proteção “à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”, o art. 203, II, que normatiza “o amparo às crianças e adolescentes carentes”, dentre outros.

Justamente por isso defende-se a não-inclusão deste direito fundamental social como categoria autonomamente considerada dentro do Princípio do Mínimo Existencial. Convém explicar, para não gerar estranheza.

É imprescindível, de fato, a proteção à maternidade e à infância, o que se observa, a título ilustrativo, pela legislação trabalhista favorável à mulher gestante e combatadora do trabalho infantil, e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Por outro lado, convém defender certa desnecessidade da presença destes dois direitos como categorias autônomas de direitos sociais, por sua presença em direitos de outras espécies, como os fundamentais individuais (vide art. 5º, L, já mencionado). O equívoco, aqui se entende, é o mesmo ocorrido na constitucionalização do direito social à alimentação: colocou-se como *gênero*, direitos que na verdade são *espécies*. Indubitável, neste contexto, que o direito à alimentação integra, na verdade, a assistência aos desamparados, tal como a proteção à maternidade e à infância integram a educação, a previdência social, a assistência social, enfim, outros direitos que não deveriam, mas, constitucionalmente, lhes são equiparados em posição de importância. Desta forma, longe dizer que tais direitos sociais não integram o Mínimo Existencial. Não porque seu conteúdo essencial é inadequado ao instituto em estudo, *mas por já o fazerem quando dentro de outras categorias de direitos*.

Como se não bastasse, proteger apenas a “maternidade” e a “infância” pode não denotar fito integrativo como pretende o constituinte, mas excludente. Ora, assim fosse, deveriam a velhice e a deficiência também constituir direitos fundamentais sociais autônomos. E porque não o são? Porque já estão dentro de outros direitos, sendo-lhes espécies de gêneros como a assistência e a previdência social. Isso só demonstra a desnecessidade de um direito à maternidade e outro à infância alçados à condição genérica de direito social autônomo, quando, na verdade, meramente constituem espécies de algum grupo maior de direitos sociais.

4.3.2.10 A assistência aos desamparados

O direito fundamental à assistência aos desamparados encerra com maestria o longo rol de direitos sociais constitucionalmente assegurados no art. 6º. Primeiro, por seu cristalino conteúdo prestacional, típico dos direitos sociais de segunda dimensão, e, segundo, por tentar, tal como um revisor de direitos, suprir eventuais lacunas que tenham sido deixadas pelo constituinte ao regulamentar outros direitos sociais. É dizer: a assistência aos desamparados é um típico “direito tampão”²²⁷.

Neste prumo, prevê o art. 203 da Constituição que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, tendo por objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (inciso I), o amparo às crianças e adolescentes carentes (inciso II), a promoção da integração ao mercado de trabalho (inciso III), a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (inciso IV), e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovarem não possuir meios de provimento da própria manutenção ou de tê-las providas por familiares (inciso V).

Desnecessários, pois, maiores esclarecimentos sobre a presença da assistência aos desamparados no Mínimo Existencial^{228 e 229}.

²²⁷ Ana Paula de Barcellos (2011, p. 337) afirma que a assistência aos desamparados “[...] representa o último recurso na preservação da dignidade humana”. Também, Maria Elisa Villas-Bôas (2009, p. 89).

²²⁸ Também é este o entendimento de Ana Paula de Barcellos (2011, p. 338), segundo a qual a assistência pode ser prestada de três formas, quais sejam “[...] através da entrega de numerário diretamente ao necessitado”; “[...] através do sistema de vales, distribuídos pelo Poder Público para serem utilizados em instituições privadas conveniadas que, afinal, seriam as responsáveis por prestar essa espécie de assistência, à semelhança do que ocorre com os populares *vale alimentação* e *vale transporte*” (Barcellos, 2011, p. 339); e, por último “[...] é a disponibilidade *in natura* desses bens - abrigo, alimentação e vestuário - em estabelecimentos de alguma forma mantidos pelo Poder Público, seja diretamente, seja através de convênios ou sob qualquer outra forma de administração” (Barcellos, 2011, p. 339).

²²⁹ A título de exemplo, no que tange ao art. 203, IV, da Constituição Federal, que dispõe sobre a integração comunitária da pessoa portadora de deficiência, oportuna a decisão do Tribunal de Justiça da Bahia: “Civil e processual civil. Mandado de segurança. Decisão liminar garantindo a gratuidade de transporte coletivo no município do Salvador, em favor de pessoa com deficiência [...]. *A garantia do transporte coletivo para pessoas com deficiência representa uma condição mínima de mobilidade, com a finalidade de viabilizar a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e de facilitar o direito de ir e vir, diretamente ligado ao princípio da liberdade. Assim, constitui a garantia do mínimo existencial, sem o qual não se dotam de conteúdo os direitos assegurados constitucionalmente* (Agravo de Instrumento n. 0011655-7/2008. Órgão julgador: Primeira Câmara Cível. Relator: Maria Marta Karaoglan Martins Abreu. Data do julgamento: 24/05/2010)” (grifei). Disponível em http://www7.tjba.jus.br/site/popup_servicos.wsp?tmp.id=155. Acesso em 08 de agosto de 2011.

O que se deve chamar a atenção, no entanto, é quanto ao auxílio social, no valor de um salário mínimo, ao idoso e ao portador de deficiência, de que trata o art. 203, V, do Texto Constitucional.

Se o salário mínimo, dentro do direito social ao trabalho, tem o caráter de quase-impenetrabilidade pela Reserva do Possível, por sua completa adequação aos elementos cindidamente considerados “mínimo” e “existencial”, do Mínimo Existencial, e por constituir valor inicial nas negociações pela remuneração do labor, este salário social do art. 203, V deve ganhar o “*status*” de impenetrável mesmo frente à Reserva do Possível.

Esta impenetrabilidade não seria pela natureza regradativa do salário, mas justamente o oposto, por seu alto conteúdo valorativo. Convém lembrar: foi dito em outro momento que o “mínimo”, apesar da natureza principiológica aqui defendida, tem grande conteúdo valorativo agregado, podendo-se considerar como valor este salário social do art. 203, V. E qual o conteúdo valorativo deste benefício, que justifica sua impenetrabilidade? São muitas questões circundantes ao tema, dentre as quais se pode mencionar a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos como um todo, os direitos de igualdade e inclusão social, as ações afirmativas etc. Afinal, há se lembrar que os agentes aqui protegidos são, historicamente, renegados à periferização do inter-subjetivismo humano, fato que, por si só, justifica sua proteção.

Enfim, tal carga permite salvaguardar este salário social de maneira absoluta - salvo, obviamente, se houver intenções “aproveitadoras” ou escusas de quem o requer - à possibilidade de negação pelo Estado.

4.3.2.11 A felicidade?

Tramita no Senado a Proposta de Emenda à Constituição nº 19/2010 (apelidada de “PEC da Felicidade”), de autoria do Senador Cristovam Buarque, e na Câmara a sua símile, a PEC nº 513/2010, de autoria da Deputada Federal Manuela D’ávila. A primeira já foi aprovada, em 10/11/2010, pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, aguardando inclusão na Ordem do Dia para o início dos trâmites de votação, enquanto a segunda ainda encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara.

As mencionadas PEC's inspiram-se no “*Gross National Happiness*” (Felicidade Interna Bruta), criado pelo rei do Butão Jigme Khesar Namgyal Wangchuck, em 1972, para medir a felicidade de seu povo a partir de quatro pilares, quais sejam, a *preservação das tradições butanesas*, os *cuidados com o meio ambiente*, o *crescimento econômico* e o *bom governo*. Trata-se tal índice de contraponto ao PIB - Produto Interno Bruto, que se baseia estritamente em elementos materiais²³⁰.

Ajudou a impulsionar o intento de alteração da Constituição pátria para nela fazer constar a felicidade estudo realizado pela Universidade britânica de Leicester, no qual se colocou o Butão, ao lado da Dinamarca, da Suíça, da Áustria, da Islândia, da Suécia, do Canadá, dentre outros, como uma das dez nações mais felizes do mundo, deixando para trás países como Alemanha, França, e Reino Unido. Algo estranho em considerando que o Butão, apesar de ter fome zero, analfabetismo zero, índices de violência insignificantes e nenhum mendigo nas ruas, é um dos mais pobres países integrantes das Nações Unidas, com 90% de seus habitantes vivendo da cultura de subsistência e enfrentando problemas de infra-estrutura como transporte precário e falta de saneamento básico²³¹.

Posto isto, pelo “novo” art. 6º, caso uma - ou ambas - a(s) Proposta(s) de Emenda consiga(m) êxito, se considerará os direitos sociais do dispositivo “*essenciais à busca da felicidade*”. É esse o trecho que se quer acrescer. Há se esclarecer, pois: a felicidade não passará a ser um novo direito social, mas um objetivo a ser alcançado com a implementação dos direitos sociais já existentes.

Acontece com a felicidade, contudo, o mesmo problema do direito social ao lazer, visto no item “4.3.2.6”: *trata-se de conceito extremamente indeterminado para constar de comando legal, ainda que os tempos sejam de “sensibilidade legislativa” e “não-vinculação aos estritos rigores da lei”*. Para um pai de família, “felicidade” pode ser ter condições

²³⁰ Na justificção da PEC nº 19/2010, Cristovam Buarque (Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=80792&tp=1>. Acesso em 29 de novembro de 2011. p. 2) afirma: “Há muito norma positiva contempla a busca pela felicidade como um direito. Na *Declaração de Direitos da Virgínia* (EUA, 1776), outorgava-se aos homens o direito de buscar e conquistar a felicidade; na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (França, 1789) há a primeira noção coletiva de *felicidade*, determinando-se que as reivindicações dos indivíduos sempre se voltarão à *felicidade geral* [...]. Atualmente, a *felicidade* está elevada ao grau constitucional em diversos ordenamentos jurídicos. Neste contexto, como deixar de citar o Reino do Butão, que estabelece, como indicador social, um *Índice Nacional de Felicidade Bruta* (INFB), mensurado de acordo com indicadores que envolvem *bem-estar, cultura, educação, ecologia, padrão de vida e qualidade de governo*, determinando o art. 9º daquela Constituição o dever do INFB. O artigo 20, item 1 daquela Carta estabelece, na mesma esteira, que o Governo deverá garantir a felicidade do Estado de promover as condições necessárias para o fomento do povo”.

²³¹ Estudo disponível no endereço eletrônico da Universidade de Leicester em: <http://www2.le.ac.uk/ebulletin/news/press-releases/2000-2009/2006/07/nparticle.2006-07-28.2448323827>. Acesso em 29 de novembro de 2011.

financeiras de alimentar e dar um teto a seus filhos e esposa. Para um trabalhador, “felicidade” pode ser conseguir a promoção há tanto almejada, ou, ainda, um feriado para poder descansar. Para uma criança, “felicidade” pode ser brincar com os amigos, ir à escola, a um clube recreativo, ou fazer a viagem de férias que tanto deseja. Para uma mulher, “felicidade” pode ser conseguir a tão sonhada equiparação salarial com o sexo masculino no mercado de trabalho. O problema é que, nos exemplos dados, “felicidade” não existe em si como ente autônomo, mas materializada na forma de outros direitos: no caso do pai de família, o direito à alimentação e à moradia; no caso do trabalhador a proteção empregatícia e o direito ao lazer; no caso da criança a proteção à infância e à educação; no caso da mulher, o direito à igualdade de gênero. E, como se não bastasse, “felicidade” ainda pode ser “ler um bom livro”, “a vitória do seu time de coração”, “dormir”, “cortar a grama aos domingos”, ou simplesmente “ter saúde e amigos”.

Com isso, se fica clarividente a desnecessidade de constar em norma constitucional a felicidade para que as pessoas procurem ser felizes, pelo mesmo raciocínio se afirma que, caso viesse a ser acrescida à Constituição Federal, não seria a felicidade parte integrante do Mínimo Existencial. Do contrário, a pergunta que fica é a seguinte: vindo a ser a felicidade um direito social, e sendo um direito social exigível do Estado, poderia o agente ir até o Judiciário buscar a cota que lhe cabe de felicidade? Fácil seria se felicidade se encontrasse assim, em Constituições, fóruns, petições iniciais e sentenças.

Parece mais interessante, neste sentido, caso se insista em acrescer a felicidade ao texto constitucional por influência do ordenamento do reino do Butão, que se o faça no preâmbulo da Lei Fundamental, onde já estão como *valores supremos* a “liberdade”, a “segurança”, o “bem-estar”, o “desenvolvimento”, a “igualdade” e a “justiça”. Que se considere a felicidade um valor supremo também, oras.

Postos e trabalhados todos os direitos fundamentais sociais do art. 6º da Constituição - apenas em sua relação com o “mínimo”, conforme prometido desde o início -, e à guisa de uma conclusão particularizada, convém defender como conteúdo do Mínimo Existencial: 1) O direito à educação básica e em creche e pré-escola (excluiu-se, pois, o direito ao ensino superior); 2) O direito às saúdes preventiva, restauradora e pós-restabelecimento (excluiu-se, pois, o direito à saúde experimental e demais questões atinentes à saúde); 3) O direito à alimentação, principalmente em seu enfoque existencial (excluiu-se, pois, aquilo que abunda ou é supérfluo); 4) O direito de trabalhar com dignidade e o direito de perceber rendimentos jamais vis pelo trabalho (excluiu-se, pois, o direito de ter um trabalho), com especial atenção

para o salário mínimo; 5) O direito de não perder um lar e o direito de que este lar seja servido por prestações estatais de absoluta necessidade (excluiu-se, pois, o direito de ser proprietário/possuidor de um lar); 6) o direito à previdência social; e 7) a assistência aos desamparados, com especial atenção para o salário dignitário prestado ao idoso/portador de deficiência que comprove não ter condições - próprias ou por terceiros - de subsistência.

É óbvio que não se espera uma concordância - tão menos uma refutação - irrestrita ao posicionamento aqui adotado, nem se trata de posição para todo o sempre imodificável. De toda forma, chama-se a comunidade constitucional-hermenêutica à discussão para a busca de uma racionalização criteriosa e necessária do Mínimo Existencial.

4.4 Direito comparado

Como visto alhures²³², a tese do Mínimo Existencial tem raízes fincadas na *Alemanha*, onde continua a ser aplicada em amparo à efetividade da dignidade da pessoa humana²³³.

Ricardo Lobo Torres (2009, p. 08) lembra que as Constituições ocidentais não proclamam o instituto, salvo a do *Canadá*, indiretamente, em cujo art. 36 se estabelece que o Parlamento deverá adotar medidas para promover a igualdade de oportunidades de todos os canadenses na procura do seu bem-estar, bem como favorecer o desenvolvimento econômico para reduzir a desigualdade de chances.

²³² Vide item “4.1”.

²³³ Neste sentido, decisão oriunda do Tribunal Constitucional Federal alemão, de fevereiro de 2010: “1 - O direito fundamental à garantia de um mínimo de subsistência que está em consonância com a dignidade humana do artigo 1.1 da Lei Fundamental (*Grundgesetz* - GG) em conjunto com o princípio do estado de bem-estar social, previstos no artigo 20.1 da Lei Fundamental, assegura a cada pessoa que necessite de assistência pré-requisitos materiais que são indispensáveis para a sua existência física e por um mínimo de participação na vida social, cultural e política. 2 - Este direito do artigo 1.1 da Lei Fundamental assume um significado autônomo, na sua conjunção com o artigo 20.1 da Lei Básica, além de o direito do artigo 1.1 da Lei Fundamental, ao respeito pela dignidade de cada individual, que tem um efeito absoluto. Fundamentalmente, não está sujeita à disposição do Legislativo e deve ser honrado, que deve, no entanto, ser emprestado de forma concreta, e ser atualizado regularmente, pelo legislador, que deve orientar os benefícios a serem pagos para o respectivo estágio de desenvolvimento da política e para as condições existentes de vida. 3 - A fim de verificar o valor do crédito, o legislador tem de realista e uma avaliação abrangente de todas as despesas que é necessário para uma existência em um procedimento transparente, expediente, com base em números confiáveis e métodos de cálculo plausíveis [...]”. Disponível em: http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/lis20100209_1bvl000109en.html. Acesso em 16 de agosto de 2011.

Já a Constituição do *Japão*, afirma Torres (2009, p. 08), prevê em seu art. 25 que todos terão direito à manutenção de padrão mínimo de subsistência cultural e de saúde, sendo o mais próximo que se tem do instituto numa previsão constitucional expressa.

Mais tímida é a jurisprudência da Corte Constitucional da *Espanha*, cujos julgados pertinentes ao tema geralmente tratam das listas de fármacos de alto custo²³⁴. Na *França*²³⁵ e na *Argentina*²³⁶, se confirma a tendência de identificar o “mínimo” como subgrupo qualificado de direitos sociais.

Interessante, também, é o caso da *África do Sul*, cuja Corte Constitucional decidiu que o art. 27 (2) da sua Constituição estaria comprometido com a não-razoável exclusão de um grupo “de pessoas desesperadamente pobres” do programa de casas populares e determinou que o Estado implementasse a adequada política habitacional para o atendimento destas pessoas (Torres, 2009, p. 69). Por fim, outro caso tratado por Torres (2009, p. 69-71) é o da *Colômbia*, cuja Corte Constitucional sustentou que se trata o mínimo vital de um direito de caráter fundamental, consequência dos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Social de Direito.

²³⁴ Veja-se: “Pleno. Auto 96/2011, de 21 de junio de 2011. Sala: Pleno. Magistrados: Excms. Srs. Don Pascual Sala Sánchez, Don Eugeni Gay Montalvo, Don Javier Delgado Barrio, Doña Elisa Pérez Vera, Don Ramón Rodríguez Arribas, Don Manuel Aragón Reyes, Don Pablo Pérez Tremps, Don Francisco José Hernando Santiago, Doña Adela Asua Batarrita, Don Luis Ignacio Ortega Álvarez y Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. Núm. registro: 823-2011. Asunto: Conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Nación. Fallo: Levantar la suspensión del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Xunta de Galicia por el que se aprueba el catálogo priorizado de productos farmacéuticos de la Comunidad Autónoma de Galicia, hecho público por Resolución de la Consejería de Sanidad, de 30 de diciembre de 2010, así como de las actuaciones determinantes de la aprobación del mismo y del propio catálogo priorizado de productos farmacéuticos”. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia>. Acesso em 05 de setembro de 2011.

²³⁵ Veja-se: “Les exigences constitutionnelles résultant du onzième alinéa du Préambule de 1946 impliquent la mise en oeuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des personnes défavorisées. Il appartient au législateur, pour satisfaire à cette exigence, de choisir les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées. En particulier, il lui est à tout moment loisible, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions. Il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles. Cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel (2011-123 QPC, 29 avril 2011, Journal officiel du 30 avril 2011, p. 7536, texte n°71, cons. 3)”. Disponível em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/tables_analytiques/tables_2011.pdf. Acesso em 05 de setembro de 2011.

²³⁶ Veja-se: “Constitucion Nacional: Derechos y garantías. Seguridad social. Ref.: Jubilación y pensión. Movilidad. No sólo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional de la movilidad jubilatoria, teniendo en cuenta la protección especial que la Ley Suprema ha otorgado al conjunto de los derechos sociales, ya que en su art. 75, incs. 19 y 23, impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, para lo cual debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos, en particular a los ancianos, norma que descalifica todo accionar que en la práctica lleve a un resultado que afecte tales derechos. Mayoría: Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti, Argibay”. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=395997&indice=12>. Acesso em 05 de setembro de 2011.

4.5 É possível *quantificar* um mínimo existencial?

Este trabalho adotou, como visto no item “4.3”, um prisma *qualitativo* para o Princípio do Mínimo Existencial, consubstanciado na adjetivação do instituto em subgrupo qualificado de direitos sociais, de modo que já foram devidamente explanados quais seriam os direitos constituintes deste subgrupo.

Questão que intriga, todavia, é quanto à possibilidade de dar um parâmetro objetivo ao “mínimo”, por meio de sua *quantificação em valores específicos*.

Ricardo Lobo Torres (2009, p. 123) observa que o Tribunal Constitucional da Alemanha vem se esforçando para *quantificar* as parcelas necessárias à proteção de um Mínimo Existencial familiar diante do Imposto de Renda.

Marialva Calabrich Schlucking (2009, p. 68-75), após definir o Mínimo Existencial sob enfoque tributário/financeiro, fala numa proteção constitucional de um *mínimo imune* (ou *mínimo isento*). Para a autora, além do valor abaixo da faixa de isenção do Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF), que hoje é de R\$ 1.566,61 (um mil, quinhentos e sessenta e seis reais, e sessenta e um centavos), a proteção do mínimo imune também pode ser observada no Imposto Territorial Rural (ITR), com base no art. 153, §4º, II, da Constituição, que veda a incidência do ITR sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore o proprietário que não possui outro imóvel; no Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU); no Imposto sobre a Transmissão *Inter Vivos* de Bens Imóveis (ITBI)²³⁷; no Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), quando o veículo cumpra alguma função social, de modo a assegurar a existência digna do indivíduo (o caminhão do caminhoneiro que o utiliza para o transporte de cargas e dele retira sua sobrevivência, *p. ex.*²³⁸); no Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD), por meio de sua faixa de isenção; no Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), quando se tratar de bens de primeira necessidade, como é o caso de alimentos, remédios, material escolar etc.; no Imposto Sobre Serviços (ISS), quando se tratar de serviços essenciais; em relação a taxas; bem como em relação a Princípios Constitucionais Tributários como o não-confisco, a seletividade e a progressividade.

²³⁷ A autora fundamenta o mínimo imune de ITR, IPTU e ITBI na função social da propriedade (Schlucking, 2009, p. 69-70).

²³⁸ Cf. Marialva Calabrich Schlucking (2009, p. 70).

Por sua vez, conforme notícia veiculada no jornal “Folha de São Paulo”, de 4 de maio de 2011, o Governo Federal estabeleceu a quantia de R\$ 70,00 (setenta reais) *per capita* por mês como faixa limite de miséria, renda que atinge mais de 16 milhões de brasileiros, mas inferior à usada em estudos sobre combate à pobreza²³⁹ e ²⁴⁰. Para se ter uma ideia, tal valor fica acima da linha de pobreza extrema adotada pelo Banco Mundial, de R\$ 59, 10 (cinquenta e nove reais e dez centavos) *per capita*/mês, mas muito abaixo do índice utilizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), que em janeiro de 2010 falou em um quarto de salário mínimo *per capita* por mês, algo em torno de R\$ 136,00 (cento e trinta e seis reais)²⁴¹.

Ante o “festival” de dados e números acima exposto, parece clarividente a dificuldade em quantificar com absoluta segurança um Mínimo Existencial.

Primeiro, pela existência de inúmeros parâmetros a serem considerados. O custo de vida de uma determinada região, o grau de inflação ou deflação do país, a força da moeda corrente, as necessidades singulares da população brasileira, fatores climáticos que podem provocar altas ou baixas nos preços dos alimentos, o cenário da balança comercial, dentre outros, são apenas alguns exemplos das variáveis que levam à bancarrota qualquer fixação de patamares.

Segundo, porque o que representa intenção de vincular materialmente o legislador - e, indiretamente, o julgador - acaba, na verdade, como efeito colateral, por esvaziar ainda mais o Mínimo Existencial. Afinal, qualquer dos valores que se mencionou acima, seja a faixa de isenção do IRPF, seja a linha de pobreza adotada pelo Governo Federal, seja o critério utilizado pelo IPEA, é menor, *p. ex.*, que o pleito junto ao Judiciário pelo fornecimento de um medicamento que custe R\$ 10.000,00 (dez mil reais), *p. ex.* Logo, substantivar o “mínimo” é retirar seu caráter ideológico, condicionando-o (de uma maneira muito cômoda para o Estado,

²³⁹ “Os R\$ 70 são utilizados pelo Bolsa Família há mais de dois anos para definir quem é extremamente pobre. Quanto menos o valor estipulado, menor o contingente de pessoas consideradas extremamente pobres. Segundo o Ministério do Desenvolvimento Social, que coordena o plano, para chegar aos R\$ 70 foram usados três referenciais [...], Além da linha do próprio Bolsa Família, a do Banco Mundial (US\$ 1,25 por dia, que se aproxima de R\$ 70 por mês) e os gastos com alimentação em diferentes regiões do país” (Folha de São Paulo, 4 de maio de 2011, quarta-feira, p. A4).

²⁴⁰ José Eli da Veiga, também no jornal “Folha de São Paulo”, mas de 8 de junho de 2011, critica esta faixa: “Por que uma única linha monetária de pobreza extrema para todo o território nacional? Se fosse adotada uma linha suplementar, bastariam os critérios já utilizados para determinar a “adequação da moradia”, pois o principal é ter acesso ao esgoto! É miserável qualquer família que viva em condições insalubres (seja qual for sua renda)”.

²⁴¹ Conforme a notícia publicada na “Folha de São Paulo”, de 4 de maio de 2011, com os R\$ 70,00 (setenta reais) adotados pelo Governo Federal, é possível comprar 1,2Kg de carne, 7,5L de leite, 4,5Kg de feijão, 3Kg de arroz, 1,5Kg de farinha e 6Kg de batata. Ficam de fora 4,8Kg de carne, 9Kg de tomate, 6Kg de pão, 600g de café, 3Kg de açúcar, 900ml de óleo, e 750g de manteiga.

diga-se de passagem) a valores irrisórios se comparados ao que se busca, efetivamente, quando se vai ao Judiciário atrás de um direito social. Pelo mesmo raciocínio, inclusive, inviabiliza-se que o salário mínimo seja o parâmetro mais seguro, afinal, além de estudos já terem efetivamente comprovado a insuficiência de seu valor²⁴², a análise qualitativa feita neste trabalho do “mínimo” adota o salário mínimo apenas como mais um dos componentes do instituto, e não como seu único fator condicionante.

Terceiro, porque essa objetivação acabaria por matar, além do “mínimo”, a Reserva do Possível, desnecessária frente a parâmetros numéricos.

Quarto, porque, no campo hermenêutico, possui o Mínimo Existencial carga principiológica - como já visto -, e, como tal, sem uma regra definitiva de observância ou inobservância. O que existe além da ponderação, pois, são apenas critérios - alguns dos quais se falará no Capítulo seguinte -, e não patamares fixos²⁴³.

Por todo o exposto, convém o entendimento segundo o qual não é possível, por absoluta falta de segurança jurídica, uma quantificação do Mínimo Existencial. Isso impediria por completo a *maximização do instituto*²⁴⁴.

²⁴² Segundo Marialva Calabrich Schlucking (2009, p. 101), em análise ao não tão distante ano de 2007, mês de dezembro, segundo o Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), “[...] o valor do salário mínimo necessário para atender às necessidades vitais básicas do indivíduo e às de sua família composta de dois adultos e duas crianças) com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social [...] seria de R\$ 1.971,55”.

²⁴³ Some-se a estes quatro argumentos contrários à quantificação do “mínimo” as palavras de Ricardo Lobo Torres (2009, p. 124-125): “O problema da quantificação do mínimo existencial e a possibilidade técnica de mensuração da qualidade de vida abrem o caminho para algumas questões candentes: a) o mínimo existencial vai deixando de exibir apenas a problemática ligada a aspectos qualitativos da definição de interesses fundamentais ou de jusfundamentalidade para se deixar envolver também pelos aspectos quantitativos de uma qualidade de vida mensurável; b) o Judiciário passa a examinar e controlar a face quantitativa do mínimo existencial, como ocorre com o limite da tabela do IR, imune ao tributo, que começa a escapar da discricionariedade do Legislativo”.

²⁴⁴ Sobre a “maximização do “mínimo””, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 121-126). Com entendimento semelhante, Eurico Bitencourt Neto (2010, p. 117-124).

CAPÍTULO 5 - RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL: UM NECESSÁRIO ESTUDO DIALÓGICO

Jamais se pode refutar a considerável parcela da doutrina que funda as premissas do Mínimo Existencial na dignidade da pessoa humana conferindo ao instituto o caráter impenetrável de uma regra²⁴⁵. De igual valimento, opinar pela impossibilidade de um conteúdo fixo para o “mínimo”²⁴⁶ é forma de, temerariamente, mantê-lo como cláusula indeterminada e, por conseguinte, passível de caracterização casuística ou não pelo juiz. Por fim, também não se pode esquecer o entendimento que dá ao Princípio um *quantum* fixo, como a faixa de isenção do IRPF, o valor do salário mínimo, ou a chamada “linha de pobreza”²⁴⁷.

Consignando, de antemão, o respeito aos louváveis posicionamentos de quem estuda o assunto, há se lembrar seu caráter recente no Brasil²⁴⁸, o que faz com que exista, na doutrina e na jurisprudência, o desenvolvimento de uma ampla gama de mecanismos com escopo de definir o conteúdo do Mínimo Existencial²⁴⁹ e, direta ou indiretamente, chegar a uma conclusão também acerca da Reserva do Possível.

Neste trabalho, tal como deve ser o objetivo de todas as doutrinas, busca-se acrescentar ao mundo “algo”, e este “algo”, com a devida vênua, é um mecanismo novo em relação à “ampla gama” que se faz menção no parágrafo anterior, baseado na *exclusão*. A exemplo do que fez o Supremo Tribunal Federal na decisão que se analisará no item seguinte, se está falando de questionamentos pautados pelo método dedutivo, com os quais se chegará a um raciocínio particularizado e o mais objetivo possível à permissibilidade ou não de que o Poder Judiciário atue como implementador de uma política pública.

Antes, contudo, do florescer dos estudos em prol de uma conciliação entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial, imperioso lembrar algumas considerações já explanadas até aqui, tanto para efeito de rememoração aos leitores, como para evitação de um estado de consciência intraquilo deste que escreve este trabalho por não ter sido, de repente, suficientemente claro em suas opiniões.

²⁴⁵ Vide o tópico “4.2.2”.

²⁴⁶ Cf. Ricardo Lobo Torres (2009, p. 13-14).

²⁴⁷ Vide o tópico “4.5”.

²⁴⁸ Vide nota nº 153.

²⁴⁹ Vide o tópico “4.3”.

Em primeiro lugar, há se lembrar da natureza principiológica do “mínimo” e da “reserva”, permitindo que esta se oponha àquele e vice-versa. A diferença entre os dois institutos está na carga factual de cada um, isto é, por ser o Mínimo Existencial subgrupo qualificado de direitos sociais, não pode o Estado tão-somente alegar a Reserva do Possível para afastá-lo, sem exigência de maior carga comprobatória da insuficiência orçamentária. Conforme as ideias já vistas de Alexy (e seu sopesamento entre princípios), convém admitir a oponibilidade da “reserva”, sim, mas com argumentos qualificados para afastar o “mínimo”. Seria algo como a exigência de uma “Reserva do Possível qualificada”.

Em segundo lugar, a “reserva” não existe somente para fazer frente ao “mínimo”, mas para os direitos fundamentais - inclusive os sociais que não compõem o Mínimo Existencial - como um todo. Tal premissa funda-se na constatação de que todos os direitos fundamentais, ainda que historicamente consagrados como “negativos”, isto é, de defesa do cidadão em face dos arbítrios do Estado, têm, em verdade, grande conteúdo “positivo”, por conta da exigência de participação do agente estatal em sua complementação. A partir do momento que se reconhece a eficácia positiva em todos os direitos fundamentais, seja ela secundária ou preeminente, repete-se a “lógica do cobertor pequeno”, mencionada logo no início do Capítulo anterior, que impede que essa participação seja sempre presente. E se não é sempre presente, melhor sinal de presença do Princípio da Reserva do Possível também para os direitos fundamentais não-sociais bem como os sociais não-integrantes do “mínimo” não há.

Em terceiro lugar, a “reserva” somente tem cabimento quando se está diante de dois elementos de igual ou aproximada valia a preponderar, o que a torna ainda mais excepcional. Quando aquele elemento que o Estado julga preponderante, como os gastos com publicidade, *p. ex.*, for indubitavelmente menos valioso que aquele preponderado, como os gastos com instalação e manutenção de leitos de UTI’s neonatal, *p. ex.*, não poderá o Administrador Público escorar-se no Princípio da Reserva do Possível para justificar a bancarrota do elemento mais valioso.

Em quarto lugar, o fato do “mínimo” ser um subgrupo qualificado de direitos fundamentais sociais, isto é, uma salvaguarda última abaixo da qual não pode o Estado tão-simplesmente se furtar a implementar - o que, inclusive, autoriza o Poder Judiciário a determinar políticas públicas via ativismo judicial -, não significa que os outros direitos sociais previstos na Constituição estejam tácita ou interpretativamente revogados. Com efeito,

o Estado continua com sua obrigação de cumprir *todos* os preceitos constitucionais de cunho eminentemente dirigente.

Aduzidos os apontamentos, nos próximos tópicos se analisa, preliminarmente, decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal; em seguida, se faz algumas propostas de critérios em prol da coexistência dialógica entre os Princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível; e, por último, partindo dos intérpretes da Constituição de Häberle, se almeja definir métodos de construção de critérios.

5.1 Análise preliminar de um caso concreto: o estabelecimento de critérios, pelo Supremo Tribunal Federal, na concessão de medicamentos

Antes de traçar alguns critérios em prol de um entendimento conglobado dos Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, convém um estudo de caso para demonstrar o que aqui se pretende fazer. Neste diapasão, optou-se pelo relato - e por pequenas transcrições - de decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal, prolatada em 18 de setembro de 2009 pelo Ministro Gilmar Mendes, no tocante à obrigatoriedade da concessão de medicamentos pelo Estado.

No julgado - as agrupadas Suspensões de Tutela Antecipada n^{os} 175 e 178 -, a União e o Município de Fortaleza buscavam suspender decisão liminar que determinou à União, ao Estado do Ceará, e ao Município de Fortaleza, o fornecimento de medicamento com fundamento na aplicação imediata do direito fundamental social à saúde.

Com efeito, bem observou o STF que, se por um lado a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias.

Ato contínuo, lembrou o Ministro Gilmar Mendes que, em 5 de março de 2009, convocou-se Audiência Pública para ouvir as opiniões dos representantes dos diversos setores envolvidos nos assuntos de políticas públicas pertinentes à saúde. Após a exteriorização de vontades neste encontro, decidiu-se que é necessário redimensionar a questão da

judicialização do direito à saúde no Brasil, tendo em vista que, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas por força de uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas.

Com base nisso, definiu-se alguns critérios preliminares específicos para a determinação de concessão de medicamentos pelo Poder Judiciário, objeto das suspensões de tutela que aqui se comenta.

Em primeiro lugar:

[...] O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação. Não raro, busca-se no Poder Judiciário a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) [...] ²⁵⁰

Como bem observado, obviamente o registro na ANVISA mostra-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo a primeira condição para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação.

Prosseguindo nos critérios, em segundo lugar:

[...] O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações distintas: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia [...] ²⁵¹

Ora, a princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas

²⁵⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=610255>. Acesso em 31 de maio de 2011.

²⁵¹ Vide nota nº 250.

por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isto porque, segundo consta do julgado em análise, o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”, bem como adotou “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, “[...] que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses”²⁵². Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.

Com base nisso, em terceiro lugar:

[...] deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso [...]. Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los [...]²⁵³

Conforme bem se observou, quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente acompanhável pela burocracia administrativa. Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. Parece certo, desta forma “[...] que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada”²⁵⁴.

Por isso, em quarto lugar:

²⁵² Vide nota nº 250.

²⁵³ Vide nota nº 250.

²⁵⁴ Vide nota nº 250.

[...] Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde [...] ^{255 e 256}.

Sintetizando o conteúdo acima exposto, após a realização de audiências públicas no intento de definir métodos viáveis de fornecimento de medicamentos, o STF proferiu decisão estabelecendo, ainda embrionariamente, os seguintes parâmetros:

1) Em primeiro lugar, é preciso observar se a política pública que preveja o fornecimento do medicamento existe ou não. Caso exista, mas não esteja em aplicabilidade, é perfeitamente possível ao Poder Judiciário determinar sua implementação, afinal, não estará intervindo em área de atuação que não a sua, tão menos “criando-a”, conforme se critica.

2) Por sua vez, caso a política não exista, passa-se ao segundo questionamento, consistente em saber se o Sistema Único de Saúde fornece medicamento/tratamento potencialmente similar ao pleiteado. Se positiva a resposta, que se determine o fornecimento do medicamento similar.

²⁵⁵ Vide nota nº 250.

²⁵⁶ A decisão do Guardião da Constituição não é a única a estabelecer critérios, vale obtemperar. Também, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região proferiu acórdão em que traça alguns parâmetros: “Direito fundamental à saúde. Colisão de direitos. Critérios para ponderação. Análise de caso concreto. 1. O direito fundamental à saúde encontra-se garantido na Constituição, descabendo as alegações de mera programática, de forma a não lhe eficácia. 2. A interpretação constitucional há de ter em conta a unidade da Constituição, máxima efetividade dos direitos fundamentais e a concordância prática, que impede, como solução, o sacrifício cabal de um dos direitos em relação aos outros. 3. *Disto se seguem determinados parâmetros, para observância: a) eventual concessão da liminar não pode causar danos e prejuízos relevantes ao funcionamento do serviço público de saúde; b) o direito de um paciente individualmente não pode, a priori, prevalecer sobre o direito de outros cidadãos igualmente tutelados pelo direito à saúde; c) o direito à saúde não pode ser reconhecido apenas pela via estreita do fornecimento de medicamentos; d) havendo disponível no mercado, deve ser dada preferência aos medicamentos genéricos, porque comprovada sua bioequivalência, resultados práticos idênticos e custo reduzido; e) o fornecimento de medicamentos deve, em regra, observar os protocolos clínicos e a "medicina das evidências", devendo eventual prova pericial, afastado "conflito de interesses" em relação ao médico, demonstrar que tais não se aplicam ao caso concreto; f) medicamentos ainda em fase de experimentação, não enquadrados nas listagem ou protocolos clínicos devem ser objeto de especial atenção e verificação, por meio de perícia específica, para comprovação de eficácia em seres humanos e aplicação ao caso concreto como alternativa viável (TRF4, AG 2009.04.00.030408-9, Terceira Turma, Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 06/09/2010)” (grifei). Disponível em: [http://jurisprudencia.trf4.jus.br/proxy/public/index.php?q=%22m%C3%ADnimo+existencial%22&partialfields=\(id_tipo:1%7Cid_tipo:3%7Cid_tipo:2\)&as_q=&client=juris_int&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&filter=0&getfields=* &site=juris&ip=127.0.0.1&access=p&entqr=3&start=70](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/proxy/public/index.php?q=%22m%C3%ADnimo+existencial%22&partialfields=(id_tipo:1%7Cid_tipo:3%7Cid_tipo:2)&as_q=&client=juris_int&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&filter=0&getfields=* &site=juris&ip=127.0.0.1&access=p&entqr=3&start=70). Acesso em 06 de setembro de 2011.*

3) Se inexistente o medicamento/tratamento, é preciso saber se isto se dá por injustificada omissão administrativa, ou se há motivação para seu não-fornecimento. Se a norma social potencial não for materializada pela mera inércia do agente, legitimado estará o Poder Judiciário a determinar o fornecimento do medicamento. Agora, se houver motivação fundada do Sistema Único de Saúde para não fornecer o medicamento, como sua proibição pela ANVISA, apesar de possível no exterior, impedido estará o Judiciário de interferir.

Observa-se, pois, que a decisão tomada pela Corte Constitucional pátria imbuu-se de racionalidade, não se fundando exclusivamente apenas na ponderação, na força normativa da Constituição, ou na dignidade da pessoa humana, mas também em preceitos capazes de conferir um senso de justiça e conformação às partes litigantes. Por certo, não é dado ao Judiciário saber de onde, exatamente, virá o custeio do que se lhe requer, portanto, que se prolate decisões pautadas pelo equilíbrio, em que se evidencie o sopesamento de valores e o destemor de saber acatar ou negar com veemência um pedido, ainda que a questão seja “de vida ou morte”.

5.2 Algumas propostas de critérios em prol da conciliação entre o “mínimo” e a “reserva”

É indubitável a importância da *ponderação* (ou “*balancing*”, conforme o ordenamento norteamericano²⁵⁷) para o sistema neoconstitucionalista. Trata-se, segundo Ana Paula de Barcellos (2005, p. 23), de “[...] *técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais*”.

Por “formas hermenêuticas tradicionais”, leia-se a *subsunção* e seu raciocínio silogístico, insuficiente para o postulado - já estudado - da unidade da Constituição²⁵⁸.

De toda maneira, vale lembrar de antemão: *a ponderação não substituiu a subsunção*²⁵⁹, *apenas lhe complementou*²⁶⁰, *de forma que num “modelo puro de regras” prevalece ainda o método subsuntivo*²⁶¹.

²⁵⁷ Cf. Ana Paula de Barcellos (2005, p. 23).

²⁵⁸ Cf. Luís Roberto Barroso (2009, p. 165).

²⁵⁹ Cf. Humberto Ávila (2009b, p. 02-03 e 07-12).

²⁶⁰ Cf. Ana Paula de Barcellos (2005, p. 31-32).

²⁶¹ Cf. Robert Alexy (2002, p. 118).

Segundo Luís Roberto Barroso (2009, p. 166), três são as etapas da ponderação. Na primeira, “[...] cabe ao intérprete *detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso*, identificando eventuais conflitos entre elas” (grifei). Na segunda etapa, “[...] cabe *examinar os fatos*, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos” (grifei) (Barroso, 2009, p. 166). Por fim, é na terceira etapa que a ponderação se irá materializar como método ensimesmado, pois “[...] os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto *estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa* e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso” (grifei) (Barroso, 2009, p. 167).

Ana Paula de Barcellos (2005, p. 91-146) também trabalha a questão, e, especificamente no que tange à terceira etapa mencionada no parágrafo anterior por Luís Roberto Barroso, que atine à ponderação propriamente dita, manifesta preocupação com a construção de três diretrizes que devem estar presentes neste momento decisório, quais sejam a “pretensão de universalidade”, a “busca da concordância prática”²⁶², e a “construção do núcleo essencial dos direitos fundamentais” (Barcellos, 2005, p. 127).

Desta forma, se a subsunção se preocupa com a *premissa maior*, a *premissa menor* e a *conclusão* (nessa sequência), e só trabalha com uma norma, a ela se opciona a ponderação, que observa a ordem *norma* (pluralmente considerada), *fato*, e, por último, o *grau de alcance e proteção da solução adotada*²⁶³.

Ademais, questão que interessa para este trabalho é a possibilidade de alternativas à ponderação.

Ana Paula de Barcellos (2005, p. 57) observa que as críticas à ponderação podem ser agrupadas em duas grandes categorias, a saber, “[...] (i) os que negam - total ou parcialmente - a realidade dos conflitos normativos que solicitam o emprego da ponderação e, por consequência, afastam a própria necessidade da técnica”, e “[...] (ii) os que reconhecem a realidade dos conflitos e procuram oferecer uma técnica alternativa” (Barcellos, 2005, p. 57).

²⁶² Tal como o postulado da Concordância Prática que se estudou no item “2.3.3”.

²⁶³ Ana Paula de Barcellos, apesar de ficar com posicionamento particular, observa que três são as maneiras diferentes de compreender a ponderação. Como “[...] forma de aplicação dos princípios” (Barcellos, 2005, p. 24), seguindo a lógica de Alexy e Dworkin; como “[...] um modo de solucionar qualquer conflito normativo, relacionado ou não com a aplicação de princípios” (Barcellos, 2005, p. 26), mediante balanceamento/sopesamento dos elementos em conflito; e, em sentido muito mais amplo, “[...] como elemento próprio e indispensável ao discurso e às decisões racionais” (Barcellos, 2005, p. 27), sendo a ponderação, aqui neste terceiro enfoque, avaliadora não apenas de enunciados normativos ou normas, mas de argumentos políticos, morais, econômicos, dentre outros.

Segundo a autora, no primeiro grupo - que nega os conflitos normativos e, por conseguinte, a ponderação -, dois conjuntos de ideias podem ser indicados, a saber, as “diferentes teorias sobre os limites imanentes” e o “conceptualismo”. Já no segundo grupo - que reconhece os conflitos normativos, mas ainda assim nega a ponderação -, dá-se como alternativa a proposta de “hierarquização dos elementos normativos em conflito” (Barcellos, 2005, p. 57-58).

Melhor explicando, pela ideia de “limites imanentes” se sustenta que “[...] cada direito apresenta limites lógicos, imanentes, oriundos da própria estrutura e natureza do direito e, portanto, da própria disposição que os prevê” (Barcellos, 2005, p. 59).

Já os defensores do “conceptualismo” “[...] negam a existência de conflitos envolvendo os direitos fundamentais” (Barcellos, 2005, p. 64), ou seja, por tal entendimento, a ideia de colisão de direitos fundamentais “[...] tem origem em um pressuposto filosófico equivocado, de origem liberal e individualista, *que compreende os direitos como poderes individuais ilimitados e desvinculados de qualquer função ou propósito*” (grifei) (Barcellos, 2005, p. 65).

Por fim, pela “hierarquização”, os conflitos normativos existem, embora não devam ser resolvidos pela ponderação, mas pela “[...] construção de uma tabela hierárquica ou de importância entre os enunciados normativos - inclusive e especialmente os constitucionais” (Barcellos, 2005, p. 66), de modo que, assim, o intérprete “[...] disporá de um elemento objetivo para decidir, fornecido pelas diferentes posições dos enunciados em disputa na escala hierárquica” (Barcellos, 2005, p. 66).

Explanados os dois grandes grupos, bem como os subgrupos que os compõem, convém refutar aquele que nega a existência de conflitos normativos (e, por conseguinte, a ponderação).

Com efeito, tanto os “limites imanentes” como o “conceptualismo” enxergam o sistema normativo como algo ensimesmado, hermeticamente fechado ao ambiente que regula, autopoietico, em que cada norma responde por si frente a outras que lhe são opostas e que, sobretudo, não comportam análise particularizada dos diferentes sujeitos constitucionais. Mas, tal qual a força normativa da Constituição preconiza a observância de elementos fáticos - e, portanto, metajurídicos - para o ambiente constitucional, e os postulados da Unidade e da Concordância Prática preveem um entendimento conglobado do sistema constitucional, também a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição assegura que, ante mais de uma

norma aplicável ao caso concreto, sujeitos possam municiar-se de argumentos em prol da prevalência de uma delas. Como se não bastasse, como argumento subsidiário, se há mais de uma norma aplicável ao caso concreto, isso por si só demonstra que fica superada essa corrente que nega a colisão normativa.

Convém o perfilhamento, pois, ao entendimento conforme o conjunto que acena pela existência de conflitos normativos, *sem se perfilhar, contudo, à “hierarquização”*, pelo simples argumento - já estudado quando se falou no postulado da unidade - de que a tese de Otto Bachof, que fala sobre a hierarquia entre normas constitucionais²⁶⁴, encontra-se absolutamente superada.

Em síntese, há se reconhecer a existência de conflitos normativos, bem como a necessidade de alternativas à ponderação (segundo grupo). *Mas isso não significa que se negue a ponderação* (tal como faz o segundo grupo), *tão menos que se adote como norteador alternativo a diretriz da “hierarquização”*.

Mas, seguindo-se a tendência de procurar novas formas de aplicação das normas jusfundamentais, convém questionar: porque seria necessário um complemento à ponderação?

Humberto Ávila (2009b, p. 03) indaga se seria a Lei Fundamental de 1988 uma “Constituição regulatória” ou uma “Constituição principiológica” - não negando, obviamente, que a Constituição pátria possua princípios e regras. Defende o autor que, *quantitativamente*, é maior o número de regras que de princípios no Texto Constitucional brasileiro²⁶⁵, tanto que “[...] a Constituição Brasileira de 1988 é qualificada de “analítica”, justamente por ser detalhista e pormenorizada, características estruturalmente vinculadas à existência de regras, em vez de princípios” (Ávila, 2009b, p. 04).

Com isso, fica traçado o paradoxo: a ponderação “está na moda” - em detrimento da subsunção, que continua a vigor para as regras²⁶⁶ -, mas não serve para o conteúdo regravativo quantitativamente predominante da Constituição Brasileira.

²⁶⁴ Vide a nota nº 54.

²⁶⁵ “Com efeito, embora ela contenha, no Título I, princípios, todo o restante do seu texto é composto de alguns princípios e muitas, muitas regras: o Título II (Direitos e Garantias Fundamentais), o Título III (Organização do Estado), o Título IV (Organização dos Poderes), o Título V (Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), o Título VI (Tributação e Orçamento), o Título VII (Ordem Econômica), o Título VIII (Ordem Social), o Título IV (Disposições Constitucionais Gerais) e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias são compostos, basicamente, de normas que descrevem o que é permitido, proibido ou obrigatório, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos, direitos. Em outras palavras, a opção constitucional foi, primordialmente, pela instituição de regras e, não, de princípios” (Ávila, 2009b, p. 04).

²⁶⁶ Vides as notas nºs 259, 260 e 261.

Assim, longe pensar que possa o entendimento adotado para os princípios servir também para as regras²⁶⁷, bem como refutando - como já dito - a ideia de “hierarquização” como alternativa à ponderação, optou-se pelo estabelecimento de *critérios* - os mais objetivos possíveis - para estabelecer a atividade dialógica entre os Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial *que muito de regras tutelam quando invocados*.

Desta maneira, tal qual o Supremo Tribunal Federal fez na questão sobre a legitimidade do Poder Judiciário na determinação do fornecimento de medicamentos, também outras situações comportam critérios, ainda que embrionários e, por conseguinte, passíveis de aperfeiçoamento.

Nos tópicos que seguem, somente se falará da relação do Princípio da Reserva do Possível com o conteúdo aqui defendido do Princípio do Mínimo Existencial e definido no item “4.3.2” (conteúdo *micro* do “mínimo”), guardando a questão da “reserva” na ausência do “mínimo” para o item “5.2.8”.

5.2.1 Na educação básica e em creche e pré-escola

No pertinente à educação básica e em creche e pré-escola, representantes educacionais do “mínimo”, podem ser os seguintes os questionamentos:

1) Em primeiro lugar, urge saber se existe o espaço físico adequado bem como materiais escolares suficientes e aptos ao ensino. Se sim, legitimado está o Judiciário a determinar a matrícula do indivíduo no estabelecimento estudantil, afinal, a parte “mais difícil”, que é a existência de um lugar para aprendizagem, está aperfeiçoada. Que proceda a máquina administrativa, pois, em estabelecer aulas nos períodos matutino, vespertino e noturno, bem como em formar o corpo docente - enfim, ao agente público deve competir a

²⁶⁷ “Tampouco se pode aceitar a ideia de que os princípios constitucionais, por meio de uma interpretação sistemática, poderiam modificar as hipóteses das regras constitucionais, para além do significado mínimo das suas palavras, nos âmbitos normativos em que os problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder devem ser evitados. É certo que, se as regras não forem meramente conceituais e vinculadas a fatores eminentemente formais, mas, em vez disso, materiais e vinculadas à promoção de finalidades específicas, a sua interpretação teleológica pode ampliar ou restringir as suas hipóteses por meio das chamadas extensão e restrição teleológicas. Isso, porém, não pode ir, no plano constitucional e para casos ordinários, além do significado mínimo das palavras constantes das hipóteses das regras. Entender dessa forma é acabar com as funções das regras, que são as de eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder” (Ávila, 2009b, p. 06).

logística operacional -, de forma que o maior número possível de cidadãos seja devidamente acomodado.

2) Se não existe o espaço físico/materiais escolares aptos ao ensino, é preciso passar à segunda indagação, consistente em saber se existe estabelecimento de aprendizagem adequado numa distância razoável e que ainda comporte a massa excedente. Se positiva a resposta, autorizado deve estar o Poder Judiciário a determinar que se proceda ao transporte dos alunos para o local que fisicamente os comporte e/ou tenha materiais escolares aptos ao ensino.

3) Se não existe estabelecimento de ensino adequado no local postulado, tão menos em distância razoável, convém saber se isso se dá por questão estratégica, como a ocupação irregular de área na qual o governo não planejava investir na área social, ou se por mero preciosismo, desídia, desleixo do agente público. Se por descaso, autorizado deve ser o Poder Judiciário a determinar *ou* que se matricule o aluno em instituição particular equivalente, *ou* que se proceda à adaptação de órgão público para funcionar como escola, *ou*, em último caso, que se determine a construção de estabelecimento escolar apto a abrigar a massa excedente.

4) Agora, se a população ocupa área irregular, na qual não planejava o Estado investir, e agora se está precisando atender a necessidades educacionais, não deve ser o Judiciário autorizado a determinar qualquer medida, pois em questões de planejamento estratégico ainda goza a máquina administrativa de elevada autonomia.

Em caso de creche, basta adaptar estes questionamentos.

Ademais, outra série de indagações pode ser elaborada caso inexista corpo docente suficiente para suprir a necessidade dos estudantes:

1) Em primeiro lugar, é preciso saber se existe mão-de-obra qualificada em condições de trabalhar, somente não o fazendo por subaproveitamento por parte do agente público. Se positiva a resposta, legitimado está o Poder Judiciário a determinar que o Poder Público contrate o labor desta pessoa para suprir a demanda.

2) Caso não exista essa mão-de-obra apta, é preciso saber se isso decorre ou de mera inércia, ou de comprovada ausência de recursos, ou do atingimento do montante disponível a ser gasto com pessoal. Se por inércia, pode o Judiciário determinar que se faça concurso público ou processo seletivo simplificado para ampliação do corpo docente.

3) Somente nos últimos dois casos da hipótese anterior, isto é, se comprovada a ausência de recursos ou o atingimento do montante a ser gasto com professores, é que estará o Poder Judiciário deslegitimado a intervir na política pública.

É óbvio que se tratou aqui apenas de questões de mais elevada complexidade, o que não exclui problemas “menores”, como a necessidade de renovação do material escolar, a alimentação dos alunos, a segurança nos estabelecimentos, as condições de estrutura e higiene, dentre outras. Com efeito, questões como estas podem, ou acrescentar mais indagações às *supramencionadas*, ou dar origem a nova cadeia de questionamentos. De toda forma, o que se faz acima é apenas exemplificativo, competindo ao próprio sistema “aberto dos intérpretes da Constituição” criar mais critérios.

5.2.2 Nas saúdes preventiva, restauradora e pós-restabelecimento

Afora os critérios já desenvolvidos pelo Supremo Tribunal Federal para a concessão de medicamentos, questões como a ausência de leitos hospitalares - comuns ou unidades intensivas de tratamento - e os exames preventivos, restauradores e pós-restabelecimento (bem como terapias e tratamentos nestes inseridos) também comportam aplicação de critérios.

Veja-se alguns atinentes a tratamentos/exames/medicamentos em geral:

1) Em primeiro lugar, é preciso saber se o tratamento/exame/medicamento consta da lista de programas acobertados pelo Sistema Único de Saúde. Se positiva a resposta, deve ser o Poder Judiciário autorizado a determinar que se proceda ao atendimento do pedido do postulante, caso haja razão em seu clamor.

2) Se negativa a resposta, em segundo lugar, é o caso de saber se existe tratamento/medicamento/exame similar e com eficácia comprovadamente igual ao que se pleiteia; em caso afirmativo, autorizado está o Poder Judiciário a determinar o fornecimento do congênere.

3) Caso não haja similaridade, ou, apesar de haver, sua eficácia seja dúbia, convém indagar porquê o Estado não fornece a política. Se isso se der por mero descaso, ou, ainda, se a política já estiver prevista há tempos, somente não tendo sido implementada ainda por perniciosa burocracia, está o Poder Judiciário autorizado a determiná-la.

4) Caso não haja a política por um motivo justificado, como a ausência de autorização da ANVISA, a falta de comprovação eficaz, sua ilicitude/antieticidade, o experimentalismo do produto/serviço, etc., neste caso estará a máquina administrativa livre de cumprir com o comando constitucional.

Noutra questão nevrálgica sobre o direito fundamental social à saúde, está a internação em leitos hospitalares, sejam eles comuns ou unidades de tratamento intensivo. Pode-se adotar como parâmetros:

1) Em primeiro lugar, é preciso saber da disponibilidade de leitos nos hospitais da rede pública, e sua relação com a “fila de espera de pacientes” e com os casos de urgência absoluta (nos quais a “fila de espera” acaba sendo, obviamente, desrespeitada). Se houver leitos vagos, ainda que em distância relativamente longa do local no qual postula o requerente ser internado, e não houver risco de deterioração de seu estado de saúde no transporte para o local com a vaga, autorizado está o Poder Judiciário a determinar a remoção do indivíduo para o leito hospitalar disponível na outra localidade.

2) Caso não haja essa disponibilidade, ou a distância seja impraticável, ou seja muito grande o risco de que o paciente padeça no trajeto, é caso de procurar leitos no sistema privado, de forma que, em havendo disponibilidade, pode o Poder Judiciário determinar a internação do cidadão que carece de socorro.

3) Somente, pois, se não houver disponibilidade nem na rede pública nem na rede privada é que fica desautorizado o Poder Judiciário a expedir qualquer comando de procedência, afinal, ainda que assim o faça, será absolutamente ineficaz, por impropriedade absoluta dos métodos necessários de seu atendimento.

Os mesmos parâmetros devem ser aplicados para os leitos hospitalares neonatais e infantis.

Insiste-se, mais uma vez, que não são os critérios acima mencionados a “última palavra” na análise de um entendimento conglobado da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial. Há outras questões que não se tratou acima - mas que nem por isso são de menor importância -, como a necessidade de se adquirir ambulâncias, de contratação de médicos e enfermeiros, de aquisição de material hospitalar, de higienização e estrutura do local de atendimento etc. De toda forma, são os primeiros passos aos quais - espera-se - venham muitos outros.

5.2.3 Na alimentação existencial

Baseando-se na classificação de Ricardo Lobo Torres entre “direito mínimo” e “direito existencial” ao discorrer sobre o Mínimo Existencial, enquadrou-se a alimentação, principalmente a existencial, dentro do conteúdo social do instituto.

Isto posto, no tocante à alimentação existencial, pode-se adotar os seguintes parâmetros em favor de uma relação dialógica do Mínimo Existencial com a Reserva do Possível:

1) Em primeiro lugar, convém analisar a inexistência de parentes - consanguíneos ou por afinidade - ou quaisquer obrigados aptos a, por força de lei ou disposição de vontade, prestar alimentos ao postulante. Caso alguém se encaixe nestas condições, impedido estará o Poder Judiciário de substituir-se à vontade do legislador ou da autonomia privada e determinar a concessão de alimentação existencial.

2) Se inexistente esse indivíduo, passa-se, em segundo lugar, à exigência de comprovação do grau de carência por parte daquele que almeja receber alimentos. Caso o indivíduo não comprove a ausência de meios de se manter, ou, o fazendo, verificar o juiz que está o postulante de má-fé, impedido estará o Poder Judiciário de determinar a implementação da política.

3) Veja-se, pois, que somente em terceira e derradeira hipótese - isto é, se o indivíduo não tiver a quem recorrer bem como comprovar inexistência de condições de se manter - é que estará o magistrado autorizado a exigir do Estado a prestação de alimentos subsistenciais por meio de comando judicial.

Aliás, neste tópico adotou-se uma sequência de questionamentos distinta das feitas até então nos direitos à educação e à saúde. Naquelas, o Judiciário *só não intervém em último caso*, enquanto aqui *ocorre justamente o inverso*. Essa é, inclusive, a tônica adotada para os direitos sociais componentes do “mínimo” cujo liame com o âmbito privado seja mais tênue, como ocorre, além da alimentação, com o direito à moradia e ao trabalho, os quais possuem grande influência do Direito Civil. É necessário que tome o julgador todo o cuidado possível para que, com seu comando, equivocadamente altere a autonomia privada e cause grande oneração indireta a quem não é agente político. Mesmo porque, consiste a Reserva do Possível em matéria a ser alegada única e exclusivamente pelo Estado.

É óbvio, por fim, que deixou-se de tratar nos parâmetros acerca da alimentação existencial de condicionantes variáveis, como a quantidade determinada judicialmente de alimentos suficientes a suprir a subsistência, bem como a possibilidade de o requerente não postular individualmente mas em nome de sua família.

5.2.4 No direito de trabalhar com dignidade e de jamais perceber remuneração vil pelo labor (com especial atenção para o salário mínimo)

Quando se falou no trabalho em sua relação com o Mínimo Existencial (item “4.3.2.4”), foi tripartido tal direito social para dele excluir, apenas, o direito de ter um emprego/permanecer empregado como componente do “mínimo”, pelo simples fato de que não pode o Poder Judiciário obrigar a iniciativa privada ou mesmo o Estado a contratar o indivíduo meramente por questão de necessidade pessoal. Isso desvirtuaria por completo a ideia de se reservar as funções laborais apenas aos mais capacitados, bem como consistiria a determinação judicial num grande transtorno à iniciativa privada, problema que deve ser evitado, consoante se ressaltou no tópico anterior.

De toda forma, entre a “reserva” e o “mínimo”, no direito de trabalhar com dignidade e no direito de jamais receber remuneração vil pelo labor, os parâmetros podem ser os seguintes:

1) Em primeiro lugar, convém ao Poder Judiciário verificar se todas as condições - como higiene, segurança, alimentação, estrutura, dentre outras - impostas pela legislação trabalhista, por acordos/convenções coletivas, por decisões judiciais de outrora, ou pelos regulamentos -, estão sendo devidamente cumpridas. Se negativa a resposta, razão assiste ao magistrado que intervier no âmbito empregatício, ainda que privado, para determinar que se proceda às readequações.

2) Se houver o cumprimento destas condições, em segundo lugar passa-se à hipótese de observar se os vencimentos recebidos pelo trabalhador condizem com a complexidade do labor. Se negativa a resposta, está o Judiciário autorizado a determinar a elevação salarial; se positiva, retira-se do julgador a esfera de incidência sobre este direito social componente do “mínimo”.

3) Nada obstante os dois critérios anteriores, urge obtemperar que, quanto aos vencimentos, ao menos o salário mínimo - ou o vencimento proporcional ao tempo de serviço - deverá ser observado, dada a importante função social desempenhada por essa remuneração mínima conforme o art. 7º, IV, da Constituição Federal.

Observa-se que acima não se falou de situações como a hipótese dos pagamentos estarem atrasados. Na iniciativa pública até seria caso de se discutir essa possibilidade, entendendo-se, contudo, haver terminante irrealizabilidade quanto a esta hipótese no âmbito privado, mesmo porque pode o empregador estar em dificuldades financeiras que impossibilitem qualquer comando judicial para que se pague.

Também não se falou do Judiciário intervindo para manter o meio ambiente do trabalho harmônico. Nas estritas relações entre particulares, seja no âmbito público ou privado, não pode o Judiciário querer fazer o que nem os agentes públicos, nem os psicólogos, nem os terapeutas, nem os religiosos etc., conseguiram fazer: estabelecer a harmonia completa entre as pessoas.

5.2.5 No direito de não perder o lar e de que este lar seja servido por prestações estatais de absoluta necessidade

A busca por parâmetros dialógicos entre a “reserva” e o “mínimo” encontra no direito fundamental social à moradia, mais especificamente nos direitos de não perder o lar e de que esse lar seja servido por prestações estatais de absoluta necessidade, terreno fértil para o desenvolvimento de critérios, tendo em vista a forte relação amálgama formada entre o público e o privado quando se discute o assunto. E, seguindo a toada da intervenção judiciária com ressalvas na iniciativa particular, são desenvolvidos abaixo alguns critérios.

Quanto ao direito de não perder um lar faz-se a seguinte cadeia de indagações:

1) Em primeiro lugar, afigura-se necessário verificar se a moradia encontra alguma das proteções asseguradas constitucional e *infra*constitucionalmente, como a função social da propriedade, da posse e do domínio, a “teoria do patrimônio mínimo”, o bem de família etc. Se positiva a resposta, o comando judicial pela manutenção da morada nas mãos daquele que corre o risco de ficar “sem teto” deve ser imediato.

2) Por sua vez, em segundo lugar, caso não se trate de nenhuma situação protegida, é preciso observar se aquele que está prestes a perder a casa foi ou não induzido em erro, como a hipótese do casal que, ludibriado, anui para que o imóvel garanta dívida de outrem. Se consubstanciar-se tal hipótese, deve o magistrado manter o indivíduo em seu lar.

3) Somente se o indivíduo, voluntariamente e de boa-fé, dispôs de sua morada, é que impedido estará o Poder Judiciário de contrariar a autonomia da vontade.

Já no tocante ao direito de que o lar seja servido por prestações estatais de absoluta necessidade, outros tipos de critérios podem ser elencados:

1) Em primeiro lugar, tal como se falou no conteúdo educacional do “mínimo”, é preciso verificar se a moradia está em local irregular, no qual o Estado não planejava investir em políticas públicas. Se sim, impedido fica o Poder Judiciário de coroar com um comando judicial favorável a conduta daquele que praticou o abuso de habitar local inapropriado.

2) Se negativa a resposta, em segundo lugar será o caso de observar se a prestação estatal é capaz de beneficiar mais de uma pessoa, como energia elétrica, água encanada, calçamento, asfaltamento etc. Se positiva a resposta, autorizado fica o Poder Judiciário a determinar a implementação da política.

3) Em terceiro e último lugar, somente se esta prestação estatal for se revelar benéfica apenas a um ou escassos indivíduos não deve o Judiciário ser autorizado a proferir decisão judicial procedente, afinal, não pode o Estado agir - como infelizmente ocorre, no dia-a-dia - como mecenas do âmbito privado.

Frisa-se, contudo, que tais critérios não abarcam situações como a de uma moradia que corre o risco de desabar em função das chuvas de verão, *p. ex.* Num cenário como este, pode ser o caso de sintetizar-se os critérios em nome do Mínimo Existencial: 1) Verifica-se se a área é irregular ou não; 2) Verifica-se se a política para manutenção da moradia será capaz de evitar que aquela e outras moradias desabem.

Por outro lado, há se reconhecer que, de acordo com tais parâmetros, o fato de ser a área irregular dificulta que os moradores de ocupações como “favelas” e “palafitas” possam conseguir do Judiciário a determinação de uma política pública. É caso de prevalência, pois, da Reserva do Possível. Aliás, pensar de tal maneira é forma de desestimular a ocupação irregular de morros, encostas e demais áreas de risco.

Por fim, convém lembrar que dentro deste conteúdo do “mínimo”, também se encontra a moradia rural, de forma que se lhe pode aproveitar os critérios vistos alhures para a moradia urbana.

5.2.6 No direito à previdência social

Como a previdência social foi relacionada, no item “4.3.2.8”, com o direito social de perceber remuneração pelo trabalho - e, por isso, incluída no “mínimo” -, fica difícil, em termos práticos, estabelecer uma “série” de questionamentos dialógicos como se tem feito até agora. Afinal, se trata de haver enquadramento ou não nas condições já legisladas sobre questões previdenciárias. Se sim, que o Judiciário apenas faça cumprir a lei (veja-se que nada há de “ativismo” aqui), por mera subsunção; se não, que se negue o pedido por ausência de direito adquirido.

5.2.7 Na assistência aos desamparados (com especial atenção para o salário dignitário prestado ao idoso/portador de deficiência que comprove não ter condições - próprias ou por terceiros - de subsistência)

O art. 203 da Constituição Federal foi todo incluído dentro do Princípio do Mínimo Existencial.

Tal qual a previdência social, encontra a assistência social intensa regulamentação, como a Lei nº 8.742/93, que a organiza e estrutura. Neste sentido, da mesma maneira que no item anterior, aqui também fica difícil falar de indagações em cadeia para a implementação do epigrafiado direito social, se limitando o magistrado, pois, a deferir ou não o pleito, conforme o preenchimento dos requisitos legislados.

Dá-se especial atenção, apenas, ao salário dignitário - no valor de um salário mínimo -, prestado ao idoso/portador de deficiência que comprove não ter condições de subsistência. Aqui, os critérios são muito parecidos com aqueles adotados na alimentação existencial (item “5.2.3”):

1) Em primeiro lugar, convém analisar a inexistência de parentes - consanguíneos ou por afinidade - ou quaisquer obrigados aptos a, por força de lei ou disposição de vontade, prestar alimentos ao postulante. Caso alguém se encaixe nestas condições, impedido estará o Poder Judiciário de substituir-se à vontade do Estado e determinar a concessão de alimentação existencial.

2) Se inexistente esse indivíduo, passa-se, em segundo lugar, à exigência de comprovação do grau de carência do idoso/portador de deficiência que almeja receber alimentos. Caso o indivíduo não comprove a ausência de meios de se manter (e o próprio art. 203, V, CF exige essa comprovação para se fazer jus ao benefício), ou, o fazendo, verificar o juiz que está o postulante de má-fé, impedido estará o Poder Judiciário de determinar a implementação da política.

3) Veja-se, pois, que somente em terceira e derradeira hipótese - isto é, se o indivíduo não tiver a quem recorrer bem como comprovar inexistência de condições de se manter - é que estará o magistrado autorizado a exigir do Estado a prestação do salário dignitário por meio de comando judicial.

5.2.8 A “reserva”, onde não houver o “mínimo”

Conforme defendido neste trabalho, adota-se posicionamento restritivo à incondicionada intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas sob o manto do ativismo judicial. *Primeiro*, porque não compete apenas ao Judiciário a interpretação da Constituição, e aqui há se dar razão a Peter Häberle e sua “sociedade aberta”. *Segundo*, porque a compreensão normativa da Constituição deve encontrar limitação na realidade fática, isto é, nas condicionantes metajurídicas que moldam o ordenamento, e aqui há se dar razão a Konrad Hesse quando acena por limitações à força normativa. *Terceiro*, porque apesar da já combatida repartição constitucional de funções e da crise institucional que assola Executivo e Legislativo, controles devem ser exercidos entre os “poderes”; do contrário, municiar o Judiciário com cláusula imperativa de determinação de políticas públicas é torná-lo superior às demais funções. *Quarto*, porque não pode o ativismo funcionar como escapatória ao julgador todas as vezes que os comandos legais não lhe conferirem o argumento de que precisa para sentenciar.

Assim, onde houver a “reserva”, ainda que em sua condição excepcional, deve o Judiciário observá-la, *sim*, se for o caso. Mesmo porque, quando se definiu o instituto, se lhe incluiu no conceito uma série de fatores que a impedem de funcionar como desculpa a toda e qualquer ação que se promove contra o Estado; dentre estes, se disse que, além de ser de exclusiva utilização pelo Estado, não basta ao princípio ser alegado, é preciso sua demonstração, inclusive qualificando-o se ante o Mínimo Existencial. Ora, se necessita a “reserva” ser qualificada em seu sopesamento com o “mínimo”, de outro lado infere-se que não precisa ser ela qualificada para os demais direitos, o que não significa, todavia, retirar do Estado a obrigação de, além de alegá-la, também demonstrá-la.

Em apertada e não-exaustiva síntese, pois, onde não houver o “mínimo”, podem ser os seguintes os parâmetros de aplicação da Reserva do Possível:

1) Em primeiro lugar, diante de ação judicial de conteúdo “não-mínimo” que se promove em face do Estado, deve o Judiciário analisar se a “reserva” foi meramente alegada ou foi também demonstrada. Se meramente alegada, deve o argumento ser descartado e se impor ao Estado as consequências processuais pela não-comprovação do que afirma.

2) Se demonstrada, passa-se à análise do grau de importância dos elementos em jogo: aquele preponderante, segundo o Estado, e o preponderado, o qual se nega a cumprir por força do Princípio da Reserva do Possível. Se o elemento preponderante para o Estado for de clara valoração menor em relação ao preponderado, descartada deve ser a utilização da “reserva”, vez que o instituto somente tem razão de existir em havendo interesses de igual ou aproximada valia em conflito.

3) Se ambos os elementos guardam posição de equivalência, passa-se à seguinte indagação, consistente em saber se a matéria foi utilizada pelo Estado com o escopo de promover a inversão ou a distribuição dinâmica do ônus da prova para o particular. Se positiva a resposta, deve o argumento ser descartado por absoluta vedação a que se cause prejuízo ao pleiteante.

4) Se não, em quarto lugar, passa-se à discussão de saber se os dados apresentados pelo Estado são fidedignos, isto é, se não são falsos, “mascarados”. Se negativa a resposta, deve o argumento ser descartado.

5) Se *sim*, passa-se à quinta fase, consistente em julgar com base no caso concreto, sopesando o argumento utilizado pelo pleiteante e o argumento utilizado pelo Estado, com auxílio da ponderação.

Vê-se, pois, que a despeito de uma intensa posição doutrinária que pende pela técnica decisória da *ponderação* desde o começo do processo de criação de critérios para a prevalência ou não da “reserva”, bem como em seu necessário estudo dialógico com o “mínimo”, procura-se utilizá-la não como único fator presente no processo decisório sobre políticas públicas, *mas como mais um desses fatores, como mais uma técnica*. É dizer: pode ser que, em alguns casos, mesmo estando diante de direitos fundamentais, desnecessário se faça a utilização da ponderação; em outros, ela pode ser utilizada em apenas uma ou algumas das etapas dos parâmetros objetivamente criados; em outros ela pode ser a única medida utilizada, conforme o entendimento predominante atual²⁶⁸.

Criam-se, com isso, alternativas à ponderação, sem, contudo, retirar-lhe o estimado valor. E, longe adotar as teorias dos “limites imanentes”, da “conceptualização”, ou da “hierarquização”, os *critérios* - os mais objetivos possíveis - podem ser uma excelente opção no intento de dar sustentáculo à Constituição pátria quantitativamente regrativa.

5.3 Como construir critérios? (ou, a importância de Häberle)

Mais importante que algumas propostas de critérios dialógicos entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial mencionados no item “5.2”, é deixar o sistema aberto à construção de novos parâmetros para novas particularidades que, inevitavelmente, acontecerão.

Neste diapasão, algumas nuances podem ser estabelecidas para a delimitação analítica, funcionando como “preliminares” a impedir que se lha desvirtue. É dizer: mesmo o estabelecimento de critérios - os mais objetivos possíveis - necessita de um enfoque circunspeto de aferição.

Assim, mister se fazer, primeiro, definir os intérpretes da Constituição; depois, atestar sua legitimidade; em seguida, criar modelos pré-moldados; e, por último, visualizar a aplicação destes modelos pelo juiz. Estes quatro passos, aqui entende-se, devem nortear a construção dos parâmetros.

²⁶⁸ Some-se a isso as palavras de Luís Roberto Barroso (2009, p. 165), segundo o qual a subsunção “[...] é um quadro geométrico, com três cores nítidas e distintas”. Já a ponderação seria “[...] uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética (Barroso, 2009, p. 165-166). Por fim, lembra que “[...] a ponderação mal feita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna” (Barroso, 2009, p. 166).

O grande êxito de Peter Häberle, para além de uma concepção cultural de Constituição²⁶⁹, foi definir a necessidade - bem como um rol preliminar - da existência de intérpretes que consolidem a abertura constitucional à fenomenologia cotidiana. Tais intérpretes devem representar a ligação entre o fato (sociedade) e a norma (Lei Fundamental).

O discípulo de Hesse afirma que a investigação sobre os que participam do processo de interpretação é, “[...] de uma perspectiva sócio-constitucional, consequência do conceito “republicano” de interpretação aberta que há de ser considerada como objetivo da interpretação constitucional” (Häberle, 1997, p. 19). Segundo o autor, se é dito que o tempo, a esfera pública pluralista (*die pluralistische Öffentlichkeit*) e a realidade colocam problemas constitucionais e fornecem material para uma interpretação constitucional, ampliando as suas necessidades e possibilidades, “[...] então devem esses conceitos ser considerados apenas como dados provisórios” (Häberle, 1997, p. 19). Assim, conclui o autor que a pergunta em relação aos participantes da interpretação constitucional “[...] deve ser formulada *no sentido puramente sociológico da ciência da experiência*” (grifei) (Häberle, 1997, p. 19).

Em mesmo sentido, Rafael Caiado Amaral (2004, p. 131) observa que, para que a Constituição se torne eficaz e real, “[...] é necessário que a mesma se mantenha viva no seio social. *Isto será possível mediante a incorporação da realidade ao processo hermenêutico*” (grifei). Assim, complementa o autor, por meio da interpretação feita pela “sociedade aberta dos intérpretes”, a Constituição passa de simples texto legal para direito vivo, ou seja, “[...] da “Law in the books” para “Law in action”, como assentado na teoria constitucional norte-americana” (Amaral, 2004, p. 131).

Ademais, “materializando a sociedade aberta”, Häberle, em entrevista concedida para Francisco Balaguer Callejón, dá a amostra da interpretação constitucional em sentido amplo no caso da delimitação da pornografia ou no ajuizamento do “[...] famoso quadro de George Gross nos tempos de Weimar: “Cristo com a máscara contra gases”, que hoje se considera uma obra clássica” (Valadés, 2009, p. 43). Para Häberle, um ferrenho defensor do Estado Constitucional Cooperativo, os juristas têm de atender, na interpretação da liberdade artística e científica, “[...] ao que o próprio artista tem criado no âmbito artístico e científico” (Valadés, 2009, p. 43).

Em complementação, para Ricardo Maurício Freire Soares (2009, p. 138), para que no Brasil o direito processual constitucional torne-se parte do direito de participação

²⁶⁹ Peter Häberle. *Constitución como cultura: artículos seleccionados para Colombia*, 2002.

democrática, “[...] é necessário permitir uma sinergia eficaz entre os diversos intérpretes da Carta Magna”.

Mas *quem* seriam os intérpretes?

5.3.1 Primeiro passo: definindo os intérpretes da Constituição

Häberle apresenta um “catálogo provisório”²⁷⁰ de quem seriam os intérpretes da Constituição, formado: 1) *pelas funções estatais*²⁷¹; 2) *pelos participantes do processo de decisão nos casos “a” e “b” vistos anteriormente*²⁷²; 3) *pela opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores*²⁷³; e 4) *pela doutrina constitucional*²⁷⁴.

Observa-se, *em primeiro lugar*, que Häberle fala em um “catálogo provisório”, o que denota não-exclusividade de seu conceito; *em segundo lugar*, é óbvia a necessidade de abraçar o “catálogo” do catedrático de Bayreuth (Alemanha) para os agentes/instrumentos/órgãos pátrios; e, *em terceiro lugar*, é salutar coadunar suas ideias com a questão de políticas públicas, sobretudo num país como o Brasil, em que a disparidade de rendas é aviltante.

Com isso, no processo de elaboração de critérios, é preciso analisar, logo de partida, se agentes/instrumentos/órgãos previstos na Constituição pátria podem atuar com função “interpretativa”. Eis o primeiro passo. Somente os agentes/órgãos/instrumentos que dispõem de função interpretativa devem ser autorizados ao estabelecimento de parâmetros. Se está falando, a título não-exauriente, dos legitimados para Ação Direta de Inconstitucionalidade e

²⁷⁰ É utilizada, sabiamente, esta expressão: “catálogo provisório” (Häberle, 1997, p. 20).

²⁷¹ “[...] a) na decisão vinculante (da Corte Constitucional): decisão vinculante que é relativizada mediante o instituto do voto vencido; b) nos órgãos estatais com poder de decisão vinculante, submetidos, todavia, a um processo de revisão [...]” (Häberle, 1997, p. 20-21).

²⁷² “[...] a) o requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional [...]; b) outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide [...], ou que são, eventualmente, convocados pela própria Corte Constitucional [...]; c) pareceristas ou *experts* [...]; d) peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento [...], peritos nos Tribunais, associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam, sobretudo, mediante a “*longa manus*” da eleição de juizes; e) os grupos de pressão organizados [...]; f) os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo” (Häberle, 1997, p. 21-22).

²⁷³ “[...] *media* (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada [...], igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais” (Häberle, 1997, p. 22-23).

²⁷⁴ “[...] ela tem um papel especial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar nos diversos níveis” (Häberle, 1997, p. 23).

Ação Declaratória de Constitucionalidade do art. 103, CF²⁷⁵; da Reclamação Constitucional do art. 103-A, §3º²⁷⁶; do Conselho Nacional de Justiça do art. 103-B²⁷⁷; do “*amicus curiae*”²⁷⁸, do plebiscito e do referendo dos incisos I e II, respectivamente, do art. 14, CF²⁷⁹; da iniciativa para apresentar projetos de lei prevista no art. 61, §2º²⁸⁰; e, em esfera muito mais abrangente, da jurisdição constitucional²⁸¹.

A prova de que o modelo é passível de funcionamento já foi dada com a experiência constitucional da Islândia, pequeno país localizado no Atlântico Norte que, além de uma Constituinte eleita, conclamou a população a ajudar a reelaborar sua Lei Fundamental com o auxílio das chamadas “redes sociais”, como é o caso do *Orkut*, do *Facebook*, do *Youtube*, do *Twitter* etc.²⁸², meios midiáticos de que tratou Häberle em seu “catálogo provisório”²⁸³.

²⁷⁵ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

²⁷⁶ “Art. 103-A. [...] §3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

²⁷⁷ “Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal”.

²⁷⁸ Dentre outros dispositivos em que se cita o “amigo da Corte”, se pode mencionar o art. 482, §3º, do Código de Processo Civil: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

²⁷⁹ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; [...]”.

²⁸⁰ “Art. 61. [...] §2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”.

²⁸¹ Vide nota explicativa nº 6. Também, Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 2005.

²⁸² Saiu na Folha de São Paulo, edição de cinco de julho de 2011, página “A11”, caderno “Mundo”, que a Islândia estava escrevendo sua nova Constituição, em substituição a de 1944, que ficou defasada após a crise mundial de 2008 que devastou a economia do país. O fenômeno que aqui se menciona é denominado “*crowdsourcing*”, entendido como a realização de projetos com a ajuda maciça de usuários da internet. O ponto condensador de propostas é a Assembleia Nacional Constituinte, composta por 25 membros eleitos em 2010, e cujas reuniões são transmitidas *on-line*.

²⁸³ Vide nota explicativa nº 273.

Mas como *materializar* a legitimidade dos intérpretes?

5.3.2 Segundo passo: atestando a legitimidade dos intérpretes

Urge levantar a indagação: se o juiz interpreta a Constituição e isso é chamado “ativismo judicial”, qual a definição que se dará à possibilidade de setores sociais interpretarem a Constituição e, com isso, auxiliarem no estabelecimento de parâmetros para as políticas públicas? “Ativismo social”? Aliás, além do Judiciário, podem, então, esses outros setores sociais *obrigarem* o Estado à implementação de políticas públicas?

Não parece melhor entendimento conferir poder decisório - tão menos qualquer comando executório - aos diversos setores interpretativos da sociedade que não o Judiciário, o Legislativo e a Administração Pública. Como meio de não esvaziar o constitucionalismo aberto de Häberle, contudo, a materialização da legitimidade destes agentes acaba sendo vista, justamente, no estabelecimento de parâmetros.

A partir do instante em que os setores da sociedade passarem a discutir, coletiva e harmonicamente, de maneira fundamentada, racional e sem “achismos”, meios de suprir a insuficiência orçamentária estatal, bem como formas de dar aplicabilidade às normas constitucionais de cunho programático, inevitavelmente se esvaziará o Judiciário de demandas do tipo, e diminuirá, consequencialmente, o estado alterado de ânimos quanto à invasão desta em outra função estatal.

É preciso tomar o máximo de cuidado, entretanto, para que o multinterpretativismo de Häberle não importe risco à segurança jurídica (aqui compreendida sob enfoque constitucional) nem promova uma diluição da “força normativa” de Hesse²⁸⁴.

Não se pode concentrar a criação de critérios apenas nas mãos dos órgãos julgadores ou mesmo de toda a Administração Pública. A eles devem competir, *também*, esta função, o que não esgota a possibilidade de ação das mais diversas organizações sociais. As Audiências Públicas mencionadas no item “5.1”, realizadas para o esclarecimento de dúvidas quanto à

²⁸⁴ Häberle, em entrevista concedida a Francisco Balaguer Callejón (Valadés, 2009, p. 44), demonstra grande preocupação em retirar dos juristas o monopólio definitivo da interpretação constitucional. Para o autor, a perspectiva do desenvolvimento histórico do Estado Constitucional “[...] ensina como todas as forças políticas e os grupos sociais ou grandes figuras como Nelson Mandela na África do Sul realizaram contribuições criativas”.

determinação do fornecimento de medicamentos pelo Poder Judiciário, são um bom exemplo de como as coisas funcionam melhor se baseadas no consenso.

Mas, estabelecida e legitimada a materialidade dos intérpretes da Constituição, passa-se à seguinte indagação: como *criar* e, ato contínuo, *aplicar* os modelos?

5.3.3 Terceiro e quarto passos: a criação propriamente dita dos modelos e sua aplicação pelo Judiciário

Ana Paula de Barcellos (2005, p. 146), ao trabalhar com o tema “ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional”, após tecer críticas ao instituto da “*balancing*”, bem como efetuar uma proposta de ordenação para o uso da técnica, fala na existência de um método ponderativo *preventivo ou abstrato*, contraposto à ponderação “*ad hoc*”, isto é, àquela “[...] feita pelo juiz diante de um caso concreto que ele deverá decidir”.

Segundo essa modalidade preventiva, o processo - até de forma desejável - ocorre em outro ambiente, antes do surgimento do caso concreto, de modo que a ponderação “[...] vai sendo forjada em abstrato ou preventivamente, por meio da discussão de casos hipotéticos ou passados [...]” (Barcellos, 2005, p. 147), o que dará ao juiz “[...] balizas pré-fixadas quando se defrontar com casos reais” (Barcellos, 2005, p. 147)²⁸⁵.

Com efeito, a autora apresenta vários cenários em que o fenômeno pode acontecer, como “livre iniciativa *versus* proteção ao consumidor e ao meio ambiente”, “liberdade de imprensa e de informação *versus* intimidade, honra e vida privada” etc. (Barcellos, 2005, p. 149). Assim, a partir das respostas sugeridas a questões como tais, poder-se-á apresentar um *conjunto de soluções ponderativas pré-fabricadas*, e, uma vez que “[...] as circunstâncias

²⁸⁵ A autora exemplifica sua ideia: “Um grupo de acadêmicos se encontra para debater a tensão potencial que existe entre, *e. g.*, a liberdade de reunião e manifestação pública, de um lado, e bens coletivos relacionados com a tranquilidade, a saúde e a livre circulação das demais pessoas, de outro. No encontro, diversos questionamentos podem ser formulados na tentativa de demarcar o conteúdo específico de cada enunciado e as fronteiras de convivência entre eles. A liberdade de reunião e manifestação pública exige que essas reuniões possam ser feitas em qualquer local da cidade (inclusive, *e. g.*, próximo a hospitais)? A autoridade pública pode definir que as manifestações públicas sejam feitas apenas em determinados locais? A autoridade pública pode exigir que o evento se realize em local amplo e onde haja fácil transporte, mas longe das regiões centrais da cidade? As manifestações públicas podem realizar-se em qualquer horário? A autoridade pública pode impor horários específicos para sua realização? A natureza da manifestação - se se trata de uma manifestação de natureza política, artística, comercial ou de qualquer outro tipo - terá alguma influência no nível maior ou menor de restrição que se poderá admitir sobre a liberdade em questão?” (Barcellos, 2005, p. 147-148). Ainda, segundo a autora (2005, p. 147), o debate “[...] pode ser enriquecido se às questões descritas acima forem agregadas informações acerca dos pronunciamentos jurisprudenciais na matéria”.

fáticas imaginadas pela doutrina se reproduzam no caso real, ou se repitam hipóteses já verificadas anteriormente, o juiz terá à sua disposição modelos de solução pré-prontos” (Barcellos, 2005, p. 150).

Apesar de Barcellos utilizar essa técnica como uma “ponderação prévia”, prejuízo algum haverá a que se a utilize, também, para o estabelecimento de “parâmetros prévios” baseados na exclusão, como se fez no item “5.2”. Não há qualquer óbice a isso. Afinal, não custa lembrar, os parâmetros que aqui se fomenta não visam negar a existência da ponderação, mas a ela oferecer complementação, sobretudo em considerando a carga eminentemente regrativa da Constituição Federal, conforme aduzido por Humberto Ávila em outro momento²⁸⁶. A defesa, pois, é pela existência de um “banco de dados” de critérios apto a ser acionado pelo magistrado quando de sua decisão judicial, para que nele se escolha a(s) cadeia(s) de questionamentos que melhor se amolde(m) ao caso concreto.

Entende-se haver grande vantagem nisso (e os motivos valem tanto para a “ponderação prévia” como para os “critérios prévios”):

Primeiro, chama-se à discussão os diversos setores da sociedade, sejam eles instituições filantrópicas, personalidades e organismos expoentes de direitos humanos, agentes sociais nacionais e estrangeiros, empresários, políticos, médicos, cientistas, sociólogos, ambientalistas, religiosos, organizações não-governamentais e governamentais, artistas, formadores de opinião em geral etc. Isso representa grande avanço para a democracia, consubstanciando-se na sua real e mais participativa forma que pode existir.

Na questão envolvendo pesquisas com células-tronco, *p. ex.*²⁸⁷, pôde-se observar a eficácia dessa pluralidade de partes envolvidas no processo decisório do Supremo Tribunal Federal.

Segundo, a técnica de discutir coletivamente temas nevrálgicos para o país ajuda a formar uma sociedade de “indivíduos esclarecidos”, ciente das necessidades cotidianas e das alternativas que possui - ou que se deve criar - para enfrentá-las. Com isso, mesas de debates, seminários, fóruns, congressos, audiências públicas, dentre outras, acabam sendo estimuladas como meio de encorajar o desenvolvimento de uma “consciência constitucional”.

Terceiro, diminui consideravelmente a pressão sobre o Poder Judiciário como ente “invasor” das demais funções estatais. As decisões serão pautadas por racionalidade muito

²⁸⁶ Ver novamente, Humberto Ávila (2009b, p. 03 e 04). Também, nota explicativa nº 265.

²⁸⁷ Se está falando da ADI nº 3510.

maior que seriam se meramente se submetessem aos caprichos particulares do julgador, e, sobretudo e principalmente, serão embasadas num juízo prévio do qual a sociedade participou. Isso aumenta o sentimento de conformação das partes envolvidas no litígio e, nos “freios e contrapesos”, consubstancia forma de controle da função jurisdicional.

Quarto, a tendência é diminuir, também, a quantidade de ações no Judiciário, uma vez que questões pré-fabricadas já podem funcionar como resposta preliminar, favorável ou não, à parte que intenta solicitar o suprimento de preceito fundamental.

Isto posto, é óbvio que os parâmetros (ou critérios) não precisam, necessariamente, ser prévios. Tal qual a subsunção parte obrigatoriamente de um caso concreto, e a ponderação não raras vezes siga a mesma trilha, também os parâmetros objetivamente considerados também podem ser produzidos de acordo com uma necessidade não pensada antecipadamente. É lógico que, neste caso, por já haver questão judicializada e urgindo ser decidida, ficará a atividade criadora mais restrita aos magistrados. De toda forma, a análise posterior destes parâmetros é muito mais fácil e profícua que um rejuízo de causa, *p. ex.*, o que representa outra vantagem do modelo proposto.

Desnecessário dizer, por fim, que os parâmetros criados pelo magistrado para questão já judicializada podem funcionar como moldagem prévia à repetição do problema ou do aflorar de questão semelhante futura.

Pensa-se, desta forma, que a criação de cadeias de questionamentos, *previamente* - como regra - ou *concomitantes* - como exceção - ao problema deve respeitar um fator fundamental: a pluralidade de agentes e o respeito às minorias. Não há outra forma de fomentar o debate social que não ouvindo o maior número de partes possível.

Não é preciso haver “pressa” para se estabelecer critérios, mas sim “celeridade”, o que é totalmente diferente. A “pressa” invariavelmente resulta num trabalho mal-feito e displicente, enquanto a “celeridade” representa a realização de discussões dinâmicas com resultados efetivos e substanciais.

Ademais, não merece êxito eventual alegação de que o fenômeno que aqui se propõe pode esbarrar na dificuldade de reunir os inúmeros representantes da sociedade, afinal, não custa lembrar, o desenvolvimento das telecomunicações facilita as coisas por meio de redes sociais e teleconferências caso não seja possível a reunião física de agentes. Qualquer vídeo postado num site de compartilhamento, *p. ex.*, se bem difundido, facilmente ultrapassa a

marca de cinco milhões de acessos. Porque não usar a tecnologia a favor do tema políticas públicas?

Outrossim, sugere-se que sejam os critérios simplificados, com poucas etapas, daí se chamá-los “os mais objetivos possíveis”. A construção de cadeias de questionamentos intermináveis pode particularizá-las por demais, tornando-as descartáveis após sua utilização num caso concreto. E não é isso que se almeja aqui; do contrário, objetiva-se fomentar a uniformização de julgamentos sobre temas símiles com a utilização de um mesmo modelo.

Por fim, aqui neste trabalho apenas se definiu alguns parâmetros para dar suporte à atividade dialógica entre os Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial. Afóra este cenário, infinitos outros podem ser produzidos, e mesmo os critérios já produzidos para um cenário não são imodificáveis. A discussão é constante e atualizável com o acrescentamento de argumentos pró e contra cada tese envolvida, pois.

O que se quer dizer é que as cadeias de questionamentos são adaptáveis, de acordo com as exigências da necessidade que se afigura. Dentro da observância de uma matriz lógica às discussões anteriormente efetuadas pelos diversos setores da sociedade (isto é, respeitando a “espinha dorsal” do tema, sobre o qual se chegou a uma conclusão), do resto é perfeitamente possível, após a consulta ao “banco de dados” de parâmetros, escolher aquele(s) que mais se adapta(m) à casuística. Assim, se pode cindi-los, fundi-los, resumi-los, estendê-los, incorporá-los, simplificá-los etc., sem qualquer temor ao equívoco. O mesmo vale para aqueles critérios criados pelo julgador, quando diante da causa sobre a qual se debruça não houve prévia discussão.

CONCLUSÕES

Por todo o neste trabalho explanado, as conclusões que se extraem - sem pretensões exaurientes ao tema, obviamente - são as seguintes:

1) É “palavra de ordem” no ordenamento ocidental neoconstitucional a ideia de compreensão normativa dos Textos Fundamentais, tendente a abolir uma mera concepção política de Constituição em prol da vinculação jurídica de seus prescritos. Neste diapasão, há se observar a singular importância da tríade germânica formada por Konrad Hesse, com sua “vontade de Constituição” (“*wille zur Verfassung*”), Peter Häberle, com sua “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (“*Die offene gesellschaft der Verfassunginterpreten*”), e Jürgen Habermas, com sua “substituição do direito racional pelo Estado jurídico”.

2) Dentro do neoconstitucionalismo, emerge uma nova fase do positivismo (o que não permite chamá-lo, contudo, de “pós-positivismo”, pois o positivismo em si ainda não foi superado, apenas readequado aos novos tempos), na qual se pode observar, dentre outras coisas, a agregação de normatividade aos princípios; a atribuição de valor ao normativismo incapaz de acompanhar o sem-número de possibilidades fáticas ante um mesmo caso; o fomento à vinculação vertical e também horizontal dos direitos fundamentais; a possibilidade de manter atuais as legislações frente ao processo evolutivo rápido e constante da sociedade contemporânea por meio de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados passíveis de concretização singularizada pelo julgador; a retirada da subsunção a “última palavra” da aplicação do direito conferindo à ponderação e às teorias da argumentação eficácia decisória; e a promoção da judicialização da política.

3) Ainda quanto à compreensão normativa da Constituição, a importância transcendental da dignidade humana como “princípio fundamental” (ou como sobreprincípio) reside na forma como ela se acopla às outras regras, princípios e valores integrantes de todo o ordenamento jurídico, e na maneira como se deve acoplar os argumentos regrativos, principiológicos e valorativos para derrubá-la num caso concreto. Logo, a força da dignidade não está na sua positivação (afinal, a força de todas as normas é a mesma, isto é, sem qualquer hierarquia), mas no modo como se a usa para interpretar o direito. Daí sua importância ímpar: funcionar como denominador comum de toda espécie normativa.

4) Com a inserção dos princípios no campo da normatividade, tornando os axiomas, juntamente com as regras, espécies do gênero norma, mostrou-se necessário distinguir a

esfera de abrangência de um e outro, bem como seu âmbito de validade interno. Mais especificamente no que atine a este *âmbito de validade interno*, de grande importância foram as contribuições de Konrad Hesse e Friedrich Müller quando se propuseram a desenvolver postulados instrumentais decorrentes do método hermenêutico-concretizante, de cunhos interpretativos de Textos Constitucionais e norteadores hermenêuticos primários na busca pela concretização dos preceitos magnos. Em outras palavras, desenvolveram Hesse e Müller meios de coexistência entre princípios e regras no cenário constitucional, através de seus postulados interpretativos *aplicáveis também às regras*. Neste trabalho, se deu especial atenção a alguns postulados desenvolvidos pelos autores alemães, como o da *unidade*, do *efeito integrador*, da *concordância prática*, da *força normativa*, da *máxima efetividade*, da *justeza*, bem como a um postulado de ampla importância - muito mais antigo que os instrumentais que se acabou de mencionar -, qual seja, o da *proporcionalidade*.

5) A Reserva do Possível (“*Der Vorbehalt des Möglichen*”), assunto intrinsecamente relacionada ao “custo dos direitos”, foi apresentada ao mundo pela primeira vez aos 18 de julho de 1972, via controle concreto de constitucionalidade, no BVerfGE 33, 303 (“*Numerus Clausus*”), oriundo do Tribunal Constitucional Federal alemão, em resolução a dois problemas apresentados pelos Tribunais Administrativos de *Hamburg* e da *Baviera*, cujos objetos eram a admissão para medicina humana nas universidades de *Hamburg* e da *Baviera*, nos anos 1969 e 1970. Consiste tal princípio em matéria a ser não só alegada, mas também devidamente argumentada pelo Estado, não importando qualquer inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova para o pleiteante de direito. Ademais, o argumento da “reserva” tem caráter excepcional, respeitando o aspecto tridimensional formado pelas disponibilidades fática e jurídica, e pela proporcionalidade, mais especificamente, no caso desta última, quanto ao subpostulado da adequação.

6) Ainda que sua origem seja na Alemanha, um exemplo de neoliberalismo bem-sucedido, o Princípio da Reserva do Possível é instrumento necessário à manutenção das finanças dos países em que a transição do Estado Social para o Estado Democrático se opera de maneira paulatina, como é o caso do Brasil. Não se deve refutar a atividade judiciária de determinar a implementação de políticas públicas substituindo-se às funções administrativa e legislativa, vista haja ser o fenômeno da judicialização da política um processo natural da força normativa da Constituição. Mas, de toda forma, não se pode permitir que o ativismo judicial ocorra à margem de um controle de qualidade. Uma das formas de controlar o ativismo judicial é a “reserva”, sobretudo em considerando o início do processo de

desenvolvimento de critérios, como fez o Supremo Tribunal Federal na questão do fornecimento de medicamentos.

7) Tal qual o Princípio da Reserva do Possível, o Princípio do Mínimo Existencial também tem raízes fincadas na Alemanha, no início da década de 1950, através de construção do Tribunal Federal Administrativo daquele país (“*Bundesverwaltungsgericht*”), encontrando seu ápice na década de 1990, já na Corte Constitucional, por intermédio do jurista Paul Kirchhoof, tendo sido apresentado ao Brasil por Ricardo Lobo Torres, no final da década de 1980, pouco tempo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, portanto. Com efeito, trata-se o instituto de subgrupo qualificado de direitos sociais, sem previsão legal específica no ordenamento pátrio (bem como no alemão, onde teve origem), mas fruto de construção hermenêutica, no intuito de salvaguardar direitos fundamentais sociais sem os quais mostra-se impossível a existência digna do homem. Ademais, cuida-se de matéria de mérito, a ser alegada pelo particular em face do Estado quando da propositura de demanda de cunho assecuratório, e que não comporta utilização, ainda que excepcionalmente, pelo Estado, como matéria de defesa, dado o dever de comprometimento deste, além do “mínimo” (faixa de subsistência), com aquilo que lhe excede, graças ao graças à máxima efetividade da Constituição Federal. Sendo assim, tem-se que o Mínimo Existencial não anula a existência de direitos sociais que não integram-no, mas apenas cria observância obrigatória do orçamento estatal e dos agentes implementadores de direitos. Por fim, pode o “mínimo” ser, excepcionalmente, reconhecido de ofício pelo juiz, via ativismo judicial, desde que clarividente a necessidade e que tal atividade se dê com critérios os mais objetivos possíveis para seu reconhecimento.

8) Não é pacífico o conteúdo do Mínimo Existencial. Como conteúdo “macro”, define-se o instituto como subgrupo qualificado de direitos sociais. Como conteúdo “micro”, se lhe insere - conforme análise do art. 6º, da Constituição Federal - o direito à educação básica e em creche e pré-escola (excluiu-se, pois, o direito ao ensino superior); o direito às saúdes preventiva, restauradora e pós-restabelecimento (excluiu-se, pois, o direito à saúde experimental e demais questões atinentes à saúde); o direito à alimentação, principalmente em seu enfoque existencial (excluiu-se, pois, aquilo que abunda ou é supérfluo); o direito de trabalhar com dignidade e o direito de perceber rendimentos jamais vis pelo trabalho (excluiu-se, pois, o direito de ter um trabalho), com especial atenção para o salário mínimo; o direito de não perder um lar e o direito de que este lar seja servido por prestações estatais de absoluta necessidade (excluiu-se, pois, o direito de ser proprietário/possuidor de um lar); o direito à

previdência social; e a assistência aos desamparados, com especial atenção para o salário dignitário prestado ao idoso/portador de deficiência que comprove não ter condições - próprias ou por terceiros - de subsistência.

9) Convém o entendimento segundo o qual não é possível, por absoluta falta de segurança jurídica, uma quantificação do Mínimo Existencial. Isso impediria por completo a maximização do instituto.

10) Humberto Ávila defende que, *quantitativamente*, é maior o número de regras que de princípios no Texto Constitucional brasileiro. Com isso, fica traçado o paradoxo: a ponderação “está na moda” - em detrimento da subsunção, que continua a vigor para as regras - mas não serve para o conteúdo regravativo quantitativamente predominante da Constituição Brasileira. Assim, longe pensar que possa o entendimento adotado para os princípios servir também para as regras, bem como refutando a ideia de “hierarquização” como alternativa à ponderação, optou-se pelo estabelecimento de *critérios* - os mais objetivos possíveis - para estabelecer a atividade dialógica entre os Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial *que muito de regras tutelam quando invocados*. Desta maneira, tal qual o Supremo Tribunal Federal fez na questão sobre a legitimidade do Poder Judiciário na determinação do fornecimento de medicamentos, também outras situações comportam critérios, ainda que embrionários (e, por conseguinte, passíveis de aperfeiçoamento).

11) Da mesma forma que o Mínimo Existencial não exclui a existência de outros direitos sociais exigíveis do Estado, também a Reserva do Possível não se limita a fazer frente ao “mínimo” apenas, somente se exigindo que, contra tal instituto, se a qualifique. Sendo assim, há se concluir que o Princípio da Reserva do Possível é *perfeitamente oponível a outras espécies de direitos fundamentais*, sejam eles individuais, coletivos, sociais não-componentes do “mínimo”, da nacionalidade ou políticos.

12) Adota-se posicionamento restritivo à incondicionada intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas sob o manto do ativismo judicial. Primeiro, porque não compete apenas ao Judiciário a interpretação da Constituição, e aqui há se dar razão a Peter Häberle e sua “sociedade aberta”. Segundo, porque a compreensão normativa da Constituição deve encontrar limitação na realidade fática, isto é, nas condicionantes metajurídicas que moldam o ordenamento, e aqui há se dar razão a Konrad Hesse quando acena por limitações à força normativa. Terceiro, porque apesar da já combalida repartição constitucional de funções e da crise institucional que assola Executivo e Legislativo, controles devem ser exercidos entre os “poderes”, de forma que, do contrário, municiar o Judiciário com cláusula imperativa

de determinação de políticas públicas é torná-lo superior às demais funções. Quarto, porque não pode o ativismo funcionar como escapatória ao julgador todas às vezes que os comandos legais não lhe conferirem o argumento de que precisa para sentenciar. Assim, onde houver a “reserva”, deve o Judiciário observá-la, sim.

13) Os critérios que aqui se desenvolveu - tanto nas situações em que houver conteúdo “mínimo” como nas que não houver -, pautados pelo *método dedutivo* e por um *critério excludente, afunilador*, são - espera-se - o primeiro passo de muitos outros ainda necessários no estudo dos Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial dialogicamente considerados. Em momento algum tenciona-se anular/negar/desvirtuar/sabotar a ponderação, tão bem-vinda para um ordenamento eclético como o constitucional democrático; do contrário, apenas procura-se utilizá-la não como único fator presente no processo decisório sobre políticas públicas, *mas como mais um desses fatores, como mais uma técnica*. É dizer: pode ser que, em alguns casos, mesmo estando diante de direitos fundamentais, desnecessário se faça a utilização da ponderação; em outros, ela pode ser utilizada em apenas uma ou algumas das etapas dos parâmetros objetivamente criados; em outros ela pode ser a única medida utilizada, conforme o entendimento predominante atual.

14) Toda cadeia de questionamentos deve ser adaptável, de acordo com as exigências da necessidade que se afigura. Dentro da observância de uma matriz lógica às discussões anteriormente efetuadas pelos diversos setores da sociedade (isto é, respeitando a “espinha dorsal” do tema, sobre o qual se chegou a uma conclusão), do resto é perfeitamente possível, após a consulta ao “banco de dados” de parâmetros, escolher aquele(s) que mais se adapta(m) à casuística. Assim, se pode cindi-los, fundi-los, resumi-los, estendê-los, incorporá-los, simplificá-los etc., sem qualquer temor ao equívoco. O mesmo vale para aqueles critérios criados pelo julgador, quando diante da causa sobre a qual se debruça não houve prévia discussão.

É óbvio que não se almeja com as conclusões que acima se adota, repete-se, o esgotamento do tema. A proposta por uma atividade dialógica entre os Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial é polêmica (mesmo porque a divergência já começa quanto à natureza jurídica dos institutos). O entendimento adotado acerca do conteúdo do Mínimo Existencial também é polêmico (mesmo porque se trouxe uma série de autores com suas proposições contedísticas particularizadas). E, não menos polêmica é a defesa de alternativas à ponderação, fundadas em *critérios os mais objetivos possíveis*.

Mas a beleza da hermenêutica constitucional está nisso: na *polêmica*. Não uma polêmica que engessa o sistema, inviabilizando-o e burocratizando-o, mas uma construtiva, que procura dar dinamicidade ao ordenamento constitucionalizado. Tal qual treinadores esportivos, que têm de jogar com a equipe que a diretoria lhes oferece, superando limitações no elenco, desavenças internas, atrasos salariais, falta de estrutura para treinamentos etc., também assim o é a hermenêutica: se o sistema é falho, se lhe busca alternativas teleologicamente vantajosas.

Desta maneira, pensar os Princípios da Reserva da Possível e do Mínimo Existencial deve ser um pensar conjunto, dialógico. Nada é absoluto num Estado Democrático de Direito. Se mesmo a dignidade humana, denominador comum da força normativa da Constituição, é relativizável, destino diferente não se deve dar ao Mínimo Existencial. Representa a Reserva do Possível, neste diapasão, o elemento relativizador do “mínimo”, desde que qualificado.

Não se tenciona fazer uma apologia à “reserva”. Se defendeu a todo momento sua condição excepcional, e, ainda assim, desde que sejam os elementos preponderante e preponderado de igual ou aproximada valia. Mas é fato que o instituto deve existir no Brasil, admitindo-se, subsidiariamente, o condicionamento de sua refutação a um evento futuro quando o país tiver condições de atender a tudo aquilo que o constituinte em excesso prometeu em 1988.

Uma forma de promover a coexistência entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial, pois, é condicionando-os a *critérios*, válidos tanto para a atividade dialógica entre os dois institutos como para situações que envolvam outros tipos de direitos. Para se definir parâmetros, contudo, somente os intérpretes da Constituição de Häberle podem fazê-lo.

A defesa é - e sempre será - por uma “consciência constitucional” arraigada. É imprescindível que o povo, que se submete às políticas de um país, tenha noção da Lei Fundamental que o norteia. Mais do que isso, imprescindível é que a população participe deste movimento, e a forma aqui defendida é, justamente, pela criação de critérios os mais objetivos possíveis. Só assim a democracia participativa encontrará seu verdadeiro ápice.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- _____. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- _____. Da estrutura dos direitos fundamentais à proteção *In*: **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, n. 17. Salvador: UFBA, 2008.2. p. 339-357 (originalmente publicado sob o título “*Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz*” *In*: “**Die Prinzipientheorie der Grundrechte: studien zur grundrechtstheorie**”. Baden-Baden: Nomos, 2007, p. 105-122).
- _____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALMEIDA, Dulce Calmon de Bittencourt Pinto de; ANJOS, Luiz Cláudio Correia dos. Direitos fundamentais e as Constituições do Mercosul *In*: **Revista Forense**, vol. 397. Rio de Janeiro: Forense, mai-jun/2008. p. 57-83.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes *In*: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 99-120.
- _____; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 87-109.
- AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Häberle e a hermenêutica constitucional: alcance doutrinário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- _____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência” *In*: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, jan-fev-mar/2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 15 de agosto de 2011.
- BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- BADENI, Gregorio (org.). **Nuevas perspectivas en el derecho constitucional**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy *In*: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. Campinas/SP: Millennium Editora, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional *In*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição**. Salvador: JusPODIUM, 2009. p. 141-181.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) *In*: **Revista Trimestral de Direito Público**, vol. 29/2000. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 31-57.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto**. Belo Horizonte: Del Rey.

BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas *In*: **Revista de Processo**, n. 190. São Paulo: RT, dez/2010. p. 37-70.

BERMAN, José Guilherme. Ativismo judicial, judicialização da política e democracia *In*: **Revista da Ajuris**, v. 36, n. 116. Porto Alegre: AJURIS, dez/2009. p. 209-226.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso da. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 217-264.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BRITO, Sérgio Roberto Urbaneja de. **A afirmação dos direitos fundamentais: apontamentos sob uma perspectiva crítica**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário "Eurípides" de Marília/SP - Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha". Marília/SP: [s.l.], 2004.

BUARQUE, Cristovam. Disponível em:
<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=80792&tp=1>. Acesso em 29 de novembro de 2011.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic choices**. New York: Norton, 1978.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: RT, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009.

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

_____. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARBONELL, Miguel (org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

_____. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CERRI, Giovanni Guido. Justiça e saúde pública *In: Folha de São Paulo*, terça-feira, 5 de julho de 2011, tendências/debates, p. A3.

CIANCIARDO, Juan (coord.). **La interpretacion en la era del neoconstitucionalismo**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.

COELHO, Luiz Fernando. **Fumaça do bom direito: ensaios de filosofia e teoria do direito**. Curitiba: Bonijuris/JM Livraria, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

CUNHA, José Ricardo Ferreira; SCARPI, Vinicius. Os direitos econômicos, sociais e culturais: a questão da sua exigibilidade *In: Revista Direito Estado e Sociedade*, n. 13. Rio de Janeiro: PUC/RJ - Departamento de Direito, jul-dez/2007. p. 69-95.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM DE 1948. Disponível em: http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf. Acesso em 19 de novembro de 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

DOEHRING, Karl. **Teoria do estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESTRADA, Alexei Julio. Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales *In: CARBONELL, Miguel (org.). Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 121-157.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS, Riva Sobrado de. Estado e políticas públicas: o dissenso na formulação das políticas públicas sociais no século XXI *In: Revista Paradigma - Ciências Jurídicas*, vol. 1, n. 1. Ribeirão Preto: EDUNAERP, 2009. p. 105-117.

GARCIA, Maria. A cidade e o direito à habitação. Normas programáticas na Constituição Federal *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 61. São Paulo: RT, out-dez/2007. p. 183-195.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. Curitiba: Juruá, 2006.

GRASSO, Pietro Giuseppe. **El problema del constitucionalismo después del Estado Moderno**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário *In: Revista de Processo*, n. 164. São Paulo: RT, out/2008. p. 09-28.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal *In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional***. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Direito e moral**. Porto Alegre: Instituto Piaget, 1992.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HÄBERLE, Peter. **Os problemas da verdade no Estado Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. **El Estado constitucional**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

_____. **Constitución como cultura: artículos seleccionados para Colômbia**. Bogotá: Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002.

_____. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1997.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KONZEN, Lucas Pizzolatto. A eficácia jurídica do direito fundamental à moradia: uma análise da atuação dos tribunais brasileiros *In: **Revista da Ajuris**, v. 37, n. 119*. Porto Alegre: AJURIS, set/2010. p. 95-120.

- 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.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 1997.
- LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LAZARI, Rafael José Nadim de. Da possibilidade de implementação de normas sociais programáticas pelo Poder Judiciário: análise programática *In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD*, v. 1, n. 20. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj>. Acesso em 5 de dezembro de 2011. s/n.
- _____; BERNARDI, Renato. Tem fundamento a crítica à incorporação da reserva do possível no sistema jurídico brasileiro? *In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira (org.). Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos: a Constituição de 1988 e suas previsões sociais*. Birigui/SP: Boreal, 2011.
- LEAL, Ana Luiza Domingues de Souza. O direito fundamental ao mínimo existencial como conceito normativamente dependente *In: Revista da Ajuris*, v. 37, n. 117. Porto Alegre: AJURIS, março/2010. p. 13-44.
- LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Curitiba: Juruá, 2009.
- LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 265-283.
- LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente *In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de; BARRETO, Vicente de Paulo [et. al.] (org.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 53-70.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- MACHADO, Edinilson Donisete. Casos difíceis e a discricionariedade judicial: judicialização das políticas públicas? *In: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete (coord.). Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988, 20 anos depois*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico; Elsevier, 2009. p. 21-44.
- MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (coletânea original: Jürgen Schwabe)**. Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MOLINARO, Carlos Alberto. A jurisdição na proteção da saúde: breves notas sobre a instrumentalidade processual *In: Revista da Ajuris*, v. 36, n. 115. Porto Alegre: AJURIS, set/2009. p. 49-72.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORENO, Fernando Sainz. Evaluación de las políticas públicas y da evaluación legislativa *In: Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 45/2004. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 05-19.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

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

PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Patrícia Luciane de. Políticas para a implementação do direito ao acesso a medicamentos no Brasil *In: Revista Forense*, vol. 398. Rio de Janeiro: Forense, jul-ago/2008. p. 63-90.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo *In: Revista Direito Estado e Sociedade*, n. 17. Rio de Janeiro: PUC/RJ - Departamento de Direito, ago-dez/2000. p. 121-143.

POLLACK, Malla. O alto custo de não se ter direitos positivos, uma perspectiva dos Estados Unidos *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 363-389.

POZZOLI, Lafayette. Direito como função promocional da pessoa humana: inclusão da pessoa com deficiência: fraternidade *In: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete (coord.). Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988, 20 anos depois*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico; Elsevier, 2009. p. 137-153.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. **Direitos fundamentais (teoria geral)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Mário Henrique de Oliveira. Direitos sociais prestacionais, direito à saúde, reserva do possível, políticas públicas *In*: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUÉ, Henry (org.).

Ensaio sobre os direitos fundamentais e inclusão social. Birigui/SP: Boreal, 2010. p. 329-347.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

SABEDRA, Lisianne. Direitos sociais, aplicação judicial e ponderação *In*: **Revista da Ajuris**, v. 35, n. 112. Porto Alegre: AJURIS, dez/2008. p. 161-175.

SAKATE, Marcelo. Risco e soberba *In*: **Revista Veja**. Edição 2.228. São Paulo: Editora Abril, ago/2011. p. 96-97.

SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial *In*: **Revista de Processo**, n. 181. São Paulo: RT, março/2010. p. 38-58.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações *In*: **Revista de Processo**, n. 175. São Paulo: RT, set/2009. p. 09-33.

_____. Supremo tribunal federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador *In*: **Revista da Ajuris**, v. 34, n. 107. Porto Alegre: AJURIS, set/2007. p. 123-144.

_____. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto em crise *In*: **Revista da Ajuris**, v. 31, n. 95. Porto Alegre: AJURIS, set/2004. p. 103-135.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

_____; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Constitucionalismo e democracia: breves notas sobre a garantia do mínimo existencial e os limites materiais de atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha *In*: **Revista da Ajuris**, v. 37, n. 119. Porto Alegre, set/2010. p. 73-94.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos *In*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4. ed. Salvador: JusPODIUM, 2010. p. 389-427.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades *In*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: teoria da Constituição**. Salvador: JusPODIUM, 2009. p. 31-68.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia jurídica**. São Paulo: Rideel, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 149-172.

SCHLUCKING, Marialva Calabrich. **A proteção constitucional do mínimo imune**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Salamanca: Alianza Editorial, 1996.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos: volume 1. reserva do possível**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: RT, 1982.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. A interpretação constitucional: uma abordagem filosófica *In*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: teoria da Constituição**. Salvador: JusPODIUM, 2009. p. 121-140.

SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz *In*: **Revista de Processo, n. 183**. São Paulo: RT, mai/2010.

SOUZA, Gelson Amaro de. O salário como direito fundamental: revisitação *In*: CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andrea Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito (org.). **Direitos fundamentais revisitados**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 527-552.

SOUZA, Jorge Munhós de. Teoria do diálogo: o controle judicial fraco como forma dialógica de implementar direitos sociais e econômicos *In*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPODIUM, 2010. p. 11-57.

STEINMETZ, Wilson. Seguridade social e garantia dos direitos sociais *In: Revista da Ajuris*, v. 35, n. 112. Porto Alegre: AJURIS, dez/2008. p. 355-361.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição, autonomia do direito e o direito fundamental a obter respostas adequadas (corretas) *In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: JusPODIUM, 2010. p. 217-246.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. A hermenêutica jurídica nos vinte anos da Constituição do Brasil *In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 59-83.

TAVARES, André Ramos. Abertura epistêmica do direito constitucional *In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição*. Salvador: JusPODIUM, 2009. p. 13-29.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro - análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *In: Revista de Processo*, n. 189. São Paulo: RT, set/2010. p. 09-52.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2009.

_____. A cidadania multidimensional na era dos direitos *In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 243-342.

_____. O mínimo existencial e os direitos fundamentais *In: Revista de direito administrativo*, nº 177. 1989. p. 29-49.

UNIVERSIDADE DE LEICESTER. Disponível em:
<http://www2.le.ac.uk/ebulletin/news/press-releases/2000-2009/2006/07/nparticle.2006-07-28.2448323827>. Acesso em 29 de novembro de 2011.

VALADÉS, Diego. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VADE MECUM RT. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.

VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos, econômicos, sociais e culturais *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 61. São Paulo: RT, out-dez/2007. p. 25-48.

VEIGA, José Eli da. Metas antipobreza *In: Folha de São Paulo*, quarta-feira, 8 de junho de 2011, tendências/debates, p. A3.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Gramática dos direitos fundamentais *In: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete (coord.). Gramática dos*

direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988, 20 anos depois. Rio de Janeiro: Campus Jurídico; Elsevier, 2009. p. 03-20.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A atuação da jurisprudência pátria na materialização de um mínimo existencial *In: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito, n. 15.* Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2007.2. p. 69-99.

WATANABE, Kazuo. Mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis *In: Revista de Processo, n. 193.* São Paulo: RT, mar/2011. p. 13-24.

WICKERT, Magali. A influência do direito social para a efetivação do direito à seguridade social *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 61.* São Paulo: RT, out-dez/2007. p. 151-157.