

O DIREITO FUNDAMENTAL AO MÍNIMO EXISTENCIAL E SUAS REPERCUSSÕES AO TRABALHADOR: NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS?

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE MINIMUM EXISTENTIAL AND THEIR REPERCUSSIONS TO THE WORKER: NEED OF ADOPTION OF PUBLIC POLITICS?

Eduardo Biacchi Gome

Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil – Curitiba – Paraná – Brasil

André Leonardo Jaboniski

Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil – Curitiba – Paraná – Brasil

Resumo: O presente estudo tem o objetivo de realizar uma análise acerca dos principais aspectos que envolvem os direitos fundamentais e, principalmente, a vinculação do Estado e da Administração Pública na aplicação e promoção de políticas públicas hábeis a realizar os direitos fundamentais na maior medida do possível, observando, para tanto, os princípios e diretrizes que norteiam a atuação estatal, bem como a observância à reserva do possível, como limite fático à garantia do mínimo existencial do trabalhador.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais; Direito Público; Mínimo Existencial; Reserva do Possível;

Abstract: This study aims to conduct an analysis of the main aspects involving fundamental rights and especially the linking of the State and Public Administration in the application and promotion of skilled public policies to realize the fundamental rights to the greatest extent possible, noting, therefore, the principles and guidelines that guide state action, as well as compliance to the reserve as possible as factual limit to guarantee an existential minimum of the individual.

Keywords: Existential minimum; Fundamental Rights; Public Law; Reserve possible;

1. Introdução

O princípio da igualdade formal não é capaz de suprir as dificuldades encontradas para reduzir as desigualdades tão profundas existentes na

sociedade brasileira, tendo em vista as diferenças socioeconômicas existentes entre os trabalhadores.

Assim, cabe ao Estado atuar, para além daqueles direitos chamados como negativos (direitos de defesa contra intervenções indevidas do Estado), mas também através de uma atuação positiva e que decorrem em uma, intervenção do Estado para garantir a dignidade do homem e a realização dos direitos fundamentais, qualificando-o como Estado Social Prestacional.

Através do Estado Social Prestacional são garantidas as condições e patamares mínimos para o desenvolvimento do indivíduo, não apenas na sua esfera mínima vital – direitos de sobrevivência –, mas também na sua esfera subjetiva e sociocultural, chamado de mínimo existencial.

Contudo, não é difícil imaginarmos que para o Estado prestar a assistência necessária à garantia e manutenção do mínimo existencial, necessária a alocação de recursos financeiros, o que, de pronto, no remete à noção da reserva do possível.

Como limite fático dos gastos públicos (se é que podem ser assim chamados os investimentos em áreas sociais) desenvolveu-se o instituto da reserva do possível, que vai limitar e delimitar a capacidade do Administrador Público nas decisões acerca da alocação de recursos nas mais diversas áreas de atuação, inclusive na social.

E é sobre este embate que trata o presente trabalho, a qualificação e a quantificação (se isso for possível) do que é mínimo existencial e até que ponto a reserva do possível pode limitar a atividade do legislador, administrador e julgador, no que tange à capacidade de aplicar recursos públicos. Assim, o presente artigo tem por objetivo, problematizar e trazer para a discussão a questão da proteção promoção dos direitos sociais, dentro dos limites da reserva do possível, de forma a questionar o papel do Estado no sentido da necessidade da adoção de políticas públicas para a promoção dos direitos fundamentais e sociais.

2. A evolução dos direitos fundamentais à um modelo neoconstitucionalista baseado em regras e princípios: a promoção dos direitos sociais

Com o término da Segunda Guerra Mundial e a superação do assombroso pensamento totalitário que relevou a expressão “direitos humanos”, aos próprios interessados – vítimas, opressores e espectadores – à um conceito de idealismo fútil ou de tonta e leviana hipocrisia (ARENDDT, 2012, p. 372), o mundo compreendeu a necessidade de uma mudança paradigmática com relação à sua compreensão de humanidade.

Para tanto, peso e relevância foram emprestados aos direitos humanos, ampliando exponencialmente a tutela destes direitos, reduzindo a discriminação gritante existente no final do século XX e, quebrando o paradigma do direito natural, viabilizando a identificação entre validade e justiça, mediante a mitigação do juspositivismo e a recuperação da dimensão valorativa do Direito para restabelecer, de alguma maneira, aquela ligação estreita que, nas origens da modernidade, preconizava o jusnaturalismo racionalista, inserindo o direito no horizonte da justiça, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana (CAMPUZANO; NASCIMENTO, 2012, p. 144).

Em alguns países, como, na Itália (1947) e na Alemanha (1949) e, depois, em Portugal (1976) e na Espanha (1978), as constituições marcaram a ruptura com o autoritarismo, estabelecendo um compromisso com a paz, sobretudo, no que se refere ao desenvolvimento e respeito aos direitos humanos (CARNEIRO; LEMOS, 2012, p. 118).

No Brasil, esta corrente doutrinária (aqui, também, denominada de neoconstitucionalismo (JABONISKI, 2014)) apresentou suas primeiras manifestações na década de 1980, e seu marco principal, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, dando-se primazia ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deve ser protegido e promovido pelos Poderes Públicos e pela sociedade, passou a ser elemento essencial desse movimento, bem como o enaltecimento da força normativa da constituição (JABONISKI, 2014; SCHIER, 1999)¹.

¹ Neste sentido, Paulo Ricardo Schier (2005, p. 2) desenvolve a ideia de filtragem constitucional, que toma como ponto fundamental da defesa da força normativa da Constituição, uma dogmática constitucional baseada nos princípios, bem como a retomada da legitimidade e vinculatividade dos mesmos, o desenvolvimento de novos mecanismos de

Neste momento é que o Poder Constituinte reconheceu um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais) sociais, que acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 02).

Por se encontrar a Constituição no vértice da pirâmide normativa, esta limita e regula parcialmente o conteúdo das normas hierarquicamente inferiores, da mesma forma ocorrendo com os demais poderes políticos, que ao concretizar as normas constitucionais (seja por meio da atividade legislativa, judicial ou administrativa), todos os seus atos deverão ser compatíveis, material e formalmente, com a Constituição (BARATIERI, 2014, p. 21).

Para a doutrina contemporânea e, em especial para Clèmerson Merlin Clève (2014, p. 358), a Constituição considerada como ordenamento primeiro do Estado Constitucional, deve ser compreendida em função dos princípios constitucionais, nominando o nosso direito como um Direito Constitucional principiológico, que tem como objeto central a submissão de todo o complexo jurídico ao regime constitucional dos direitos fundamentais.

Impôs-se assim, uma profunda revisão da teoria das fontes do direito, sem dúvida, menos estatal e legalista, e mais atenta ao surgimento de novas fontes sociais (SANCHIS, 2003, p. 131-136). No mesmo diapasão, Enrique Dussel desenvolve a teoria da libertação, baseada no princípio da eticidade como princípio material universal (LUDWIG, 2011)².

Diante destas novas formas de compreender a sociedade e os indivíduos, não apenas pelo Estado, mas pelos próprios sujeitos que se compreendem e se reconhecem como tais, agrega-se o neoconstitucionalismo e traz uma outra concepção do Direito Constitucional justificada e, mais do que isso, fundamentada no contexto da sociedade contemporânea, pós-industrial,

concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo.

² David Sanches Rubio (2000, p. 582) aponta que o reconhecimento do ser humano e não só de sua vida – sobrevivência –, está implícita tanto a exaltação de sua dignidade como a expressão da igualdade entre quem é considerado sujeito de direito, que não apenas se limita a viver, mas também a dialogar e defender seus ideais. Através do reconhecimento mútuo entre os sujeitos, se estabelecem as condições de possibilidade de que atuem e de que argumentem como tais.

em processo contínuo de transformação e de combate à *irracionalidade do racionalizado* (HINKELAMMERT; MORA, 2005).

As distintas concepções a propósito do que significa a vida digna, por exemplo, levam ao Legislador, ao Administrador ou ao Juiz questões difíceis que não são adequadamente resolvidas com a caixa de ferramentas antes manejada (CLÈVE, 2014, p. 359).

Ocorre que, invariavelmente, os direitos fundamentais invocados pelos seus titulares, entram em rota de colisão com outros bens protegidos constitucionalmente, fenômeno que emerge quando do exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular, sendo irrelevante a coincidência entre os direitos envolvidos (CLÈVE, 2014, p. 27-28).

Uma das principais características do neoconstitucionalismo é o protagonismo dos princípios na interpretação e aplicação do direito, importante se torna a diferenciação conceitual entre as regras e os princípios.

A diferença entre regras e princípios constitui a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais, sendo a responsável pela delimitação da racionalidade e sua instrumentalidade no âmbito de aplicação e judicialização dos direitos fundamentais, principal problematização colocada em desprestígio do neoconstitucionalismo.

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente (ALEXY, 2012, p. 87).

Regras e princípios são, portanto, duas espécies de normas, ambos comandos normativos vinculantes, imperativos decorrentes da vontade do poder constituinte. Possuem a mesma dignidade formal: são, em sentido lato, normas constitucionais e, por isso, dotadas da autoridade que lhes conferem a rigidez e a supremacia da Constituição (SCHIER, 1999, p. 123).

O principal critério para se distinguir regras e princípios é o da generalidade, neste caso, podemos classificar os princípios pela existência de

um grau de generalidade muito mais acentuado que no caso das regras, adotando-se, conforme nos ensinam Dworkin³ e Alexy⁴.

Caso haja conflito de regras jurídicas, existem duas formas de o eliminar: a primeira consiste em introduzir, em uma das regras, uma cláusula de exceção; a segunda maneira de resolvê-lo, quando não for possível a introdução de uma cláusula de exceção, é declarar uma das regras inválidas, eliminando-a do ordenamento jurídico. É a lógica do tudo ou nada. Em outras palavras, regras antinômicas não podem existir (BARATIERI, 2014, p.22).

No conflito entre princípios, dadas as circunstâncias fáticas e jurídicas, um princípio terá que ceder para o outro prevalecer, porém, o princípio desprezado não será declarado inválido, como ocorre no conflito entre regras. Isto porque o conflito não fica na dimensão da validade, mas na dimensão do peso e das circunstâncias do caso concreto (BARATIERI, 2014, p. 23).

A emergência do neoconstitucionalismo logrou propiciar o reconhecimento da dupla dimensão normativo-axiológico das Constituições contemporâneas, ensejando a consolidação de uma teoria jurídica material ou substancial assentada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 42).

O Estado de direito jamais poderá ser concebido apenas no sentido formal, pressupõe-se a sua total vinculação formal e material aos princípios, regras e valores inseridos no texto constitucional, pois estes constituem os fundamentos e as diretrizes do ordenamento jurídico (BARATIERI, 2014, p. 20).

³Dworkin (2002, p. 39) chama a atenção para a distinção baseada na natureza lógica dos princípios e das regras: “Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto a natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis a maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

⁴ Robert Alexy (2012, p. 87) a partir de sua Teoria dos Direitos Fundamentais, distingue princípio e regra da seguinte forma: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (...) Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não são satisfeitas. Se uma regra vale, então deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”.

Esta compreensão das regras e princípios em dimensões de validade e peso terá grande relevância no momento em que o julgador estiver diante da complexa tarefa de sopesar estes para dar a resposta mais próxima da justiça possível, sobretudo porque esta distinção fará parte integrante e inafastável da argumentação jurídica, condição *sine qua non* da racionalidade de ponderação neoconstitucionalista.

Para tanto, é certo que toda a justificação da distinção entre regras e princípios no contexto⁵ do neoconstitucionalismo passa pela necessidade de ressaltar a vinculatividade especial da Constituição e permitir uma adequada solução às hipóteses de colisões normativas (ALEXY, 2012, p. 55).

É a coexistência de princípios e regras que contribui decididamente para a Constituição interagir com os movimentos históricos de seu tempo⁶, possibilitando a sua atualização normativa, sem abandonar a segurança jurídica (BARATIERI, 2014, p. 24), da mesma forma, estabelecem os limites formais e materiais para a atividade legislativa.

Na Constituição são fixados princípios constitucionais impositivos, que procuram impor aos agentes públicos a realização de fins e a execução de tarefas precípuas, obrigando, por exemplo, o legislador a produzir leis para cumprir os fins constitucionais (BARATIERI, 2014, p. 25-26).

A partir deste contexto, em que a nossa Lei Fundamental se encontra desvinculada de um formalismo exacerbado, estando mais comprometida com a sua adequação à realidade material da sociedade, passaremos a empreender algumas reflexões acerca da vinculação do Estado (Social e Democrático) com os direitos fundamentais para posteriormente, entrarmos na temática das condições materiais de sua realização.

3. A vinculação do estado social e democrático com os direitos fundamentais: para além do neoconstitucionalismo

⁵ Por “contexto” devem ser entendidos não somente os outros enunciados que estão em conexão com esse enunciado, mas também seu uso, isto é, as circunstâncias e regras de sua utilização. (ALEXY, 2012, p. 55)

⁶ São os princípios constitucionais que conferem “textura aberta” à Constituição, para a permanente interação com os valores de seu tempo, visando a sua complementação e a seu desenvolvimento enquanto sistema jurídico-normativo. (BARATIERI, 2014, p. 23)

Os direitos fundamentais podem ser divididos em quatro dimensões⁷, e é a partir da sua segunda dimensão (a que guarda íntima relação com o presente objeto de estudo) que surge a ideia de Estado Social, que pode ser caracterizada pela sua vinculação às prestações de natureza assistencial, construindo uma melhor (re)distribuição dos bens materiais existentes.

Os direitos sociais⁸, assim como os direitos a prestações, têm como seu objetivo precípuo a realização e a garantia da extensão dos pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades a partir de cada indivíduo.

Justamente por possuir esta característica individualizante que os direitos sociais a prestações não podem ter o seu conteúdo definido de forma geral e abstrata, sendo necessário uma análise prévia baseada nas circunstâncias sociais, econômicas e culturais de cada caso concreto⁹.

Obviamente que a partir do momento em que partimos de um modelo de Estado que, conforme mencionado, possui políticas (re)distributivas de

⁷ Na lição de Noel Antônio Baratieri (2014, p. 30-31): “A primeira delas compreende os direitos e liberdades civil e política, cuja essência consiste em evitar a intervenção do Estado na esfera pessoal dos indivíduos. Por isso são chamados de direitos de natureza negativa.

A segunda abrange os direitos sociais, culturais e econômicos. Tais direitos encontram-se intimamente ligados à exigência de uma atuação positiva do Estado para a realização de prestações sociais em benefício dos indivíduos. Esse período compreende o aparecimento de Constituições que estabelecem em suas disposições normativas os direitos sociais: saúde, educação, moradia, etc. Além disso, são criadas instituições voltadas à realização daqueles direitos, como é o caso dos sindicatos, que foram os grandes responsáveis pela organização dos trabalhadores para a conquista de melhores condições de vida.

A terceira dimensão compreende manifestações que resultam da nova postura necessária para a resolução dos problemas globais. O individualismo, que é a marca dos direitos de primeira geração, cede espaço para o surgimento da fraternidade e da solidariedade. É o surgimento do direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente equilibrado e sadio. Trata-se, assim, de direitos de natureza transindividual, que, para serem concretizados, dependem de esforços e responsabilidades de instituições globais.

Já os direitos fundamentais de quarta dimensão compreendem o direito à informação, à democracia e ao pluralismo. Trata-se de direitos fundamentais que se encontram diretamente vinculados ao desenvolvimento da pessoa humana enquanto ser político e social na era da globalização”.

⁸ Para além dos direitos sociais existem outros direitos fundamentais prestacionais, cujo conceito, portanto, é mais abrangente, de tal sorte que os direitos sociais prestacionais (direitos a prestações em sentido estrito), constituem espécie do gênero direitos a prestações. (SARLET, 2015, p. 291)

⁹ “Ricardo Lobo Torres, Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Sarmiento e Robert Alexy, reconhecem a impossibilidade de se catalogar as necessidades mínimas a serem garantidas normativamente pelo Estado (porque variáveis no tempo e no espaço), compreendendo-as ou como grandezas não-mensuráveis, por envolverem mais os aspectos de qualidade que de quantidade, ou como elementos independentes de um processo de ponderação, calcado nas circunstâncias específicas de cada caso concreto”. (GOMES, 2008, p. 191)

prestações (materiais e/ou não), necessário se torna a atenção acerca do tema da disponibilidade material pelo Estado destas prestações¹⁰.

O custo das prestações fornecidas pelo ente estatal possui grande relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, haja vista que, por constituir-se autêntico direito fundamental, possui eficácia imediata, nos termos do artigo 5º, § 1º, da CF/88, constituindo este, verdadeiro mandado de otimização (ou maximização) dirigido aos órgãos estatais, obrigando-os a conferir aos direitos e garantias fundamentais a maior eficácia possível.

Assim, a ausência de normas infraconstitucionais¹¹ de concretização não pode servir como justificativa para afastar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais¹².

É justamente em função do referido dispositivo constitucional que o Estado deve mobilizar toda a sua estrutura para o fito de dar concretude às ações e programas destinados à realização dos direitos e garantias fundamentais (BARATIERI, 2014, p. 32), o que os caracteriza como direitos de natureza positiva.

Ou seja, enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa¹³, tendo por objeto abstenções do Estado, os

¹⁰ Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos. Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes. (SARLET, 2015, p. 295)

¹¹ Encontram-se efetivamente vinculados ao conteúdo da Constituição, que ora pode figurar como limite positivo, ora pode se transformar em limite negativo à produção legislativa ordinária. (...) Ao mesmo tempo em que é atribuída a competência (legislativa, executiva ou jurisdicional), também são fixados os limites para o exercício da referida missão constitucional. (BARATIERI, 2014, p. 28)

¹² Partilha-se aqui, novamente, da doutrina de Ingo W. Sarlet e Mariana F. Figueiredo (2008, p. 4), para quem “no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional, todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF ou dispersos pelo restante do texto constitucional, ou se encontrem ainda localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil”.

¹³ Os direitos civis e políticos também podem ser caracterizados como um complexo de obrigações negativas e positivas por parte do Estado. Tenha-se como exemplo a proibição de prisão arbitrária, que exige uma intensa atividade estatal para o seu cumprimento e, até mesmo, a reparação de prejuízos materiais e morais nos casos em que haja a detenção ilegal. Isso implica dizer que não existem obrigações negativas “puras” (ou direitos que comportem exclusivamente obrigações negativas) e sim uma gradativa diferença quanto à relevância que

direitos sociais prestacionais, por sua vez, reclamam uma conduta ativa do ente estatal, eis que preconiza uma prestação de natureza fática (material ou não), objetivando a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais (SARLET, 2015, p. 291).

Faz-se pequena digressão acerca da distinção entre os direitos negativos e positivos para então prosseguirmos com o desenvolvimento do objeto central do trabalho.

Enquanto os primeiros têm em seu objeto a abstenção do Estado, sobretudo em relação às ingerências estatais inadequadas (típico direito de primeira dimensão), o segundo tem por objeto uma conduta positiva do Estado, consistente na produção de uma prestação material aos indivíduos, visando à promoção do princípio da igualdade substancial (típico direito de segunda dimensão). Por isso, os direitos positivos exigem uma atuação do Estado na esfera econômica e social, para a produção dos bens materiais necessários à realização dos direitos positivos (sociais) (BARATIERI, 2014, p. 38).

Os direitos sociais (negativos e positivos), inclusive no que tange aos direitos sociais programáticos, encontram-se, conforme já mencionado, sujeitos à lógica do artigo 5º, § 1º, da CF, outorgando-lhe a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais¹⁴, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 04).

Não é possível pensar o Estado constitucional de direito sem vinculá-lo à concretização dos direitos fundamentais. A existência daquele somente é legítima e justificada caso seja intimamente associada à realização e concretização destes, que integram sua essência e fundamento e constituem

as prestações estatais possuem para um e outro tipo de direitos (direitos civis e políticos e econômicos, sociais e culturais). (FONSECA, 2009, p. 71)

¹⁴“*A administração pública para a consecução de políticas destinadas à concretização do núcleo essencial da Constituição, ou seja, dos direitos fundamentais, tem o dever legal de mobilizar todo o seu aparato, como exemplo, podemos mencionar a atuação do Poder Judiciário e seu poder-dever constitucional de negar a aplicação de leis e atos administrativos contrários aos direitos fundamentais*”. (FONSECA, 2009, p. 34)

elemento central da Constituição formal e material (BARATIERI, 2014, p. 28-29).

Os direitos sociais prestacionais, por constituírem-se instrumento de promoção da igualdade material e da dignidade humana, encontram-se diretamente vinculados com a concretização do Estado (Social) Democrático, de modo que o aparato estatal dever encontrar-se inteiramente à disposição para a realização daquelas finalidades¹⁵.

Os direitos sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas, sim, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem (SARLET, 2015, p. 292).

Contudo, tendo em vista os objetos e objetivos do Estado Social, necessário se torna a discussão acerca do limites fáticos determinados pelas condições materiais que o mesmo dispõe, ou seja, os “custos dos direitos”, não sendo difícil de se imaginar que para haja capacidade de fornecer as prestações referidas, é de todo aconselhável que as despesas decorrentes estejam devidamente previstas nas leis orçamentárias e, de modo mais abrangente, que encontrem-se dentro dos limites da arrecadação estatal.

Estando os direitos sociais prestacionais dependentes da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-las, parte da doutrina sustenta que os direitos a prestações e o mínimo existencial encontram-se condicionados pela assim designada “reserva do possível” e pela relação que esta guarda, com as competências constitucionais, a separação dos Poderes, a reserva de lei orçamentária, o princípio federativo (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 10).

São estes os limites fáticos que norteiam a efetivação dos direitos sociais prestacionais, ainda que parcialmente.

¹⁵ O Estado deve empreender políticas públicas voltadas ao oferecimento de bens materiais básicos aos indivíduos, para que seja viabilizada a todos uma existência digna. Assim, são imprescindíveis medidas executivas voltadas à inclusão social daquele que se encontram excluídos das condições mínimas de consumo para uma vida digna. É dever do órgão estatal estimular o indivíduo para que ele alcance, com o seu esforço, a inclusão social, mediante a garantia de condições justas e adequadas de vida. Nesse contexto, é fundamental a concretização de medidas voltadas à efetivação dos direitos sociais, bem como a consecução de um sistema de seguridade social eficaz. (FONSECA, 2009, p. 36)

Em função deste aspecto financeiro, passou-se a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de “reserva do possível”.

A efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sujeita à reserva das disponibilidades orçamentárias dos entes estatais, já que a sua efetivação seria dependente de financiamentos públicos estatais (BARATIERI, 2014, p. 41).

É justamente sobre este tema que iremos tratar a partir de agora para, no item seguinte, tratarmos do mínimo existencial e o balanceamento entre os dois institutos.

4. A reserva do possível como limítrofico do estado social prestacional

A construção teórica da “reserva do possível” possui sua origem na Alemanha dos anos de 70, guardando íntima relação com a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais que estariam, sob esta lógica, na dependência da capacidade financeira dos cofres públicos.

Referido instituto passou a traduzir a ideia de que os direitos sociais à prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 11).

Por esta razão, a reserva do possível consiste em um dos principais argumentos utilizados pela Administração Pública na tentativa rebater eventual imputação de responsabilidade com relação à efetivação dos direitos sociais de natureza prestacional. Constituindo-se na conjugação entre os seguintes elementos: (1) a razoabilidade da pretensão do particular; (2) a disponibilidade financeira do Estado; e (3) a aplicação das pautas constitucionais na fixação de prioridades orçamentárias (BARATIERI, 2014, p. 42).

Noel Antônio Baratieri, citando César A. Guimarães Pereira define a reserva do possível como a “razoabilidade da pretensão somada à disponibilidade de recursos à luz das condicionantes materiais da

Constituição”. É inegável que os recursos financeiros para a realização de atividades materiais em benefício dos cidadãos são limitados (BARATIERI, 2014, p. 41).

Da mesma forma, Ingo W. Sarlet (2008, p. 11-12), define uma dimensão tríplice da reserva do possível, nos seguintes termos:

“a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (...) 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 ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional”.

Com base nestas características, resta evidente que o Estado não poderá ser compelido à prestação exigida, se esta não vier acompanhada de razoabilidade sob pena de estar-se sacrificando outros valores constitucionalmente garantidos, tais como os princípios da moralidade administrativa e da indisponibilidade do interesse público.

Em contrapartida, para que o Estado não seja compelido à medida prestacional, este deve demonstrar de forma inequívoca que todas as medidas hábeis e necessárias para a realização dos direitos fundamentais, e de forma específica, que todas as medidas concretas para o atingimento da finalidade constitucional no sentido especificamente pleiteado foram encaminhadas e em caso negativo, sua devida justificativa deverá ser prestada.

Para tanto, é insuficiente a mera demonstração de indisponibilidade financeira do Estado para o atendimento exigido, sendo necessária a comprovação cabal de que não há recursos em virtude dos mesmos terem sido alocados em outras demandas de natureza mais urgente e/ou relevante.

Referido juízo de urgência e relevância necessariamente deve estar pautado nas metas e programas a serem executados com o fito de realizar os direitos fundamentais na maior medida possível a liberdade de conformação do

legislador, a discricionariedade do administrador e a atividade judicial dos órgãos jurisdicionais encontram-se vinculados à concretização daqueles preceitos constitucionais (BARATIERI, 2014, p. 44).

Eventual argumento de escassez de recursos pelo ente estatal não pode servir para inviabilizar a satisfação dos direitos fundamentais, pois a ausência de recursos afeta apenas e tão somente o cumprimento imediato da prestação, contudo, não afeta a sua existência. Tudo é uma questão de seguir as prioridades constitucionais, procurando, com eficiência e boa gestão, maximizar o proveito dos recursos públicos disponíveis (BARATIERI, 2014, p. 45).

E é justamente por possuir este caráter de limite fático é que não podemos conferir à reserva do possível a qualidade de elemento integrante dos direitos fundamentais, não integrando o seu núcleo essencial, nem é inseparável deles. Jamais poderá ser pensada como um limite imanente da dimensão positiva dos direitos sociais. Ela constitui uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais (BARATIERI, 2014, p. 47).

No mesmo sentido é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem reserva do possível também apenas constitui uma de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais¹⁶.

Ou seja, em que pese a fundamental importância que uma análise prévia das condições fáticas existentes para a promoção e realização dos direitos fundamentais trazidos no bojo constitucional, não se pode emprestar excessiva importância estas condições materialmente postas, sob pena de criar-se uma inefetivação de muitos direitos econômicos, sociais e culturais, mediante a acomodação dos Estados às situações de vulnerabilidade de amplos setores sociais.

É justamente este o principal subterfúgio utilizado pelos Estados, quando alegam que, apesar de realizarem inúmeros esforços no tocante à

¹⁶ Como exemplo o autor aponta a hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. (SARLET, 2015, p. 296; SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 12)

efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, suas ações se circunscrevem à “reserva do possível”, que, por sua vez, se apresenta “como limite fático” para esta efetivação (FONSECA, 2009, p. 75-76).

É inegável que os recursos financeiros são limitados. Não há recursos para o atendimento de todas as necessidades sociais. Entretanto, a Constituição fixa metas prioritárias, que devem ser executadas pelos poderes constituídos, sob pena de responsabilidade do Estado (BARATIERI, 2014, p. 48).

Tal fato deve, ao invés de servir como legitimador da inércia estatal, muito pelo contrário, deve servir como objeto de investigação quanto à proporcionalidade e eficácia dos investimentos que envolvem a disponibilidade do dinheiro público. Com efeito, quanto menor for a disponibilidade de recursos pelo ente estatal, maior terá de ser a responsabilidade do mesmo na destinação dos mesmos, ao passo que se utilizando da reserva do possível como matéria de defesa, atrai-se o ônus quanto, vez que, competindo à Administração Pública a efetivação dos comandos prestacionais contidos na norma, a ela cabe o ônus de contrariar esta determinação, não havendo a possibilidade de inversão deste ônus (LAZARI, 2012, p. 58-59).

Uma das principais críticas que os partidários da reserva do possível fazem em relação à suposta incompatibilidade do orçamento e a aplicabilidade prática dos direitos sociais fundamentais, se resume à questionamento como: mais vale conceder a um o fornecimento de medicamento no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou fornecer a mil o medicamento no valor de R\$ 10,00 (dez reais); 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, e outros do mesmo gênero, em que tentam, furtivamente, colocar o administrador público e o contribuinte entre a espada e o fogo.

Em que pese existir um desenvolvido procedimento de ponderação racional e apto a solucionar este tipo de conflito colocado à prova, há que se desconsiderar a falsa necessidade imputada aos dois dilemas propostos. Ocorre que a administração pública não fica refém de condições urgentes sem

que se tenha a possibilidade de provisionar recursos de outras áreas de investimentos, e caso não haja urgência na aplicação dos recursos em uma das duas assertivas, é através de um estudo aprofundado do caso concreto que se chegará ao entendimento de qual das necessidades colocadas na equação estão, naquele momento e naquela sociedade, necessitando maiores investimentos.

Andreas Joachim Krell, respondendo a indagações similares, é enfático: “*Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e saúde. Um relativismo nessa área poderia levar a ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo ‘por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais? etc.’*” (BREYNER, 2007, p. 8)

Não há que se falar nesta esfera de discussão sobre poder discricionário da Administração Pública, eis que a Carta Constitucional não lhe confere esta possibilidade

A Administração tem o dever de agir, escolhendo, sempre de forma fundamentada e, preferencialmente com um estudo prévio de viabilidade, quais as possibilidades colocadas detém a maior possibilidade de promoção e implementação dos direitos fundamentais (BREYNER, 2007, p. 6), sempre executando a valoração com base nos princípios que norteiam a administração pública, tais como a moralidade¹⁷, a eficiência¹⁸, a proporcionalidade¹⁹, dentre outros.

¹⁷ “Os princípios da moralidade e eficiência, que direcionam a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais”. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 13)

¹⁸ “Os mecanismos processuais que potencializam o Judiciário e o cidadão na garantia e na efetivação dos direitos prestacionais, ao serem utilizados, longe de incorrer em ofensa à separação de poderes e à discricionariedade administrativa, coadunam-se com o princípio da eficiência, pois são meios que propiciam a satisfação das necessidades sociais e individuais dos cidadãos”. (BREYNER, 2007, p. 10)

¹⁹ “o já referido princípio da proporcionalidade, que deverá presidir a atuação dos órgãos estatais e dos particulares, seja quando exercem função tipicamente estatal, mesmo que de forma delegada (com destaque para a prestação de serviços públicos) seja aos particulares de um modo geral. Além disso, nunca é demais recordar que a proporcionalidade haverá de incidir na sua dupla dimensão como proibição do excesso e de insuficiência”. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 13)

O impacto que qualquer prestação social que envolva o dispêndio de reservas do Estado certamente não ocorrerá sempre, e talvez nunca, de modo à ter o administrador que escolher “entre a espada e o fogo”, o que também é minimizado por meio do amadurecimento das instituições e do controle democrático da alocação dos investimentos públicos, especialmente se levado em conta o fato de que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.

Jorge Reis Novais afirma que a reserva do possível deve vigor como um mandado de otimização dos direitos fundamentais²⁰, impondo ao Estado o dever fundamental de, tanto quanto possível, promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal em causa, preservando, além disso, os níveis de realização já atingidos (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 16).

Uma vez delineados os contornos que se buscou traçar acerca da reserva do possível, ressaltando, é claro, a exiguidade que as dimensões do presente trabalho impõem, passamos ao último item, onde trataremos do mínimo existencial como ferramenta que garante o respeito ao limite material da dignidade da pessoa humana, ainda que existam diversos limites, sobretudo se levarmos em conta a pluralidade social e cultural brasileira.

5. O mínimo existencial como garantia da dignidade humana

Otto Bachof²¹ foi o primeiro jurista a sustentar o reconhecimento de um direito subjetivo à garantia dos recursos mínimos para a digna existência do

²⁰ “Os direitos fundamentais são mandamentos de otimização, os quais seguem a lógica dos princípios, ou seja, são compatíveis com vários graus de concretização, conforme os condicionamentos fáticos e jurídicos existentes à época. É juridicamente admitida, em casos concretos a colisão de direitos fundamentais, sem que nenhum deles seja sacrificado de forma definitiva. Nesses casos, o intérprete terá que fazer um juízo de ponderação, para apurar, naquele momento, qual o direito fundamental prevalente. Por isso, os referidos direitos não seguem a sistemática das regras, as quais ficam sujeitas à lógica do tudo ou nada”. (BARATIERI, 2014, p. 29)

²¹ “Amparado no artigo 1º, I, da Lei Fundamental da Alemanha, o referido publicista considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana reclama, além da garantia da liberdade, um mínimo de segurança social, uma vez que a falta de recursos materiais para uma vida digna implica o sacrifício daquele preceito fundamental”. (BARATIERI, 2014, p. 49)

indivíduo, baseando-se, então na década de cinquenta, no artigo 1º, inc. I, da Lei Fundamental Alemã²².

O Tribunal Federal Administrativo daquele país foi o primeiro a reconhecer o referido direito em sua esfera subjetiva, já no primeiro ano após a sua formulação²³, seguido pelo Tribunal Constitucional, cerca de 20 anos depois²⁴.

Tal entendimento foi amplamente difundido após as referidas decisões dos Tribunais Superiores, reconhecendo de forma definitiva o seu caráter constitucional e vinculante do Estado à prestação do mínimo existencial. No mesmo sentido é o entendimento da ampla maioria da doutrina alemã, emprestando caráter de fundamentalidade constitucional à garantia das condições mínimas para uma existência digna.

Reconheceu-se assim, pela primeira vez e em definitivo, um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna, que deve ser preservada pelo Estado mediante a adoção de políticas públicas permanentes (BARATIERI, 2014, p. 49).

²²“a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos preparatórios no âmbito do processo constituinte, mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, onde foi desenvolvida pela doutrina, mas também no âmbito da práxis legislativa, administrativa e jurisprudencial”. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 5)

²³“Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência”. (SARLET, 2015, p. 326)

²⁴“o Tribunal Federal Constitucional também veio a consagrar o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Da argumentação desenvolvida ao longo desta primeira decisão, extrai-se o seguinte trecho: “certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. (...) Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, se encontram limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais”. (...) Para além disso, a doutrina alemã entende que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações”. (SARLET, 2015, p. 327)

No Brasil²⁵, verifica-se a adesão ao modelo alemão, defendendo-se o direito do indivíduo ao mínimo existencial, incluídos neste, o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, ao livre desenvolvimento da personalidade, abrangendo não apenas a garantia da sobrevivência física, ou mínimo vital, mas também o mínimo existencial sociocultural, em que estão inclusos o direito à educação e ao acesso à bens culturais (SARLET, 2015, p. 329).

Referidos bens, em que pese o fato de não se encontrarem inseridos em cláusula expressa na Constituição, decorrem da garantia de uma existência digna, inserta no elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (artigo 170, *caput*).

Por outro lado, os direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) abarcam algumas das dimensões daquele direito-garantia fundamental autônomo (BARATIERI, 2014, p. 49)²⁶.

Neste sentido, a dignidade da pessoa humana, além de constituir um dos princípios fundamentais da nossa ordem constitucional (art. 1º, inc. III, da CF), foi guindada à condição de finalidade precípua da ordem econômica (art. 170, *caput*, da CF). Aliás, é no capítulo da ordem econômica, que o Constituinte, além de elevar a dignidade da pessoa humana a princípio informador e condicionante da ordem econômica nacional, explicitou o vínculo da dignidade com o assim designado mínimo existencial (SARLET, 2015, p. 318).

²⁵ “O mínimo existencial foi também objeto de recepção na jurisprudência brasileira, destaca-se também aqui a atuação do STF, que reconhece proteção ao mínimo existencial tanto na perspectiva de um direito de defesa, quanto no que toca à sua vocação prestacional”. (SARLET, 2015, p. 333)

²⁶ “o mínimo existencial deve ser diferenciado do mero mínimo vital, abrangendo, nesta perspectiva, tanto o mínimo existencial fisiológico (ligado a garantia da sobrevivência) quanto o mínimo sociocultural, ainda que na esfera deste, se revele mais necessária uma cautela na determinação do objeto das respectivas prestações. Assim, verifica-se que o direito-garantia do mínimo existencial, ainda mais em relação a direitos sociais específicos consagrados nas constituições, assume o significado de uma cláusula aberta, sendo ela própria, aliás, pelo menos na maioria das ordens jurídicas, enquadrada no elenco dos direitos fundamentais implícitos. Apenas em caráter ilustrativo (volta-se a enfatizar!), dizem respeito ao mínimo existencial, além dos direitos à saúde, educação, moradia, assistência e previdência social, aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção ao trabalhador, o direito à alimentação e mesmo o lazer, o direito ao fornecimento de serviços existenciais básicos como água e saneamento básico, transporte, energia elétrica (ainda que possam ser reportados a outros direitos fundamentais), bem como o direito a uma renda mínima garantida (que, por sua vez, desde que assegurada uma cobertura completa, pode ser substituído pelos direitos à assistência social, salário mínimo e previdência)”. (SARLET, 2015, p. 331)

Conforme já apontado alhures, o mínimo existencial caracteriza-se pela necessidade de uma análise individualizada do caso concreto, o que permite que a Administração Pública apenas implemente a prestação exigida quando o cidadão ou grupo de, não possuir, por seus próprios meios, as condições mínimas para a garantia mínima de sua dignidade²⁷.

Aqueles que tiverem condições financeiras têm sua dignidade e o mínimo existencial assegurados, carecendo de direito subjetivo à prestação, o que acaba por resguardar o princípio da igualdade, isonomia²⁸, da proporcionalidade²⁹ e a consecução dos objetivos de eliminação de desigualdades e distribuição de riqueza (art. 3º, I e II, da CF) (BREYNER, 2007, p. 8).

Firma-se, assim, o entendimento de que as metas relativas ao mínimo existencial devem ser promovidas e implementadas pela Administração Pública na maior medida possível, realizando as devidas compatibilizações com as limitações orçamentárias existentes, o que acaba por estender ao mínimo existencial (saúde básica, ensino fundamental, assistência aos idosos, portadores de necessidades especiais e acesso à justiça), o fim prioritário dos gastos públicos, chegando-se, a partir deste raciocínio, ao corolário lógico de que, caso o Estado se omita na promoção do mínimo existencial fisiológico e sociocultural, restarão também sacrificados os valores republicanos e

²⁷ “mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento”. (SARLET, 2015, p. 295)

²⁸ “De acordo com o princípio da isonomia, o Estado, caso tenha contemplado determinados cidadãos ou grupos com prestações (com base ou não em norma constitucional definidora de direito fundamental), não poderá excluir outros do benefício de tal sorte que se encontram vedadas desigualdades tanto a benefícios quanto a encargos. Todavia, apenas um tratamento desigual de cunho arbitrário (discriminatório) no âmbito de um sistema prestacional estabelecido poderá dar margem a um direito subjetivo não autônomo e, portanto, derivado. A partir de uma compreensão do postulado da proibição de arbítrio à luz do princípio do Estado Social de Direito, o direito geral de igualdade adquiriu um conteúdo material, no sentido de que um tratamento discriminatório em favor de determinado grupo apenas se justifica se para tanto houver um motivo justo, que, por sua vez, deve ser aferido com base nos parâmetros fornecidos pelo princípio do Estado Social”. (SARLET, 2015, p. 310)

²⁹ “o princípio da proporcionalidade deverá presidir a atuação dos órgãos estatais como uma forma de proibição de insuficiência no campo da proteção e efetivação dos direitos fundamentais. A sua função primordial é atuar sempre como parâmetro para o controle dos atos do Poder Público, visando à concretização daqueles mandamentos”. (BARATIERI, 2014, p. 55)

democráticos³⁰, pois os excluídos serão pessoas sem o mínimo de dignidade para participar do processo democrático decisório (BARATIERI, 2014, p. 50).

Por derradeiro, cumpre salientar que o conjunto de prestações indispensáveis a assegurar o mínimo existencial não pode ser reduzido a um objeto fixo ou a valor pecuniário determinado, visto que dependente de um conjunto de fatores, inclusive ligados às condições pessoais de cada indivíduo, além de componentes de ordem social, econômica e cultural (SARLET, 2015, p. 331).

Ou seja, a fixação da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas é condicionada espacial e temporalmente, bem como, dependente da condição socioeconômica vigente em cada local/região, principalmente em um país como o Brasil, de dimensões tão avantajadas e conflitos sociais tão gritantes.

Tudo isso acaba por influenciar não só o administrador público, mas também o legislador e o Juiz, eis que estão em jogo aspectos econômicos e financeiros, mas também das expectativas e necessidades vigentes (SARLET, 2015, p. 328).

A noção de um mínimo existencial pode servir (e tem servido) de parâmetro para definir o alcance do objeto dos direitos sociais, inclusive para a determinação de seu conteúdo exigível, fornecendo, portanto, critérios materiais importantes para o intérprete e para o processo de concretização dos direitos sociais (SARLET, 2015, p. 332), contudo, diante da impossibilidade de se reconhecer um valor ou condição mínimo de forma geral e abstrata, tendo em vista os fatores já apontados, fica o Estado, em qualquer de suas esferas, adstrito a implementação dos direitos fundamentais por meio, também, de prestações na dimensão social, observando os princípios e diretrizes da Administração Pública para realizar na maior medida possível os direitos

³⁰“Nestes casos (de tutela de direitos prestacionais) não se cogita de ofensa aos princípios da separação de poderes, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Sendo assim, quando a Administração não exerce sua função, deixando com que sua omissão acarrete lesão ou ameaça de lesão a direito (inclusive prestacional), é função do Judiciário, se acionado, tomar as providências para afastar a lesão”. (BARATIERI, 2014, p. 7)

fundamentais ou, não sendo possível (naquele particular), garantir o não retrocesso social³¹.

6. À título de considerações finais – o direito fundamental ao mínimo existencial e sua repercussão para o trabalhador

A ordem econômica brasileira, além da valorização do trabalho, está assentada sobre a livre-iniciativa, limitando-se, esta última, pela garantia a todos de existência digna, pois este é o objetivo do Estado, conforme amplamente debatido no presente.

Desta simples, mas profunda, assertiva, conclui-se que a liberdade de iniciativa (e todos os desdobramentos que este princípio permite, como por exemplo o poder potestativo do empregador) está condicionada ao respeito da dignidade da pessoa humana, vinculando-o, diretamente, com a dignidade do indivíduo que, por inúmeras razões, é induzido/submetido a vender sua força de trabalho para os detentores dos meios de produção.

Quanto mais complexa for a sociedade e as relações entre os indivíduos que a formam, maior será o rol de possibilidades de se desrespeitar o direito fundamental do outro. E quanto mais desiguais (jurídica, econômica e tecnicamente) forem aqueles que estiverem interagindo entre si, maiores as chances do mais favorecido se locupletar (GOMES, 2008, p. 198).

Tais considerações elevam-se exponencialmente quando tratamos de uma sociedade pluralista e multicultural como a brasileira, mais ainda, quando tratamos de relações entre particulares e entre particulares que se encontram em posições contrapostas dentro desta.

Tendo em vista todas as ideias e conceitos que lançamos mão neste trabalho, coloca-se para reflexão, qual seria a condição mínima de dignidade do homem-que-trabalha? Além das (contra)prestações materiais, tão bem ilustrada pelo salário mínimo, haveriam condições imateriais que assegurariam este mínimo existencial?

³¹“*Através da aplicação deste princípio, procura-se impedir que o legislador desconstitua pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se trata de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, dependem de normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade*”. (FONSECA, 2009, p. 78)

Sobre o tema, a maioria dos autores discorre longamente sobre um extenso, e não taxativo, rol de direitos (sociais) fundamentais que seriam hábeis e necessários para a promoção da dignidade humana ou, ao menos, garantir o seu mínimo, como por exemplo, o direito à educação (ensino fundamental e médio, principalmente), à saúde, à moradia, ao salário mínimo, o acesso à justiça, meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre muitos outros.

Contudo, o que se pretende deixar para reflexão neste trabalho, é a capacidade da Teoria das Necessidades (DEJOURS, 2012) e da Teoria do Reconhecimento (HONNETH, 2003) em responder os questionamentos acima colocados.

Tais teorias, que são devidamente dissecadas e tratadas de modo a demonstrar sua complementaridade por Leonardo Vieira Wandelli (2012), discorrem sobre a necessidade do indivíduo ser reconhecido, podendo este reconhecimento se dar de várias formas: i. o reconhecimento que próprio indivíduo tem sobre si mesmo e suas capacidades de enfrentamento do real; ii. o reconhecimento que seus colegas de trabalho tem sobre o indivíduo, no sentido de reconhecerem que é um bom trabalhador, que desenvolve parte importante da linha de produção, etc.; iii. o reconhecimento que o empregador ou chefe tem do indivíduo, desdobrando-se este em reconhecimento por meio da contraprestação pecuniária (pagamento do salário) e o reconhecimento pelo bom trabalho prestado; iv. o reconhecimento familiar; v. o reconhecimento da sociedade, e; vi. o reconhecimento do Estado.

É incontroverso que o mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, e que além das condições mínimas materiais para a sobrevivência do indivíduo, ela também engloba as condições socioculturais e ambientais do indivíduo.

Assim, em razão da grande maioria da população se submeter ao dia-a-dia de uma jornada de trabalho na condição de empregado subordinado (ou ao menos as pessoas mais necessitadas, eis que a grande maioria dos trabalhadores que necessita da prestação do Estado para garantir o conteúdo existencial mínimo, encontram na submissão e na venda da sua força de trabalho o único, e último, meio de sobrevivência digna); há que se questionar

se eles não estariam, para além da construção das condições estruturais das cidades – pela Administração Pública –, em políticas voltadas para a valorização do conteúdo do próprio trabalho vivo, as condições mais favoráveis para estender, à maior parte da população, as ferramentas para que os próprios indivíduos construam as condições mínimas de dignidade e materialmente necessárias à vida?

Eis o questionamento que o presente artigo traz para debate, como forma de instigar o leitor e o pesquisador para pensar em novas formas de políticas públicas voltadas para a promoção e proteção dos direitos fundamentais e sociais.

7. Referencias

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BARATIERI, Noel Antônio. **Serviço Público na Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BIGOLIN, Giovani. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 1, junho de 2004. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>. Acesso em: 11.02.2015.

BREYNER, Frederico Menezes. **Tutela jurisdicional dos direitos fundamentais prestacionais: mecanismos processuais e eficiência administrativa**. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 20, outubro de 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>. Acesso em: 11.02.2015.

CAMPUZANO, Alfonso de Julios. NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Por quem dobram os sinos? Reflexões sobre neoconstitucionalismo e ciência jurídica.** *In:* Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 143-166, julho/dezembro de 2012.

CARNEIRO, Claudio. LEMOS, Marcos A. F.. **O movimento pós-positivista e a “visão” neoconstitucionalista da ponderação: a valoração de princípios em Robert Alexy.** *In:* Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 105-124, julho/dezembro de 2012.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de direito constitucional.** 2. Ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed. rev. atual. ampl. Salvador; Jus PODIVM, 2011.

DEJOURS, Christophe. **Trabalho Vivo: Tomo I - Sexualidade e trabalho; Tomo II - Trabalho e Emancipação.** Brasília: Paralelo 15, 2012.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão.** Petrópolis, Vozes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao Trabalho: um Direito Fundamental no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** São Paulo: LTr, 2009.

GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho – Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-Analítica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HINKELAMMERT, Franz J. e MORA, Henry M. **Hacia una economia para la vida**. San José, Costa Rica, DEI, 2005.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2003.

JABONISKI, André Leonardo. **Ponderação e argumentação como racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo**. No prelo, 2014.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo**. 2ª Ed. São Paulo, Conceito, 2011.

MACIEL, Álvaro dos Santos. SOUZA, Natasha Brasileiro de. **A reserva do possível e a dignidade da pessoa humana como fonte de não retrocesso social**. *In*: Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 3, n. 3, jan/jun de 2008.

MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração**. Curitiba: Juruá, 2013.

MASTRODI, Josué. **O direito fundamental à moradia e a existência efetiva da reserva do possível**. *In*: Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, jul/dez de 2013.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. **A garantia do mínimo existencial – trabalho digno e sustentável – o caso dos maquinistas**. In: Revista LTr, São Paulo, v. 77, n.º 05, maio/2013.

PAWLOWSKY, Karina. **O núcleo da hipótese do imposto sobre a renda das pessoas físicas e o mínimo existencial**. In: Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 1, n 1, jan/jun de 2007.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. 2 ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANCHES RUBIO, David. **Derechos humanos, producción y reproducción de la vida humana y trabajo vivo**. Revista de Investigaciones Jurídicas. México, D.F., Escola Livre de Direito, 2000.

SANCHÍS, Luiz Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 24, julho de 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>. Acesso em: 11.02.2015.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____ **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo.** In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador/BA, Número 4 – outubro/dezembro de 2005.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade.** São Paulo: LTr, 2012.