



A RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ALEMÃ E SUA TRANSPOSIÇÃO PARA O DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO*

THE PROVISIO OF THE POSSIBLE WITHIN THE GERMAN CONSTITUTIONAL ADJUDICATION AND ITS CORRESPONDENCE TO THE BRAZILIAN PUBLIC LAW

Marco Falcão Critsinelis

RESUMO

Utiliza texto paradigma que se assenta em precedentes do Tribunal Constitucional Alemão, no que se refere à reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) e ao mínimo existencial (*Existenzminimum*). Ressalva que o condicionamento do conceito de mínimo existencial nos moldes do texto de referência deveria ser aplicado com reservas em realidades distintas, em particular à brasileira, por força de especificidades culturais, econômicas, políticas, sociais e judiciais.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Comparado; liberdade negativa; reserva do possível; mínimo existencial; cidadania.

ABSTRACT

*The author uses a paradigm text based on precedents from the German Constitutional Court regarding both the proviso of the possible (*Vorbehalt des Möglichen*) and the existential minimum (*Existenzminimum*).*

Upon a critical analysis of the paradigm text, he stresses that its conditioning of the existential minimum concept should be restrictively applied to distinct realities, particularly to the Brazilian one, due to cultural, economic, political, social and legal specificities.

KEYWORDS

Compared Law ; negative freedom ; proviso of the possible ; existential minimum ; citizenship.

* O presente artigo foi adaptado a partir do trabalho de conclusão da disciplina "Princípios Fundamentais e Regras Gerais da Jurisdição Administrativa", coordenada pelo Professor Doutor Ricardo Perlingeiro, no Programa de Mestrado Profissional em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense – PPGJA/UFF, em Niterói, ano 2016.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho consiste na abordagem do artigo intitulado *É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais?* (PERLINGEIRO, 2013, p. 163-185).

O texto paradigma é excelente fonte para o desenvolvimento dos fundamentos que alicerçam o estudo agora apresentado, dentre os quais se destacam a reserva do possível e o conteúdo mínimo existencial, bem como seus reflexos na conceituação de cidadania, no ambiente alemão e brasileiro. A escolha de um texto paradigma permite o recorte no espaço e no tempo. Confere adequação de caráter global e regional aos temas abordados na investigação, mormente, a necessidade concreta dos indivíduos em contextos nacionais distintos.

Cidadania, regimes político-econômicos, mínimo existencial e reserva do possível, como vetores ligados à questão de gestão tributária e orçamentária, são pautas atuais que envolvem políticas de Estado e de governos e, por consequência, a jurisdição. Não se limitam, todavia, às fronteiras do tempo, do espaço e da soberania territorial das nações.

Isso porque, é na leitura da realidade dos fenômenos pontualmente considerados e na interpretação do Direito Constitucional de cada Estado que as restrições à aplicação automática de conceitos definidos no plano do Direito Internacional se tornam mais aparentes.

Tratando-se de relações sociopolíticas dinâmicas e complexas, tanto na ordem global como na doméstica brasileira, a seleção de um texto é suficiente para um exame crítico, em particular, quando se leva em consideração a mobilidade política, social, histórica e econômica dos países. O trabalho de nossa investigação é facilitado na medida em que o texto paradigma, comprovadamente, expõe, de forma profunda e abrangente, as tendências que orbitam sobre o objeto de investigação – a reserva do possível ante o mínimo existencial.

2 LEITURA E ANÁLISE DO TEXTO PARADIGMA

Como é da essência de qualquer trabalho acadêmico, o texto paradigma concentra sua investigação nos temas assim resumidos: *Em face da escassez de recursos para suportar os direitos sociais, o texto analisa os principais precedentes do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre a reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen), e conclui que ela não se aplica ao mínimo existencial (Existenzminimum) e que, naturalmente, quanto à exigibilidade de quaisquer direitos sociais com fundamento em lei, não resta discricionariedade política ao legislador orçamentário. Em outro giro, o texto demonstra que a reserva do possível, ao contrário do que se imagina, nenhuma relação mantém com as políticas públicas sociais, que, contextualizadas, no âmbito dos direitos fundamentais procedimentais, justificam-se tão somente enquanto meio de realização de prestações sociais exigíveis (justiciáveis)* (PERLINGEIRO, 2013, p. 163).

Cidadania, regimes político-econômicos, mínimo existencial e reserva do possível, como vetores ligados à questão de gestão tributária e orçamentária, são pautas atuais que envolvem políticas de Estado e de governos e, por consequência, a jurisdição.

A problemática sobre a reserva do possível está definida pelo paradigma acadêmico nos seguintes questionamentos: (i) seria, realmente, um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas?; (ii) seria oponível a políticas públicas ou a direitos fundamentais?; (iii) teria relação com prestações sociais originadas diretamente da Constituição e com sua respectiva implantação judicial pela omissão legislativa e administrativa?; (iv) teria relação com o orçamento público e os recursos financeiros do Poder Público e qual a relação com os direitos fundamentais denominados “procedimentais”, ou seria apenas direcionado aos direitos fundamentais substantivos?;

(v) quando judicializado o embate entre a reserva do possível e os direitos sociais seria arguida na fase da cognição, da execução, ou em ambas?; (vi) enfim, qual o alcance da expressão da reserva do possível?

Ressalta R. Perlingeiro que a concretização dos direitos sociais constitucionalmente previstos tende ao esvaziamento uma vez que os mais carentes, destinatários dos direitos sociais, não possuem instrumentos para expressar suas intenções políticas a contento. Esta problemática é recorrente tanto nos países desenvolvidos como naqueles com deficientes recursos públicos financeiros, dentre os quais poderia estar inserido o Brasil. Como efeito mais relevante, destaca o articulista que os poderes políticos de representação (Legislativo e Executivo) acomodam-se diante da intervenção judicial para a implementação pontual de referidos direitos sociais, apesar de carecer aos magistrados capacidade técnica no que se refere à gestão orçamentária para efetivá-los.

Nessa primeira apresentação do pro-

blema, o texto paradigma pontua que a omissão governamental dos Poderes eleitos, nas respectivas atuações é, inexoravelmente, promotora dos embates entre o mínimo existencial e a reserva do possível. O confronto faz surgir, nos casos concretos judicializáveis, a fixação de parâmetros que deveriam compor a macro política estatal em seu dever de enfrentar prestações positivas atreladas aos direitos fundamentais e sociais. Deste problema, reflete outro, endógeno à própria justiciabilidade estatal, que se resume no modelo de justiça de juízes generalistas a resolver questões de Direito Público Administrativo e, por consequência, imiscuir-se em políticas públicas.

Resume o texto que o acertado enfrentamento dos questionamentos levantados merece o exame interdisciplinar, mas adverte que as multifárias conclusões da doutrina e da jurisprudência partem de premissa equivocada quanto ao verdadeiro conceito da “cláusula do possível” e seu real alcance, na medida em que o conceito é limitado à ideia de recursos orçamentários e financeiros que condicionariam a sua correta vigência¹.

Segundo essa orientação de cunho financeiro, aplicada de forma indistinta e generalizada, o exercício de um direito social ficaria condicionado à edição de lei ou de adequação de uma norma orçamentária, ainda que sob a égide da jurisdição constitucional. O texto excepciona o mínimo existencial como dever constitucional originário, que poderia ser satisfeito de forma indireta, mediante intervenção do Judiciário na gestão orçamentária e financeira do Poder Público, desde que haja omissão legislativa e que tal omissão seja inconstitucional.

[...] a reserva do possível pode ser compreendida como restrições ou limitações a um mínimo existencial (até um mínimo) de direitos fundamentais sociais originários e, portanto, autônoma e sem interseção com o debate político orçamentário.

Para enveredar pelas premissas que compreende como corretas, aborda o texto acadêmico sobre a origem da reserva do possível em face do Tribunal Constitucional Alemão, pontuando seis precedentes que firmaram o processo de construção do instituto até a atualidade².

Sob nossa ótica, devem ser destacados os julgamentos de 1972 e de 1990. O primeiro foi o marco do instituto denominado “*numerus clausus*”, quando, pela primeira vez, a Corte alemã entendeu que os direitos fundamentais a prestações positivas resultantes diretamente da Constituição devem ser limitados aos casos em que o indivíduo racionalmente possa exigir-las da sociedade, visando ao equilíbrio econômico global. A segunda decisão sustentou a reserva do possível pela introdução do critério de “*a clara inadequação de uma prestação devida constitucionalmente*” ou “*linha do tolerável*”, em outras palavras, caso a limitação pelo legislador ocorresse de tal forma que inviabilizasse o exercício do próprio direito social em questão.

Perlingeiro aprofunda o tema no que se refere ao lugar da reserva do possível como manifestação de uma restrição ou limitação aos direitos fundamentais sociais originários, na medida em que tais restrições deveriam, segundo o estudo, ser proporcionais e lastreadas em fundamentos constitucionais, pelo fato de o conteúdo essencial estar atrelado ao princípio da dignidade humana. O âmbito de proteção do mínimo existencial, em situações individuais e coletivas, seria então uma extensão do notado princípio.

De outro bordo, como exige a academia, o texto comentado apresenta contraponto à relação de proporcionalidade na equação entre reserva do possível e mínimo com base em direitos sociais, quando se está sob o manto da dignidade da pessoa humana. Neste caso, pouca ou nenhuma discricionariedade caberia ao legislador: inaplicável a restrição imposta pela reserva

do possível ou a autolimitação judicial (*Judicial Self-restraint*)³.

Finaliza o pensamento de que a reserva do possível pode ser compreendida como restrições ou limitações a um mínimo existencial (até um mínimo) de direitos fundamentais sociais originários e, portanto, autônoma e sem interseção com o debate político orçamentário.

Os direitos fundamentais sociais originários não seriam influenciados pela discricionariedade na eleição de políticas públicas amparadas em quais prestações sociais devem ser suportadas pela coletividade, mesmo quando judicializada a pretensão.

Com o fim de corroborar as bases para os critérios de mensuração do conceito de mínimo existencial, faz alusão ao precedente inaugural do Tribunal Constitucional alemão onde há indicação do direito do cidadão aos pressupostos materiais indispensáveis a sua existência física e a um mínimo de participação na vida social, cultural e política, uma vez que o ser humano está inserido em necessárias e inalienáveis relações sociais.

Todavia, ditos pressupostos, segundo o texto paradigma, devem ser vistos segundo os níveis de desenvolvimento da comunidade e das condições de vida existentes, dados de sustentação da margem de manobra do Poder Público para a eleição de prioridades. É neste ponto em particular que o processo cognitivo do Professor Perlingeiro está alinhado ao objeto de nossa investigação.

Conclui que, na medida em que os direitos existentes e exigíveis decorrentes de lei ou de um mínimo existencial são atrelados à dignidade humana, eliminariam, restringiriam e limitariam eventual margem de manobra do Poder Público⁴.

Afastar-se-ia, portanto, a necessidade de o Judiciário interferir no direcionamento da lei orçamentária para a prioridade dos gastos, em particular em relação aos benefícios sociais periféricos a um mínimo existencial, pois seria por meio de lei instituindo direitos – e não do orçamento – que a sociedade democraticamente organizada debateria suas opções. Em última análise, não se confere ao orçamento, ou a ausência dele, imunidade judiciária para o controle da atuação do Poder Público pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, o dito sistema do *judicial control*.

Trazidas à baila densa perspectiva sobre os temas investigados, arremata a investigação acadêmica de referência que a reserva do possível tem o efeito de fazer comprimir o mínimo existencial em relação a direitos fundamentais sociais originários, nesse caso, advindos diretamente da Constituição e limitar a esse *status* de conteúdo mínimo enquanto (i) o legislador não implementar o direito social; (ii) o orçamento suportar; ou ainda, (iii) quando esses comportamentos omissivos ou restritivos não corresponderem a uma inconstitucionalidade.

Apesar das restrições, a reserva do possível não seria, a teor do estudo, óbice à intervenção judicial em políticas públicas que, pela sua natureza procedimental, não teria qualquer correlação com a cláusula em questão.

Quer dizer, entende o doutor que, estando o mínimo existencial vinculado à justiciabilidade de direitos sociais derivados diretamente da Constituição ou mesmo para aqueles instituídos por lei, não haveria qualquer margem de manobra do legislador orçamentário para aplicar a cláusula da reserva do possível, e, nem ao menos, como consequência de políticas públicas prévias⁵.

Sem relegar a importância de cada doutrina invocada no texto paradigma, dele podemos extrair a parte em que se identifica com a matiz de nosso trabalho – a transposição para o Direito Público brasileiro, das bases da jurisdição alemã, dos insumos reserva do possível e mínimo existencial – ao afirmar que: *A cláusula da reserva do possível vem sendo reiteradamente afirmada pela doutrina e jurisprudência brasileira. Introduzida por constitucionalistas e mesmo sob confessada influência do direito alemão, a reserva do possível acabou atrelada à ideia de que recursos orçamentários e também recursos financeiros são condições para a Administração satisfazer direitos subjetivos de índole social, indistintamente. Essa vinculação, em grande parte das vezes, tem levado à afirmação generalizada de que o exercício de um direito social depende da edição ou da adequação de uma norma orçamentária, ainda que para isso se valha da jurisdição constitucional* (PERLINGEIRO, 2013, p. 165-166).

É de se destacar, por fim, o manejo do texto paradigma em relação à bibliografia e aos múltiplos entendimentos em diversas direções, abalizados por doutrinadores de escol, principalmente, colocando em destaque o problema do que denomina “judicialização das políticas públicas sociais”.

Com os substratos do estudo paradigma, a nossa investigação inaugura a formulação da tese, pontuando a reserva do possível ante a teoria de Justiça de John Rawls, em particular sob a influência do *maximin* e da dignidade da pessoa humana.

3 RESERVA DO POSSÍVEL VISTA PELA TEORIA DE JUSTIÇA SOCIAL RAWLSIANA

A base de fundamentação do texto paradigma envereda para posicionar a reserva do possível como protagonista da discussão sobre a efetividade dos direitos sociais para, em sequência ditar os momentos de validade de intervenção judicial na proteção de garantias ao mínimo existencial. Nossa investigação, entretanto, retoma à influência das teorias modernas de justiça social, fundamentalmente sobre o surgimento da ideia de *maximin*, sob a ótica das concepções rawlsianas.

Deve ser, desde logo, esclarecido que a ideia de *maximin* foi o modo pelo qual nossa investigação optou para de-

terminar vetores de argumentação e fixar parâmetros de análises.

O objetivo de nossa empreitada não é definir um conceito de núcleo do mínimo de direitos sociais e econômicos, mesmo que se perpassa por seu conteúdo. É nossa intenção indicar a restrição à transposição do conteúdo das decisões da Corte Constitucional alemã para o direito brasileiro, em particular no que tange à gênese do *numerus clausus*.

O breve resumo da ideia de John Rawls pode ser expresso na preocupação com as necessidades básicas do cidadão – indivíduos políticos – para o exercício de direitos e liberdades fundamentais, dando relevo, para a formação de seus princípios ligados à igualdade formal e substancial. Por isso, o seu princípio de justiça se situa na fórmula de sociedades cooperativas e bem ordenadas. Com tal distinção, vemos que os bens da vida se subdividem sob a dimensão de domínio político e do domínio material. O mínimo social existencial é distinto de mínimo vital⁶.

Cunharemos boa parte de nossa tese sob o alicerce da distinção rawlsiana de bens primários e bens políticos, para o enquadramento da dignidade humana como perspectiva da cidadania. A dignidade da pessoa humana, mesmo com sede na Constituição brasileira, não agrega em si valor isolado para fazer frente à reserva do possível ou mesmo justificar o mínimo existencial.

A visão da dignidade da pessoa humana é tida, em nosso trabalho, como força minimalista para fundamentar os direitos fundamentais, tanto de defesa, como de prestações positivas. Melhor dizendo, a dignidade da pessoa humana, como preconizada no art. 1º, inc. III, da CRFB de 1988, alavanca, segundo melhor doutrina, o referencial para estabelecer o critério de aplicação do núcleo do mínimo existencial. Entretanto, a cidadania, como valor supremo perante a relação republicana estatal, pouco é invocada. Tal qual não se pode confundir bens primários de bens políticos, também são distintos os valores da dignidade da pessoa humana e da cidadania. Estão relacionadas como varejo e gênero, respectivamente.

Nesse raciocínio, na visão de nosso estudo, as decisões da lavra da Corte Constitucional alemã, cronologicamente

dispostas no texto paradigma, fazem surgir dois itens institucionais de grande importância na questão dos direitos fundamentais sociais: a linha do tolerável e a reserva do possível. Poder-se-ia perguntar o motivo da escolha em relação à Alemanha, ao que se refutaria como o local de nascedouro das referências em discussão.

Ditas experiências extraídas dos casos concretos processados e julgados pela jurisdição alemã revelam que a reserva do possível (*numerus clausus I*), segundo nossa incipiente percepção, é arguida como instrumento de contenção ao princípio do *maximin*. Além da reserva do possível, a Corte alemã também se regozijou à máxima da linha do tolerável ou *clara inadequação de uma prestação devida constitucionalmente* (*numerus clausus II*), como cita, com autoridade, o texto paradigma. Superficialmente, é preciso distinguir que, a nosso ver, a reserva do possível no julgamento de origem diz respeito à posição destacada do Estado em relação à pretensão individual, ou melhor dizendo, a intensidade da decisão privilegiou o equilíbrio entre prestações previstas originariamente na Constituição e o poder decisório do Estado como voz da sociedade e sua capacidade de concretizar e satisfazer o máximo delas – prestações positivas – em favor de um indivíduo.

Já quanto à linha do tolerável ou clara inadequação de uma prestação que seria devida constitucionalmente, a intensidade que lhe dá relevo é conferida à ambição do indivíduo diante do máximo de satisfação que, subjetivamente, entende lhe ser devida pela sociedade e pelo Estado que a representa. Conquanto sejam diferentes na intensidade, os valores ponderados são o máximo de oportunidades como prestações positivas e, postada no outro lado da balança, a capacidade de a sociedade suportar a prestação positiva almejada. Eis porque reserva do possível e linha do tolerável são vistas pelo nosso trabalho como meros instrumentais subsumidos às grandes disposições pela teoria rawlsiana, como tentaremos demonstrar.

Nesse diapasão, linha do tolerável e reserva do possível esgrimam com a universalidade dos deveres atribuídos ao Estado e à sociedade, os quais deveriam maximizar oportunidades (como exigem-

cia política) e condições mínimas de vida (bens políticos) oferecidas pelo sistema social, tal qual lido pela Economia Política, como mais no futuro veremos.

Entretanto, os citados institutos – linha do tolerável e reserva do possível – seriam apenas dois vetores, dentre outros, para o equilíbrio entre duas (macro) dimensões da teoria de justiça social rawlsiana: (i) a prestação positiva como dever estatal de maximizar direitos; (ii) a capacidade de a sociedade arcar com tais obrigações.

A ciência da Economia Política captou as duas citadas grandezas para dar início a estudos sobre tributação e redistribuição de receitas orçamentárias. Do mesmo modo, utilizamo-nos delas para situar a questão dentro da ótica da universalização de conceitos e sua aplicação, em transposição, às nações consideradas, com suas próprias especificidades.

4 MAXIMIN: RESERVA DO POSSÍVEL COMO CONTENÇÃO

De fato, se bem posicionarmos a força da teoria de justiça social expressa no princípio do *maximin* diante das aludidas decisões alemãs, como mensagem subliminar, dito princípio se arvora como a face do Estado do Bem-Estar Social. Inegavelmente. Aliás, a opção política é a principal premissa para a compreensão do princípio do *numerus clausus* na Alemanha, tal como ele efetivamente deve ser entendido.

As contenções da Corte alemã ao *maximin* por meio das barreiras da reserva do possível e da linha do tolerável (ou clara inadequação de uma prestação devida constitucionalmente), referem-se ao grau amadurecido em relação à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais que estabelecem limites às competências das funções estatais de poder, como equilíbrio de governabilidade. E, em tese, somente em casos concretos julgados na Alemanha. Por analogia, aos EUA, à França, à Índia, ao Brasil, enfim, ponto final do nosso recorte. A reserva do possível é particular em cada lugar, assim como o núcleo do conceito de mínimo existencial.

De outro bordo, no Brasil, ao contrário, o dever estatal de maximizar foi relegado ao plano reduzido. Muito reduzido. A garantia defensiva do mínimo existencial ao patamar de mínimo do mínimo da qual a atuação do Estado não poderia retroceder – não ir além, mas deixar de ir a quem – passou a ser o foco da doutrina e das intervenções judiciais em quase todas as esferas nacionais, mesmo diante da assentada convicção de alguns renomados acadêmicos do caráter absoluto dos direitos fundamentais sociais, mesmo à luz da dignidade da pessoa humana. No texto paradigma encontramos farta remissão a eles.

Acreditamos que a visão minimalista acima destacada é decorrente da invocação da dignidade da pessoa humana como principal fundamento justificável para a imposição do dever estatal.

Um olhar crítico a esse respeito é lançado pelo jogo de palavras de Pieroth e Schlink, que, indiretamente, ao falarem do mínimo do mínimo, remetem-nos às ordens de grandeza do *maximin* e daquilo que a sociedade está disposta a suportar e o correspondente papel do Estado nesse ambiente. Dizem: *A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal e também a ciência jurídico-constitucional partem, por vezes, da proibição do excesso para a proibição de ficar a quem. Tal como o Estado respeita os direitos fundamentais como direitos de defesa ao*

não interferir neles com excesso, assim respeitará os direitos fundamentais como deveres de proteção ao não se satisfazer com uma proteção abaixo da medida. Mas a medida abaixo da qual não se deve ficar não pode ser aquilo que não se pode ultrapassar. O direito de defesa tem como medida a ingerência adequada, necessária e, também, em sentido restrito, proporcional. Enquanto a ingerência não adequada permanece uma ingerência, precisamente uma ingerência que não é adequada, a medida de proteção não adequada não permanece de modo nenhum uma medida de proteção. Uma medida de proteção não adequada não é, pelo contrário, uma medida de proteção (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 142-143).

A par disso, enfim, ao desconsiderar, como grandezas, o direito à obtenção maximizada de direitos fundamentais sociais em confronto com aquilo pelo qual dita sociedade estaria disposta a suportar, o esmagador posicionamento acadêmico nacional restou reduzido na fixação dos parâmetros do que seria o mínimo existencial e seu núcleo.

Evidente que tal distorção também atingiu os parâmetros para o conceito de reserva do possível à base do orçamento ou mesmo ao custo financeiro. O mínimo existencial seria, então, para o indivíduo, um núcleo densamente comprimido de direitos fundamentais inquestionáveis, enquanto que a reserva do possível, por seu turno, um valor absoluto em defesa da sociedade e de seu representante estatal, com o poder de legislar e administrar políticas públicas sob o escólio da liberdade de manobras discricionárias. Mínimo existencial e reserva do possível dotados, portanto, de valor por si mesmos, em situação totalmente oposta ao princípio do *maximin*.

5 MAXIMIN: CONTEÚDO ESVAZIADO PELA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No Brasil as falseadas premissas não se esgotam neste ponto minimalista. O mínimo existencial é consagrado como corolário do princípio da dignidade humana como herança da cultura ocidental-cristã, com origem no sacerdócio de Aurélio Agostinho e Tomás de Aquino. Neste sentido, o Estado e a sociedade esmolam proteção para a subsistência orgânica do indivíduo como ética religiosa na esperança de salvação junto ao poder divino. O indivíduo, por sua vez, é visto, nesta concepção, como criatura de Deus e, portanto, detentor da garantia cristã do mínimo, uma mendicância religiosa, poderíamos dizer. Lei divina (mandamentos religiosos) refletida nas leis positivas humanas⁷.

A exegese desta corrente, como teoria do conhecimento da verdade, mergulha no método dedutivo. Da verdade geral – a verdade religiosa – aos casos concretos. Todavia, a verdade geral pode ser falsa, e, mesmo construída sob fortes argumentos, conduz à conclusão igualmente falsa. Aplicar, de forma minimalista⁸, o núcleo do mínimo existencial sob a verdade geral da dignidade da pessoa humana, ignorando a ideia de cidadania, corrompe a relação republicana do Estado, sua justificação e finalidade. Há uma rescisão política com o cidadão, berço da soberania.

A cidadania, entretanto, é o mundo da vida. É a base de experiência e do conhecimento que formam as necessidades por meio dos casos concretos para se chegar a uma teoria verdade geral (método indutivo). Este fenômeno tem muita relevância no Brasil, pela justiciabilidade acirrada como consequência das

omissões dos Poderes representativos – Legislativo e Executivo. E é por este motivo que a investigação se posiciona ressaltando quanto aos critérios da jurisdição alemã. Cada palco é único nas questões de cidadania e de Estado, na comutatividade de direitos e deveres desta relação política.

6 O MÍNIMO EXISTENCIAL DA DIGNIDADE HUMANA COMO VALOR

E é sob o manto desses vetores que o trabalho se propõe a sugerir uma Teoria de Justiça Constitucional particularizada no âmbito doméstico. Não como resultado conceitual acerca do mínimo existencial ou da reserva do possível, mas como processo deliberativo no que tange ao ambiente de discussões. E a primeira delas é definir qual tipo de opção política a sociedade pretende, a partir da leitura constitucional em vigor.

O substrato fenomênico da realidade alemã não pode ser aplicado no Brasil sem as cautelas inerentes à abstração dos conceitos e da subsunção ao conjunto de fatos que caracterizam hodiernamente o cotidiano das duas nações, influenciados por questões culturais, econômicas, políticas, sociais e judiciais.

O núcleo do conceito de cidadania no ambiente político-jurídico alemão, enfim, sob a análise referencial da teoria tridimensional de Miguel Reale ou, em perspectiva mais avançada, na teoria pentadimensional de Oliveiros Litrento⁹, direciona para uma interpretação totalmente distinta daquele parâmetro – cidadania – na realidade brasileira. E, obviamente, com reflexos na contextualização da reserva do possível e do mínimo existencial.

Na Alemanha o horizonte é o *maximin* como vetor de cidadania inclusiva, enquanto que, no Brasil, a defesa da dignidade da pessoa humana – desprezado o conteúdo afeto à cidadania – tem caráter minimalista, o que vem influenciando todos os espectros das abordagens acadêmicas e jurisprudenciais, salvo raríssimas exceções.

Não é por outro motivo que as discussões sobre mínimo existencial e reserva do possível protagonizam, na academia e nas decisões judiciais, particularmente no Brasil, um ambiente circular e somente entre estes dois polos – mínimo e reserva do possível, que se esticam às questões orçamentárias. E somente entre eles, uma

vez que agregam, como já acima pontuado, valores próprios.

7 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL NA ALEMANHA E NO BRASIL

Uma tese, apesar de perseguir apenas um objetivo, necessita de objetivos-meio para lhe sustentar. Um desses objetivos instrumentais de nossa investigação é a leitura, por exemplo, do *numerus clausus* a que faz referência o texto paradigma. Os objetivos instrumentais, portanto, no que se refere à gênese alemã da relação entre cidadania e representatividade estatal, podem ser assim sintetizados: (i) a intervenção do Tribunal Constitucional alemão não é de judicialização de políticas públicas, mas de análise de jurisdição por omissão dos demais Poderes em pequena escala; (ii) a intervenção do Tribunal Constitucional alemão não é de judicialização de políticas públicas, mas de equalizar, nos casos concretos, a igualdade substancial tendo como base a cidadania constitucional apregoada no prevalente regime político alemão – Estado Social; (iii) e, em razão disso, em larga escala de atuação, o Tribunal Constitucional alemão pondera, nos casos concretos, as ambições de prestações positivas pelos cidadãos e seu respectivo limite diante da reserva do possível como inadequação da pretensão individual às prestações devidas constitucionalmente; (iv) a intervenção do Tribunal Constitucional alemão não é de judicialização de políticas públicas, na medida em que há, na Alemanha, por força da relação democrática, compreensão do princípio da confiança entre os Poderes e, havendo produção legislativa que discipline as políticas públicas de satisfação de prestações positivas previstas na Constituição, ela deve prevalecer – o legislador já comandou o que era possível comandar segundo a capacidade funcional e o equilíbrio da sociedade como um todo; (v) com a legislação das políticas públicas de satisfação de prestações positivas prevista na Constituição, estas políticas tornam-se obrigatórias para o orçamento e instrumentais a direito substantivos, sem qualquer vínculo com a reserva do possível, vencida com a legislação.

Na análise da situação brasileira, por sua vez, os objetivos-meio consistem nos seguintes pontos: (i) a ausência de senso de cidadania de base induz para

o caminho minimalista das prestações a serem positivadas pelo Estado; (ii) falta de confiança (disfunção) entre os três Poderes, ante as omissões do legislador e do administrador; (iii) na relação estatal de política de governo nas três funções, a omissão legislativa infraconstitucional perpetrada a judicialização das políticas públicas pelo Judiciário como legislador positivo e interpretativo dirigida às prestações positivas de forma generalizada; (iv) omissão do administrador em: (a) executar leis de políticas públicas de prestações positivas e (b) exercer o poder regulamentar executivo para a execução de políticas públicas de prestações positivas previstas na Constituição e dela extraídas diretamente, na ausência de lei, perpetrando o ativismo judicial de caráter defensivo aos direitos fundamentais sociais nos casos concretos; (v) além da macrojudicialização das políticas públicas e do pontual ativismo dos juízes, respectivamente, as omissões do legislador e do administrador disseminam a recorrência dos cidadãos em busca de direitos fundamentais sociais no Judiciário, institucionalizando a massificação das demandas que passa a ser, por si só, a própria política pública; (vi) a massificação de demandas espelha a busca de prestações defensivas individuais de sobrevivência, de direitos vitais, de bens primários, apelativas para a dignidade da pessoa humana, sem correspondência com a cidadania – bens políticos.

8 RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL: CORRESPONDÊNCIA PERIGOSA ENTRE ALEMANHA E BRASIL

Pelo confronto entre a situação alemã e a brasileira, o objetivo-fim da investigação é suscitar o caráter restritivo da transposição da ideia de *numerus clausus* da política alemã, inclusive judiciária (do Tribunal Constitucional Administrativo), para subsidiar, no Brasil, o núcleo das intervenções acadêmicas e jurisdicionais sobre o mínimo existencial e sua inadvertida correspondência com a reserva do possível.

Invocamos o socorro de Pieroth e Schlink quando da análise dos direitos fundamentais diante do Direito Constitucional e jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão no caso que se apresenta no texto paradigma

como referência de origem de *numerus clausus*, além da linha do tolerável, nos julgamentos de 1972 e de 1990. A leitura atenta indica que a teoria de justiça social rawlsiana, com suas duas ordens de grandeza em destaque no nosso trabalho – maximizar direitos fundamentais sociais e, de outro lado, aquilo que a sociedade está obrigada e pode suportar – está posta como referencial entre as ambições do particular diante do que entende que o Estado social lhe deve propiciar e a clara inadequação de uma prestação devida constitucionalmente ante a finalidade do Estado social e aquilo que o particular pode razoavelmente reclamar da sociedade, daí aparecendo a reserva do possível.

Não se podem olvidar os relevantes aspectos atrelados às políticas públicas democraticamente erigidas como aquilo que uma determinada sociedade pretende suportar e o regime político-econômico praticado pelo Estado.

O direito originário a que faz alusão os julgamentos citados, segundo colocado pelos autores, não está vinculado ao um direito fundamental depositado na Constituição, ferido pela omissão estatal. O direito originário é de criação de instituições para a satisfação de ambições do cidadão, contido pela reserva do possível em decorrência de sua injustiça perante a sociedade, sem que, com isso, haja violação à igualdade, liberdade ou o dever do Estado em promover a educação universitária para todos os membros da coletividade, diferentemente do que poderia ocorrer em políticas públicas já positivamente prestadas pelo Poder Público.

Afinal, também é de se considerar, como duas ordens de grandeza que são, segundo a teoria de justiça social, que também existe um conteúdo essencial na garantia para a comunidade, pois devem ser ponderados: (1) aquilo que proíbe a supressão completa de um núcleo do direito fundamental no caso concreto e (2) o impedimento, apenas, de que seja atingido o núcleo essencial do direito fundamental, enquanto tal, pelas garantias dadas à comunidade, mesmo que se considere o conteúdo essencial de um direito fundamental intocável, o que não quer dizer absoluto, dependendo dos diferentes casos, tanto dos vários direitos fundamentais como dos diferentes indivíduos e situações, pelo que crescemos, também determinada coletividade com sua identidade histórica, política, social, cultural, jurídica (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 145-146). Por vezes, o Tribunal Constitucional Federal ponderou se podia haver um direito à participação não só em instituições existentes, mas também naquelas a criar, isto é, se pode haver um direito originário à criação de instituições. No acórdão do *numerus clausus*, questionou “se das decisões jurídico-fundamentais de valor... decorre um mandato constitucional objetivo de Estado social para disponibilizar uma capacidade suficiente de formação para os diversos cursos acadêmicos” e “se deste mandato constitucional se pode deduzir, quando se verificarem pressupostos especiais, um direito individual recorrível ao cidadão à criação de lugares no ensino superior”. Prosseguem: O Tribunal Constitucional Federal também declarou, no acórdão sobre *numerus clausus*, que um eventual direito originário está em todo o caso “sob a reserva do possível”, no sentido daquilo que o particular pode razoavelmente

reclamar da sociedade. (IDEM, p. 79).

O objetivo-fim pode ser deduzido também na afirmação de que, enquanto não houver a correção dos vetores apropriados, conforme a realidade particular de cada nação, ao que se refere ao *maximin* de um lado e, de outro, aquilo que cada sociedade pode e deve suportar, a tendência será sempre de pender para a perspectiva da dignidade da pessoa humana, em si mesmo considerada, para a solução do conflito.

Ao lado do ambiente no qual se digladiam mínimo existencial e reserva do possível, segundo a visão distorcida acima ressaltada, golpeia-se o ativismo judicial como se o Poder Judiciário não fosse, em conjunto com os demais Poderes, uma força de governança, o que, em tese, contraditaria as restrições que lhe são impostas.

Na perspectiva **entre** o *maximin* e o *minimum*, o Poder Legislativo e o Poder Executivo atuam dentro de suas competências políticas e com espaços de manobras inerentes à discricionariedade, inclusive orçamentária. Todavia, levando-se em consideração que não é a intensidade de normas constitucionais e de leis intercalares que norteiam a relação entre os três Poderes, mas as exigências do desenvolvimento contemporâneo e o recorte da cidadania em cada ponto da esfera de soberania internacional, a intervenção do Judiciário é crucial como ponte de comunicação entre Estado e comunidade.

É da realidade que se cunha a atuação estatal, e não o contrário. Não há, propriamente dita, uma disfunção ou preponderância entre os três Poderes, mas a necessidade imposta pelos fenômenos quanto à intensidade e densidade de atuação entre eles e deles sobre a realidade que manifesta.

Todavia, os conceitos nacionais acerca do tema da judicialização das políticas públicas ou do ativismo judicial se entrecruzam com os argumentos de que a dignidade da pessoa humana não potencializa força capaz de se imiscuir com o custo social de sua satisfação. É o exemplo do texto a seguir reproduzido, que se enquadra perfeitamente na síntese de Michel Villey, *c'est la quadrature du cercle* (apud TORRES, 2010, p. 67). *Pelo que foi exposto, concluímos que a reserva do possível é realizada independentemente de considerarmos a reserva parlamentar, pois somente se pode buscar algo onde exista. Se as prestações positivas pelo Estado dependem de recursos e estes não existem, não há como efetivá-las, de modo que, mesmo quanto ao mínimo existencial, a exigência das prestações se sujeita à existência de recursos. Entretanto, havendo recursos (mesmo escassos e que, por isto, não pode atender a necessidade de todos) o problema será conduzido à decisão sobre a aplicação de tais recursos. Aqui surge a problemática da separação dos poderes e da reserva de competência parlamentar. Tal decisão, por certo, incumbe precipuamente ao legislador, todavia, existe a possibilidade de serem reconhecidos direitos às prestações positivas independente de atuação legislativa, quando estivermos diante da garantia de um padrão mínimo de prestações materiais (posição de Alexy). O que importa deixar claro é que, mesmo havendo relevância do direito postulado (como, por exemplo, o direito à saúde), não é possível ao Judiciário se intrometer em assuntos afetos aos demais poderes. Esta é a regra e o pilar do assunto em questão. Ignorar esse aspecto inviabilizaria o Estado Democrático de Direito, eis que sujeitaria as áreas afetadas ao Executivo e Legislativo ao alvedrio do Judiciário, implicando um*

governo de juizes, os quais não tem formação técnica, aparato necessário ou legitimação popular para tomar decisões acerca da implementação de políticas públicas. Se todos pudessem ser atendidos, o Legislativo e o Executivo, nas suas respectivas áreas de competência, tomariam todas as medidas para que, efetivamente, a sociedade toda o fosse. Contudo, isto não é possível, de modo que o atendimento de uns, necessariamente, implicará o não atendimento de outros (decisão disjuntiva). É preciso ter uma visão contextual (macrojustiça), não se limitando ao caso singular de uma só pessoa. Assim, para que a atuação judicial seja legítima, a importância do pleito deve ser ímpar, indiscutível, indispensável à vida, enquadrando-se na garantia de um mínimo existencial. Desta forma, há um limite à liberdade de conformação pelo legislador, que se caracteriza pelo mínimo existencial, que demarcado pela dignidade da pessoa humana, autoriza ao Judiciário a sua tutela imediata, mediante uma ponderação de princípios (REIS JÚNIOR, 2011, p. 13).

Partiremos, portanto, para o alvo de nossa investigação, orientados pelo texto paradigma que, por si mesmo, já deixa o rastro do enfrentamento de diversas versões sobre os temas em questão, em que pese vincular-se à orientação alemã que, em última análise, confere ao legislador a maior responsabilidade pela verificação dos direitos sociais e as respectivas contensões alhures destacadas.

Dessa forma, insere-se nos objetivos de nossa empreitada a investigação acerca das causas do abandono da teoria ralsiana como diretora de políticas públicas para o Estado cumprir as prestações positivas que os direitos fundamentais sociais lhe impõem.

A partir da definição de ordens de grandeza que, efetivamente, deveriam orientar os debates sobre mínimo existencial e reserva do possível e, conquanto a doutrina e jurisprudência da Alemanha deveriam continuar a ser norte de fundamentação para a análise dos temas em voga, a intensidade que lá se atribui ao conceito de cidadania não pode operar efeitos *ope legis* na avaliação brasileira. Neste último ambiente, a interpretação de normas constitucionais e de controle entre os Poderes para o cumprimento

de deveres sociais exigiria que se prestigiasse uma personalidade de governança compatível com a realidade nacional.

Muitos concordam com esta excepcionalidade territorial, a teor das palavras de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchiner Figueiredo, *verbis*: *Ainda neste contexto, é preciso recordar que uma concepção satisfatória de direitos fundamentais sociais somente pode ser obtida com relação a uma ordem constitucional concreta, pois o que fundamental para uma sociedade pode não o ser para outra, ou não o ser da mesma forma, o que não afasta a necessidade de se considerar a existência de categorias universais (portanto, universalizáveis) no que diz com a fundamentalidade de certos valores, como é o caso da vida e da dignidade da pessoa humana, ainda que também estes valores careçam de uma adequada contextualização, especialmente quando se cuida de transformá-los em realidade* (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 19).

9 ESTADO SOCIAL E MAXIMIN:

PRESTAÇÕES POSITIVAS E DEFENSIVAS

Atualmente, ante a complexa e dinâmica atuação do Poder Político, considerado como revestido pelas três funções clássicas, revelam-se pontos sensíveis as questões pertinentes às diretrizes do Estado do Bem-Estar Social e, evidente, os respectivos meios de controle, mesmo em países tachados como desenvolvidos, a exemplo do caso francês e do alemão, não nos esquecendo dos EUA, inspirador do modelo de jurisdição adotado pelo Brasil desde a República¹⁰.

De outro lado, sob o aspecto da dignidade humana como responsabilidade mesma do Estado Social, sua compreensão deve ser observada pelos padrões e riqueza de determinada sociedade, além de sua dependência ao fator tempo e situação. O trabalho paradigma relata que: É evidente que os aspectos econômicos são um dos elementos determinantes para a constituição e implantação de direitos fundamentais sociais, inclusive do próprio conceito de mínimo existencial; é, porém, quanto a pretensões fora do alcance do mínimo, em uma seara essencialmente política, onde, de fato, confere-se ao legislador uma *margin de discricionariedade*, a ser exercida com

prudência, mediante distribuição racional dos recursos financeiros disponíveis (PERLINGEIRO, 2013, p. 179).

Como previu Michael Asimow, para a utilidade dos transplantes de um modelo de justiça de tal para qual país, a chance de insucesso é grande. Esse é o pomo de discordância para ver com reservas a utilização de conceitos do arcabouço constitucional alemão, inclusive os centrados nos precedentes do Tribunal Constitucional que definiram o princípio do *numerus clausus* I e II. Diante do sobredito, é possível inferir que os vetores em discussão – reserva, mínimo e orçamento – são reflexos da situação política de um pontual e determinado Estado e seu respectivo patamar como determinado pela ordem mundial em termos de ranqueamento econômico e político e, por consequência, de evolução das liberdades públicas.

As grandezas institucionais em jogo dizem respeito à extensão – e como elas devem ser apreendidas segundo as noções tridimensionais ou pentadimensionais – dos conceitos de liberdade negativa, de mínimo existencial e do direito à cidadania inclusiva como escudos para a reserva do possível, quer se considere tenha a cláusula amparo em legítimo campo de manobra do Poder Público; quer se considere em previsões extraídas originariamente da Constituição de uma dita nação; quer se considere em relação às normas intercalares que dela sobrevenham.

Não se podem olvidar os relevantes aspectos atrelados às políticas públicas democraticamente erigidas como aquilo que uma determinada sociedade pretende suportar e o regime político-econômico praticado pelo Estado.

Nesse contexto, já de pronto se esvazia qualquer ponderação de proporcionalidade ou condicionamento ao conteúdo mínimo social existencial, uma vez que não estamos tratando de dignidade da pessoa humana como apelo à solidariedade estatal ou social¹¹ e nem mesmo de direito subjetivo ou individual (nele englobando o coletivo), mas como pretensão do direito à cidadania diante do dever estatal a prestações positivas do *welfare state*.

Mesmo que aqui se trate de vínculo político, os contrapostos – direito e obrigação – são insígnias de qualquer rela-

ção. Todavia, advertimos, sem qualquer correspondência com relações obrigacionais típicas e derivadas do Direito Privado.

Há uma tendência irresistível de conciliar interesses legítimos e direitos subjetivos ligados aos direitos fundamentais sociais com o Direito Processual de exercer pretensão em face do Estado contra o Estado, sob a esfera jurídica civilista.

A ótica do direito individual, e, portanto, da própria dignidade da pessoa humana, deve ser considerada como perspectiva da cidadania, como homem e mulher são perspectivas de gênero ou como o humanoide é perspectiva de mamíferos. De outra maneira, a dignidade da pessoa humana não ultrapassaria a condição de objeto de conteúdo obrigacionais, como acima criticamos.

Assim, dignidade da pessoa humana, como conteúdo essencial de um direito fundamental social, merece *status* de perspectiva, porque, na verdade, estamos falando de correspondência entre cidadania e solidariedade republicana e até que ponto e em que momento poder-se-ia permitir a reação do *numerus clausus*, (que, por sua vez, é gênero em relação à reserva do possível, previsões orçamentárias e de políticas públicas). É o que veremos a seguir.

10 ESTADO SOCIAL E AS LIBERDADES PÚBLICAS

As ditas liberdades negativa e positiva podem ser definidas especificamente em relação à abordagem do presente estudo: **Liberdade negativa** é a liberdade de uma gama de direitos, como liberdade de pensamento, expressão, culto religioso, associação, iniciativa comercial, entre outros, que devem ser respeitados pelo Estado. Por que o adjetivo negativo? Porque esses direitos coincidem com a esfera dos comportamentos não regulados por leis, portanto, trata-se de uma liberdade de não impedimento. Por exemplo: não há lei que regulamente a liberdade de uma pessoa frequentar um culto religioso, de expressar um pensamento, de casar-se com quem quiser. **Liberdade positiva** (ou liberdade política) é a liberdade no Estado: ao cidadão é garantida por lei a possibilidade de participar ativamente no exercício dos poderes estatais, sejam eles legislativos, executivos ou judiciários. Trata-se da liberdade como autonomia (ARANHA; MARTINS, 2009, p. 278).

Ressaltam as acadêmicas que a liberdade negativa pode estar relacionada tanto a direitos expressamente previstos no ordenamento jurídico quanto àqueles que, não obstante a sua falta de previsão legal, decorrem do regime e dos princípios constitucionais adotados pelo Estado, ou os direitos originários do direito natural como indivíduo ou, como veremos, de cidadania se se considerar uma relação originária e incipiente à concepção política.

É nesse patamar – direitos originários do direito natural como indivíduo – que estão os consecutórios direitos atrelados à dignidade humana e todas as suas perspectivas como vetores para se alcançar um, apenas um conceito: o de cidadania. E mais, esses vetores podem ser instrumentalizados perante o Estado, como objeto de pretensão à cidadania inclusiva. Esse é o jogo processual que direciona para as justificativas contemporâneas do Estado na Teoria Política de Justiça Constitucional e sua atuação como árbitro na distribuição social de recursos¹².

Portanto, o direito ao conteúdo mínimo existencial, seja assentado nos direitos fundamentais sociais como manto coletivo republicano para igualizar a sociedade, seja como alicerce do Estado de Direito sob o regime democrático, seja sob o enfo-

que do mínimo existencial na pretensão concreta, individual ou coletiva, é o direito a exigir do Estado a concretização da cidadania inclusiva, como conteúdo mediato de prestações positivas, mesmo que o conteúdo imediato da pretensão seja a dignidade e sua salvaguarda defensiva.

Tal pretensão, todavia, não tem qualquer correspondência com a gestão financeira do orçamento e seus métodos para suprir as demandas sociais, por meio das denominadas formas de redistribuição, pura e eficiente, tratadas pela economia política, financeira e tributária para o que se compreende como transferências fiscais. É no campo das Ciências Sociais, e não apenas do Direito, que devemos perquirir para melhor desvelar os mistérios desse grande contexto.

É nesse estágio de discussão que surgem as mais diversas questões controvertidas que acabam imiscuindo o exercício de cidadania com os espectros ligados à cláusula da reserva do possível. E é nesse nível de gestão orçamentária, como contraposto à ideia de mínimo existencial exigido pela cidadania, que as conclusões do texto referência devem ser lidas.

Isso visto, passaremos a tecer comentários sobre a relação originária de formação de poder político da base para o cume da representatividade decorrente do processo democrático, à vista das dicções do conteúdo do mínimo existencial, direitos fundamentais sociais e reserva do possível¹³.

A par dessas premissas reveladoras do entorno quanto à cidadania inclusiva que desvendam, ou pelo menos pretendem, a causa dessa complexa e intrincada relação política que, aparentemente, poderia ser explicada pela conjugação de conceitos no Direito Comparado, coloca em “xeque” um direito absoluto, a cidadania, que deve ou deveria ser tratada como relação originária entre indivíduos que se constituem em sociedade, em nação politicamente organizada e, por fim, em soberania¹⁴.

Mas, cada uma dessas etapas, inexoravelmente, deve ter como fundo a localização soberana, histórica, cultural, econômica e política de cada nação que se pretenda analisar. Aliás, mesmo que sob outros fundamentos, Reinhard Gaier decreta que *a reserva do possível não deve ser instrumento para contornar pretensões dos cidadãos* (não cita indivíduos), *contra o Estado instituídas pelo direito infraconstitucional ou mesmo que decorram, direta e inexoravelmente da própria Constituição* (PERLINGEIRO, 2013, p. 174).

A relação originária é o inexorável vínculo político de base da República, do início e do devir, é o que somos e o que pretendemos ser como sociedade soberana, donde nasce, portanto, o dever espontâneo estatal e o interesse legítimo de exigir cidadania do Estado em vários ambientes de satisfação de necessidades, básica ou essenciais até as mais sofisticadas, ou, em outro sentido, direitos fundamentais, sociais e individuais propriamente ditos.

A rigor, seria um equívoco vincular o mínimo existencial ao dever do Estado Social, a sugerir a exclusão de um Estado que adotasse outro regime. O nascimento do interesse legítimo que caracteriza a invocação do mínimo existencial é anterior às posturas determinadas por tal ou qual sistema econômico, politicamente adotado por um Estado, o que afasta qualquer argumento da inconveniência do conteúdo mínimo no Estado capitalista, liberal ou neoliberal. Estado-meio não se desvaloriza

pelo Estado-fim. Daí nasce a confusão em atrelar o caráter absoluto do mínimo existencial e dos direitos fundamentais sociais quando se trata de dignidade da pessoa humana, na medida em que o indivíduo é colocado dentro do que se pode sacrificar no conjunto da sociedade num determinado sistema econômico. Qualquer um deles.

Não pode haver tal discricionariedade ou espaço para manobra em qualquer das funções do poderio estatal, nem mesmo na jurisdição sob as vestes de razoabilidade e/ou proporcionalidade quando se fala dessa relação primária. Essa correspondência, cidadania mínima e Estado como reflexo imanente da sociedade, é absoluta. Mesmo que dita relação tenha conteúdo obrigacional político, deixamos de usar o termo “dever absoluto” para evitar a restrição a um mero conteúdo de obrigação civil ou tributária.

O espaço para abordagem de reserva do possível estaria, por consequência, numa relação secundária e, por sua vez, orçamento e políticas públicas numa relação terciária. A sobreposição é identificada por Robert Alexy, ao atribuir pesos distintos quando afirma que *a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto, Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras* (PERLINGEIRO, 2013, p. 178, nota de rodapé n. 55).

11 ESTADO SOCIAL, MAXIMIN E COMUNIDADE: IDENTIDADE DE CADA NAÇÃO COM O CONJUNTO DE SUA GOVERNANÇA

Na finalização desta jornada acadêmica, o estudo deve concentrar suas investigações e seus objetivos, pondo em destaque que não se intenciona flechar com críticas os diversos e relevantes pontos do texto paradigma. Ao contrário. Cauteloso e ponderado, demonstra que as variações da aplicação da reserva do possível e a proteção ao mínimo existencial, aos direitos fundamentais sociais, enfim, não se confundem com a ideia imediatista, cujo corolário é a impossibilidade material de satisfação de pretensões¹⁵.

Entrementes, em qualquer Estado, na pós-modernidade, há o ambiente do *welfare state*. A cooperação, solidariada-

de e harmonia social convivem em ambientes distintos com o ambiente de competição inerente ao mercado, porém com indicativos de orientação própria para cada uma dessas realidades em relação à atuação do Estado, e sugere a reflexão dirigida ao balanço da repercussão jurídica, social e política no sistema brasileiro, cuja leitura constitucional não deixa qualquer dúvida sobre sua identidade: Estado do Bem-Estar Social conjugado com a livre iniciativa.

[...] sendo dever social do Estado a satisfação de prestações positivas decorrente de situações de mínimo existencial como macroquestão política, a discussão se dirige à proatividade estatal em termos de gestão orçamentária.

De efeito, não obstante as multifárias consequências da revolução constitucional democrática, devemos centralizar o ponto de investigação entre a relação causal da efetividade do *ius cogens* e a cristalização do sentimento constitucional (BARROSO, 1990, p. 40), capaz de estabelecer a paz social e a segurança jurídica, princípios instrumentais para alcançar-se o sobreprincípio gizado no preâmbulo da Constituição cidadã do Brasil: a sociedade fraterna.

Tornando mais palpáveis os fundamentos, esclarecemos que, ao se transpor o conceito de mínimo existencial e de reserva do possível da jurisprudência alemã para o arcabouço nacional, ditam-se as prioridades do Estado de cima para baixo, enquanto que, inversamente, são os fenômenos da realidade que deveriam dirigir a atividade estatal.

Notemos que o ambiente de cidadania da realidade alemã deixa pouquíssima margem de exclusão social. A discussão acerca das referidas perspectivas são parte de uma base de cidadania previamente consolidada e relativamente homogênea, ao passo que, no Brasil, a questão se coloca de forma que a cidadania está longe de identificar-se em termos inclusivos: roga-se o mínimo do mínimo ou pelo menos garantir o proibitivo de retrocesso social. A judicialização no Tribunal Constitucional alemão faz parte de um conjunto de governança. No Brasil, diferentemente, a intervenção do Judiciário é conflito de Poderes.

Então, antes mesmo do embate so-

bre o peso da reserva do possível e dos direitos fundamentais sociais, exsurge a necessidade de personalizar, no Brasil, diretrizes para a aplicação e interpretação dos princípios básicos de justiça – “*maximin*”, segundo o qual a sociedade justa deve maximizar oportunidades e condições mínimas de vida oferecidas pelo sistema social, dentro de um contexto político. Isto deve ser arguido para orientar a ingerência do Estado em sua política fiscal.

Aqui e neste momento, devemos cravar que, sendo dever social do Estado a satisfação de prestações positivas decorrente de situações de mínimo existencial como macroquestão política, a discussão se dirige à proatividade estatal em termos de gestão orçamentária. Da economia política de Thomas Piketty plagiamos certos esclarecimentos: *A questão da desigualdade e da redistribuição está no cerne dos conflitos políticos* (PIKETTY, 2015, p. 10). E sobre a oposição tradicional entre a posição liberal e a socialista diz: *Esse conflito direita/esquerda mostra, em primeiro lugar, que as discordâncias quanto à forma concreta e à adequação de uma ação pública de redistribuição não se devem necessariamente a princípios antagônicos de justiça social, mas sobretudo a análises antagônicas dos mecanismos econômicos e sociais que produzem desigualdade. [...] As teorias modernas de justiça social exprimiram essa ideia sob a forma do princípio “maximin”, segundo o qual a sociedade justa deve maximizar oportunidades e condições mínimas de vida oferecidas pelo sistema social. Esse princípio foi introduzido formalmente por Serge-Christophe Kolm [1971] e John Rawls [1972], embora o encontremos sob formas mais ou menos explícitas bem mais antigas, como, por exemplo, na noção tradicional de que direitos iguais os mais amplos possíveis devem ser garantidos a todos, pensamento bastante aceito a nível teórico. O verdadeiro conflito ocorre com frequência*

muito maior em relação à maneira eficaz de melhorar realmente as condições de vida dos mais pobres e à extensão dos direitos que podem ser concedidos a todos do que em relação aos princípios abstratos de justiça social. Portanto, só uma análise minuciosa dos mecanismos socioeconômicos que produzem a desigualdade é capaz de definir a parcela de verdade dessas duas visões extremas da redistribuição e talvez contribuir para a instauração de uma redistribuição mais justa e eficiente. [...] O exemplo do conflito direita/esquerda reflete acima de tudo a importância da oposição entre diferentes tipos de redistribuição e diferentes instrumentos de redistribuição. [...] Na linguagem dos economistas, essa oposição corresponde à distinção entre a redistribuição pura e a redistribuição eficiente. A primeira adequa-se às situações em que o equilíbrio de mercado é de fato eficiente no sentido de Pareto – isto é, quando é impossível reorganizar a produção e a alocação dos recursos de forma que todos sejam beneficiados –, mas nas quais considerações de justiça social pura exijam uma redistribuição que deduza dos indivíduos mais privilegiados e beneficie os mais pobres. A segunda corresponde a contextos em que as imperfeições do mercado acarretam intervenções diretas no processo de produção, permitindo ao mesmo tempo melhorar a eficiência no sentido de Pareto da alocação de recursos e alcançar a equidade de sua distribuição. Na prática do conflito político contemporâneo, muitas vezes essa oposição entre redistribuição pura e redistribuição eficiente foi confundida com a oposição entre uma redistribuição de amplitude moderada e outra mais ambiciosa. [...] Portanto, em geral, a questão dos instrumentos de redistribuição não se confunde necessariamente com a questão da amplitude da redistribuição (PIKETTY, 2015, p. 10-11, grifo nosso).

132

A experiência demonstra que a judicialização e ativismo judicial são efeitos de uma patologia de abalo de legitimidade em relação ao Estado e seu dinamismo democrático.

Judicializável a questão, não há que se falar em intromissão entre as funções do Estado. Revelar direitos por manifestações judiciais não se confunde com o caráter assistencial das políticas públicas e nem mesmo com sua capacidade de concretização de direitos fundamentais sociais, atividades típicas a cargo do poder político.

Todavia, diante (i) da omissão estatal, legislativa e executiva, em normatizar e prestar, de forma positivada, os direitos sociais; (ii) da ausência de diretriz política ou confusão acerca de qual o modelo político e econômico adotado pelo país, de mercado ou social – Estado de Bem-Estar Social agregado ao princípio da livre iniciativa – aparecem as divergências consolidadas nos meios e nos instrumentos pelos quais o poder político entende que deva proceder a redistribuição (macro visão de finanças públicas), de cima para baixo.

De outro bordo, o poder jurídico promove, pontualmente, a redistribuição de baixo para cima, criando uma aparente contradição na atuação entre os três Poderes, obviamente tachado de ativismo judicial ou de judicialização de políticas públicas, conforme as diferenças já apontadas em relação a cada um destes conceitos.

Assim, ao contrário do que se coloca nas manifestações nacionais, pela judicialização das políticas públicas, como conjunto de movimentação da governança, o poder jurídico apenas reequilibra as forças entre a base popular e a atuação estatal do poder político com base na técnica jurídica, não cabendo neste momento entrar na discussão acerca da questão da especialização tecnicista da atividade judicial.

Um caso concreto pode fotografar com mais nitidez a situação: um determinado indivíduo portador de deficiência especial obteve do Poder Público cadeira de rodas comum como resultado de política pública específica de assistência. Esse mesmo indivíduo pretende do Estado a substituição da cadeira de rodas comum pela motorizada para que tenha mobilidade urbana, acesso a serviços públicos e às bases mínimas de um ambiente de competição, sem prejuízo do comprometimento de sua liberdade de ir e vir¹⁶.

A dignidade da pessoa humana já havia sido satisfeita pelo Estado com o fornecimento da cadeira de rodas comum, mas a cidadania, não. Urge, portanto, antes de mais nada, a correta leitura da Teoria de Justiça Constitucional brasileira e da governança que lhe é consequência, a partir da personalização da realidade nacional e da atuação do poder jurídico no controle e correção da atuação do poder político, sob o dogma capitaneado pela cidadania que, em nenhuma hipótese, prescinde da possibilidade de intervenção judicial, mormente em se tratando da oposição que lhe pretende a cláusula da reserva do possível.

O que estamos a falar, no caso, diz respeito ao mínimo existencial em termos de cidadania, que não se confunde com mera satisfação de bens vitais ou primários, ou, em outro enfoque, garantia de direitos ou mero assistencialismo estatal. A cidadania deve ser capturada do sistema ideológico do preâmbulo da Constituição de 1988. *A doutrina sempre considerou que o preâmbulo tinha valor de texto jurídico, pois concretiza os princípios gerais do direito, que preexistem às disposições escritas* (MELLO, 1997, p. 34).

Para tal desiderato, de fato, o Direito Comparado pode e deve ser levado em consideração como fonte de políticas públicas. Tal qual o Direito Internacional se reveste como fonte do Direito para a ciência jurídica, devemos levar em consideração, particularmente no caso alemão que, apesar de o Estado portar apenas uma noção de justiciabilidade, o que afastaria a visão restrita da separação dos Poderes para a resolução preventiva ou corretiva de conflitos sociais – governabilidade e governança¹⁷, o Brasil pratica um modelo de jurisdição monista que difere daquele adotado pela Alemanha, o que, por si só, determinaria cautela na leitura das decisões que se imiscuem numa realidade histórica personalizada.

Além disso, a corrente ideológica alemã¹⁸ respeita os deveres de prestação positiva decorrentes da evolução das liberdades públicas em governabilidade com as regras de mercado (socialismo de mercado), sem prescindir da defesa de direitos fundamentais sociais.

Noutro bordo, parece-nos que a tendência brasileira em dar um tom minimalista, como, inclusive, mencionado por Kazuo Watanabe (2011, p. 10), mesmo ciente das advertências feitas por Ana Carolina Lopes Olsen e Clémerson Merlin Clève de que o princípio do *maximin* deveria capitanear as

discussões (WATANABE, 2008, p. 324), a uma, confere a irresistível tendência em pender para dogmas do Direito Privado em detrimento do Direito Público – Direito Político de Estado – e, a duas, mais especificamente, as bases processualistas civis do interesse.

Mas, sem prejuízo, não seria só isso. Vislumbramos uma resistência psicológica e cultural de que a maximização de direitos fundamentais sociais traria o risco à adesão à ideia de coletivismo do Direito ou uma rendição às concepções do comunismo pelo viés do rússismo, a cada um conforme suas necessidades¹⁹.

É evidente que tal descambo em nada encontra amparo na doutrina do *maximin*. Sua interpretação literal já seria o suficiente, pois máximo não é tudo e nem todas as necessidades, mas é potencializar as ações estatais e societárias dirigidas no sentido de coesão do corpo de cidadania e minimizar impactos das desigualdades. Potencializar por meio de figuras de redistribuição tributária.

Não há, tampouco, a ideia de imediatismo como suporte à reserva do possível, pois estaríamos a falar de relação intrageracional e intergeracional na perseguição de objetivos (arts. 1º e 3º da CRFB/1988) e da promoção do bem de todos, que, por óbvio, não se vincula a tal e determinado momento ou estágio do andar da humanidade ou da soberania do corpo estatal (nação politicamente organizada).

Pondo fim a essas abordagens, notemos com atenção que a República e a democracia de Direito têm como fundamentos a (i) soberania; (ii) a cidadania; (iii) a dignidade da pessoa humana, dentre outros e que devem ser lidos mediante interpretação topográfica, segundo sua efetiva importância dentro de uma carta política²⁰.

12 CONCLUSÃO

Há, portanto, várias situações de influxos na discussão política, econômica, social e jurídica acerca das prestações positivas impostas ao Estado pela ascendência da terceira geração ou dimensão dos direitos fundamentais sociais que levam à necessidade de constante ponderação, como se viu.

Ditas ponderações servem de proteção a várias ideologias políticas e jurídicas, particularmente no Brasil. Recentemente ingressado no certame de consolidação

dos regimes democrático e do Estado de Direito, é necessário tempo como permissivo de adequação aos parâmetros ditados pelos estatutos da ordem mundial em relação à dignidade da pessoa humana em ponderação com a noção de cidadania e a capacidade macroeconômica dos Estados, cada um em particular.

Também nesse jogo de equilíbrio podemos pontuar as dificuldades contemporâneas de fincar parâmetros de piso para a definição do conceito dos direitos atrelados ao reino do núcleo mínimo²¹, tanto vinculado à dignidade da pessoa humana como à cidadania. E mesmo em relação à reserva do possível. A fragilidade de ditos parâmetros se concebe na ordem internacional e nas respectivas ordens de soberania interna.

Se ditos parâmetros exigem fôlego na ordem político-jurídica para diretrizes mínimas quanto a sua uniformidade, não é recomendado que o vetor do mínimo existencial tenha correlato de uniformidade em países, impedido que é pelos fragmentos históricos, culturais, políticos e socioeconômicos. Princípios universais não se confundem com universalizáveis.

Sendo a cidadania ordem de grandeza que espelha condições da realidade concreta e sustentada pelos aludidos fragmentos, mínimo existencial e reserva do possível se submetem à capacidade pontual de cada bloco nacional de sustentá-los, a que nível se considere.

A transposição incipiente de tais institutos para o Brasil, como já destacado, confessadamente, do direito produzido pelo Tribunal Constitucional alemão, determina revisão e adequação às diferenças e características entre a realidade brasileira e a de outros Estados.

No caso brasileiro, a base de relação com seus nacionais se restringem, como país em desenvolvimento, a critérios de bens vitais e primários e, porquanto, mais íntimos com os conceitos ligados ao princípio da dignidade humana em desfavor do conteúdo de cidadania.

Cidadania é conceito volátil, dúctil, cuja intensidade deve ser medida na ponderação de uma gama de valores estratificados – que se acumulam – na história das sociedades e dos respectivos governos, na medida em que o dever de prestações positivas estatais deve ser instado para o máximo de

correspondência ao atendimento de necessidades fundamentais sociais, cujo objetivo é atender ao núcleo de uma cidadania inclusiva. Resumidamente, concluímos que: (i) reserva do possível e mínimo existencial não portam valor por si só; (ii) portanto, indicá-los como ponto de partida para a discussão sobre satisfação estatal de prestações positivas ou defensivas reduz o raio de visão em relação às teorias modernas de justiça social; (iii) além disso, abordam de forma minimalista as diretrizes das liberdades públicas, como produto evolutivo da história social e política da humanidade – liberdade, igualdade e fraternidade; (iv) por conta dessas premissas, o foco de discussão deve habitar outro ambiente, cujas ordens de grandeza são, de um lado, o princípio do *maximin* oriundo da teoria rawlsiana de distribuição de justiça social e considerada dentro de um Estado de Direito e um Estado Social – de Bem-Estar Social e, de outro, a capacidade pontual do que determinada sociedade pode suportar; (v) desse ambiente, exsurge o conceito de cidadania inclusiva que nasce com a ideia de solidariedade, cooperação e colaboração no pacto social e se protraí até aos rincões da relação de soberania e representatividade povo e Estado, bem como a capacidade contributiva desta relação; (vi) ante a inexorável particularidade de cada nação, de cunho histórico ao político, cidadania é conceito não uniformizável – impedindo a universalização dos conceitos de reserva do possível e de mínimo existencial – para fins de regular, normatizar, decretar, julgar e orçar vetores que nascem das realidades distinguidas.

Portanto, a transposição das decisões do Tribunal Constitucional alemão, apesar de sadias na interdisciplinaridade do Direito Comparado, deve sofrer, constantemente, acurada revisão e adequação pela academia, principalmente, quando utilizadas na sustentação de decisões judiciais em casos concretos ou mesmo, em síntese, na prestação da jurisdição comum e no controle da constitucionalidade abstrata e difusa.

Ao cabo de todos esses anos, desde o surgimento do instituto do *numerus clausus I*, talvez, um novo construtivismo social reclame a revisão de determinados

valores, considerando que se forjou, na doutrina e na jurisprudência, uma espécie de distorção entre uma ideia de valores e a justiça concreta desafiada pela realidade social nacional.

A experiência demonstra que a judicialização e ativismo judicial são efeitos de uma patologia de abalo de legitimidade em relação ao Estado e seu dinamismo democrático. O Judiciário é, sem dúvida, o único e possivelmente o último pilar de contraposição à superestrutura do poder político e é sobre as causas que a jurisdição vem atuando para a salvaguarda de correção entre valores éticos, sociais, econômicos, históricos e políticos da realidade e das mazelas – que, em sua estrutura, protagonizam-se perante as omissões às promessas sociais constitucionais – e das expectativas frustradas da comunidade brasileira.

NOTAS

- 1 Como seria de esperar, diante do dinamismo dos fenômenos e das decisões judiciais que os acompanham, desde a editoração do artigo paradigma até a presente data, a situação se alterou quase por completo na justiça brasileira, a exemplo da decisão sobre a responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao dever constitucional fundamental de proteção à saúde, pouco importando possíveis limitações legais (STF, RE 855.178 RG, TP, DJE 13/3/2015). Daí a legitimação processual concorrente da União Federal (STF: ARE 787.314/RS-Agr, T2, DJE 29/5/2014; RE 626.382/RS-Agr, T1, DJE 11/9/2013, *interplures*), podendo ser demandados os entes federativos em conjunto ou isoladamente, segundo exclusiva e discricionária opção do autor (STF: ARE Agr 727.864, T2, DJE 12/11/2014). Aspectos atinentes à redistribuição interna de competências administrativas e a (im) possíveis compensações financeiras entre pessoas políticas são inoponíveis aos demandantes e ao Poder Judiciário, devendo ser objeto de discussão no plano administrativo (TNU: PEDILEF 20111510243509, DOU 5/12/2014), com Súmula 43 da jurisprudência das turmas recursais do Rio de Janeiro. Confira-se ainda: AI Agr 550.530, T2, DJE 15/8/2012; ARE 812.424, T2, DJE 22/8/2014; ARE ED 800.051, T2, DJE 22/8/2014; ARE Agr 814.541, T2, DJE 19/8/2014; RE Agr 814.197, T2, DJE 19/8/2014; AI Agr 842.740 Agr, T1, DJE 30/4/2014.
- 2 As decisões por ordem cronológica: BVerfG/1 BvL 32/70 e 25/71, j. 18/7/1972/BVerfGE 33, 303/NJW 1972, 1561; BVerfG/1 BvL 20/84, j. 29/5/1990/ BVerfGE 82, 60/NJW 1990, 1869; BVerfG/1 BvL 51/86 e 50/87 e 1 BvR 873/90, 761/91, j. 7/7/1992/ BVerfGE 87/NJW 1992, 2213; BVerfG/1 BvR 178-97, j. 10/3/1998/ BVerfGE 97, 332/NJW 1998, 2128; BVerfG/1 BvR 1629/94, j. 3/4/2001/ BVerfGE 103, 242/NJW 2001, 1712; BVerfG/1 BvR 684/98, j. 9/11/2004/ BVerfGE 112, 50/NJW 2005, 1413.
- 3 Nesse ponto, contrapõe-se ao poder estatal o caráter absoluto do mínimo, seguindo a dicção da Constituição alemã e a jurisprudência da Corte Constitucional italiana, donde se conclui que o núcleo mínimo é “ineliminável” do direito à prestação, conforme entendimento de Cione Giampiero. (apud PERLINGEIRO, 2013, p. 173, nota de rodapé n. 40).
- 4 Como aliás estabelece o art. 334 da Constituição da Colômbia (com redação dada pelo art. 1º do Ato Legislativo n. 3), ao qual faz remissão o articulista (PERLINGEIRO, 2013, p. 176, nota de rodapé n. 50), para quem a *sostenibilidad fiscal*, como instrumento para alcançar de forma progressiva os objetivos do Estado Social de Direito, em nenhum caso afetará o núcleo essencial dos direitos fundamentais, e tampouco poderá ser invocado por autoridades administrativas, legislativas ou judiciárias para esvaziar direitos fundamentais, restringir seu alcance ou negar sua proteção efetiva.
- 5 É particular ao texto a distinção que faz em relação aos institutos orçamento público e recursos financeiros: *Como se depreende, a reserva do possível está intimamente relacionada com orçamento público, abarcando-os sem que com ele se confunda. Entre recursos financeiros e a reserva do possível, não há contudo, nenhuma vinculação. [...] Com efeito, a natureza política do orçamento conduz ao planejamento de despesas públicas que estejam na esfera de disponibilidade do administrador; diante de um dever constitucional ou legal, nada mais lhe restaria senão pagar, passando a ocupar o orçamento um papel interna corporis e secundário em face de um credor público. [...] Quando aos recursos financeiros (fluxo de caixa), recursos materiais ou humanos, não são eles condições de existência de um direito subjetivo em face do Poder Público, apesar de a ausência de caixa – inclusive por falta de orçamento – pode afetar sua concretização. Não ter recursos financeiros ou materiais para pagar um crédito é uma im-*

possibilidade fática, contra a qual devemos buscar respostas no campo do direito processual. De qualquer forma, a ausência de recursos financeiros jamais deve ser confundida com a ausência de recursos orçamentários que teriam relevância somente enquanto intrinsecamente atrelados à ideia de reserva do possível. (PERLINGEIRO, 2013, p. 176).

- 6 Rawls (1971). De cunho sociológico, confira-se a obra de Kolm (1971).
- 7 *Determinar o âmbito de proteção da dignidade humana suscita dificuldades em vários sentidos: – a dignidade da pessoa humana é um conceito que atravessou dois mil e quinhentos anos da história da filosofia e ganhou uma configuração diferente em diversas tradições filosóficas; – a questão de saber em que circunstâncias é violada a dignidade da pessoa humana “não pode ser respondida em termos gerais, mas tendo apenas em consideração o caso concreto”. O estado geral civilizacional e cultural de uma sociedade determina diferentes concepções e concretizações da dignidade da pessoa humana; – por fim, a relação da dignidade da pessoa humana com outros direitos fundamentais suscita problemas. Em especial, pergunta-se onde reside o caráter autônomo da garantia da dignidade da pessoa humana, a par, por exemplo, do direito à vida, dos direitos à igualdade ou da liberdade de consciência. Há especialmente duas concepções sobre como pode ser determinado positivamente o âmbito de proteção do art. 1º, n. 1. Segundo uma, a dignidade da pessoa humana pode ser concebida como um valor dado como dote ao homem por Deus ou pela natureza, por exemplo “o valor próprio e a autonomia, a essência, a natureza do ser humano pura e simplesmente”. Esta “teoria do dote” entende-se na tradição da doutrina cristã do direito natural e da filosofia de Kant. E continuam os autores, destacando, nesse ponto, que há coincidência com a ideia deste trabalho no que se refere à dignidade da pessoa humana como uma dentre outras perspectivas da cidadania: Segundo a “teoria da realização”, o aspecto decisivo da dignidade da pessoa humana é a realização da formação da identidade: o ser humano tem a sua dignidade em virtude da sua própria conduta autônoma. A seu favor está, por um lado, o fato de não ser tomada vinculativa determinada tradição filosófica e, por outro, o fato de se exprimir claramente a relação da dignidade da pessoa humana com outras decisões fundamentais da Lei Fundamental (o princípio do Estado de direito e o princípio do Estado social, os direitos à igualdade e à liberdade), que tornam possível a realização da formação da identidade. Ambas as concepções retomam aspectos centrais daquilo que, sob o conceito de dignidade da pessoa humana, merece ser mantido como intocável.* (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 170-171).
- 8 *De resto, ambas as concepções se encontram, e ambas se encontram também com a jurisprudência no fato de, no caso concreto, se levar menos em conta determinações positivas da dignidade da pessoa humana do que, pelo contrário, definições negativas e se perguntar que atos do poder público se podem caracterizar como violação da dignidade da pessoa humana. Se nesta problemática se alcança mais unanimidade do que a diversidade das concepções permite esperar, então manifesta-se aí, do ponto de vista sociológico, a função de garantia da dignidade da pessoa humana como limite tabu: a nossa sociedade, sem respectivamente pretender questionar e sem o poder fundamental geral, concorda com o fato de serem absolutamente insuportáveis certas maneiras como o poder público lida com o ser humano. Do ponto de vista dogmático, com a mudança da formulação da questão, passa-se de problemas do âmbito de proteção (prestações positivas) para problemas de ingerência no âmbito de proteção (prestações defensivas).* (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 171).
- 9 *Os elementos ou fatores fato, valor e norma, não existem isoladamente, fazem parte e integram o processo cultural da experiência jurídica e humana. Eles funcionam reunidos como sistema integrado devido à realidade histórico-cultural que os determina. Ora, explica-nos mais uma vez Reale: o fato é subjacente como fenômeno jurídico, pois é um contexto econômica, geográfico, de ordem técnica; o valor é o que confere significação a esse fato, logo está integrado ao momento e ao contexto, inclinando ou determinando o agir humano numa dada finalidade; e, a norma, é a expressão ou medida que vai orientar e integrar os demais elementos, dando-lhes dimensão. É que o Direito, segundo o citado mestre, como toda área de estudo e compreensão, precisa de um fundamento, e eis fundamento, diz o mestre: “Em resumo, são três os aspectos essenciais de validade do Direito, três requisitos para que uma regra jurídica seja legitimamente obrigatória: o fundamento, a vigência e a eficácia, que correspondem, respectivamente, à validade ética, à validade formal ou técnico-jurídica e à validade social. Fácil perceber que a apreciação ora feita sobre vigência, eficácia e fundamento vem comprovar a já assinalada estrutura tridimensional do Direito.” (MOREIRA, 2012).*
- 10 Entretanto, são os critérios definidos que sustentam particular sucesso em cada um desses modelos, em especial, quando se está em foco a justiciabilidade. Na França, o primeiro plano é concedido ao controle da legalidade

- e o segundo plano, à satisfação e garantias do direito individual. Na soberania alemã, por sua vez, ocorre o oposto.
- 11 *A presença permanente da autoridade pública supondo que está ajudando o trabalhador reforça nele a ideia de que ser explorado é o seu destino.* (DELGADO, 2016).
 - 12 O texto paradigma (PERLINGEIRO, 2013, p. 172) auxilia na compreensão deste argumento, entretanto, com outra abordagem, ao fazer referência a Celine Fercot, para quem o direito ao mínimo pode ter fundamentos diferenciados: na dignidade da pessoa humana, de forma autônoma, como em Israel, e vinculada ao Estado Social, a exemplo da Alemanha e da Colômbia, mencionando, ainda, o direito ao mínimo decorrendo diretamente do direito à vida, como na Índia, ou decorrendo do direito à vida e da dignidade associados, como no Direito sul-africano.
 - 13 Na sociologia encontramos algumas orientações sobre essa relação originária primária: *O poder político é uma necessidade social, e é melhor que seja organizado em torno do Estado. Mas, não sendo formado por laços de sangue como na realeza, ele é consequência da evolução da sociedade regulada. E uma das suas bases é justamente a evolução dos direitos sociais, econômicos, políticos, culturais e da autonomia do cidadão. Não existe progresso sem progresso dos costumes. Por isso, a boa autoridade sabe que suas propriedades mais notáveis são a ponderação e o descortino, e não a obsessão em arbitrar.* (DELGADO, 2016).
 - 14 A compreensão desse estágio é fundamental e, para tanto, é de se considerar a concepção da política de Karl Marx para identificar a relação originária mencionada no texto: *Existem, portanto, na formação do Estado político, três elementos: 1) um elemento espontâneo, o processo natural através do qual aparecem as funções dirigentes da sociedade; 2) um elemento refletido: tão logo a sociedade se diferencia e se complica, as funções de direção exigem um certo conhecimento [...] da estrutura social, das necessidades, dos interesses presentes, das obrigações e direitos recíprocos, em resumo, do conjunto social. Através desse conhecimento confuso, as funções espontâneas de direção se elevam à graduação de funções administrativas, jurídicas e assim por diante; 3) um elemento ilusório, de importância capital. Sempre sob a cortina de fumaça da ideologia, o poder do Estado foi exercido em um sentido determinado, somente parecendo independente e imparcial. As funções administrativas ou jurídicas se realizavam visando aos interesses da classe dominante. As necessidades do conjunto social se encontravam perpetuamente enviesadas e interpretadas em favor desse sentido, sob a cobertura de uma imparcialidade superior.* (LEFEBVRE, 2013, p. 94-95).
 - 15 Exemplo disso é a remissão Alexy no texto paradigma (PERLINGEIRO, 2013, p. 178, nota de rodapé n. 56): *mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência.*
 - 16 JUSTIÇA FEDERAL. Processo n. 0062261-1.2015.4.02.5151/2015.51.01.062261-7, autor Tiago Vitoriano Dantas, CPF n. 139.806.117-44, réu União Federal, disponível em: <<http://procweb.jfjf.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp>>. A pretensão levada ao Judiciário foi decorrente da lide surgida pela negativa do Executivo em fornecer o insumo motorizado sob as seguintes alegações: (i) reserva do possível; (ii) plena satisfação dos requisitos mínimos para a dignidade da pessoa humana com limitação; (iii) não estar o insumo compreendido dentro das ações do Sistema de Saúde do país e de seu consectário orçamento. A demanda foi procedente e confirmada em grau recursal, com trânsito em julgado, com base na proibição de retrocesso social: a perspectiva da teoria dos custos dos direitos não pode ser invocado para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestações constitucionalmente impostos, incidindo a teoria dos limites dos limites – *Schranken, Schranken* (STF: ARE AgR 727.864, DJE 12/11/2014), e nem mesmo pode justificar a omissão do Poder Público e seu respectivo controle judicial, a fim de observar princípios constitucionais, tais como a proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso – *Übermaßverbot* (STF: ARE AgR 581.352, T2, DJE 21/11/2013), como destacado pelo Juiz Federal Relator André Lenart.
 - 17 *Governabilidade e governança são conceitos mal definidos, frequentemente confundidos. A capacidade política de governar ou governabilidade deriva da relação de legitimidade do Estado e do seu governo com a sociedade, enquanto que governança é a capacidade financeira e administrativa em sentido amplo de uma organização de implementar suas políticas. Sem governabilidade é impossível governança, mas esta pode ser muito deficiente em situações satisfatórias de governabilidade. No conceito de governança pode-se incluir, como o faz Reis (1994), a capacidade de agregar os diversos interesses, estabelecendo-se, assim, mais uma ponte entre governança e governabilidade* (PEREIRA, 1997).
 - 18 Ingo W. Sarlet e Mariana F. Figueiredo (2010, p. 20-21) auxiliam na elucidação de que na Alemanha, como destacado em nosso trabalho, o regime político-econômico do Estado Social foi e é o sustentáculo das obrigações essenciais de assistência social aos cidadãos, ao mencionar a formulação paradigmática de Otto Bachof (*Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, in: VVDStRL n. 12/ 1954, p. 42-43) e de H.F. Sacher (*Das soziale Staatsziel*, in: Isensee-Kirchhof (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland/HBStR*, v. I, Heidelberg, CF Müller, 1987, p. 1.062 e ss.). Tal parâmetro é um dos moles de restrição à transposição para o Direito brasileiro, segundo nosso trabalho.
 - 19 *Individualismo e coletivismo são extremos do eixo sobre o qual gira a ciência política. O individualismo caracteriza-se pela supremacia do indivíduo em relação à sociedade e ao Estado; e o coletivismo, ao revés, só reconhece os direitos da sociedade. Não admite o coletivismo direitos individuais contra a sociedade, nem mesmo reconhece o indivíduo, isoladamente, como sujeito de direitos perante o Estado... O coletivismo é o extremo oposto do individualismo. Suprime os direitos individuais e eleva a coletividade à condição de pessoa única, titular de todos os direitos. Expressa-se também pelas palavras socialismo, totalismo, totalitarismo, integralismo etc. ... O socialismo marxista, ao ser aplicado como socialismo de Estado, segundo a fórmula bolchevista, perdeu suas características essenciais de doutrina econômica, para transformar-se em doutrina política. Corporificando-se no Estado russo, a partir de 1918, foi refundido por Lenin e Stalin. Assumiu a forma do comunismo revolucionário instituído em nome da ditadura da classe proletária, e degenerou-se praticamente numa oligarquia, com as características de um sistema de capitalismo estatal. Assim, não há que se confundir entre socialismo marxista como doutrina sócio-econômica e o sistema político que podemos denominar rússismo.* (MALUF, 2003, p. 325 e 330).
 - 20 A citação de Pieroth e Schlink que, felizmente, abarca o objeto central de nosso trabalho e, de carona, estabelece o conteúdo de um mínimo existencial no Estado social, lendo-se *welfare state*: *A questão de saber até onde vai a responsabilidade do Estado social, sob o aspecto da dignidade da pessoa humana, está especialmente dependente dos padrões e também da riqueza de uma sociedade, este critério está dependente do tempo e da situação. Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, o particular tem direito "àqueles pressupostos materiais". [...] que são indispensáveis para a sua existência física e para um mínimo de participação na vida social, cultural e política* (BVerfG, 9/2/2010) (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 174).
 - 21 Essa feliz expressão foi cunhada por Catherine Young, acadêmica de Yale (YOUNG, 2008, p. 131).

REFERÊNCIAS

- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. São Paulo: Moderna, 2009.
- ASIMOW, Michael R. Five models of administrative adjudication. *American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 63, n. 1, 2015. Disponível em: <<https://academic.oup.com/ajcl/article-abstract/63/1/3/2572224/Five-Models-of-Administrative-Adjudication?redirectedFrom=fulltext>>. Acesso em: 16 mar. 2016.
- BARROSO, Luis Roberto et al. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.
- DELGADO, Paulo. O Estado contra a sociedade. *Jornal O GLOBO*, Rio de Janeiro, 7 mar. 2016.
- KOLM, Serge-Christophe. *Justice et équité*. Paris: Éditions du CNRS, 1971.
- LEFEBVRE, Henri. *Marxismo*. Tradução de William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2013.
- MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 26. ed. atualizada pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MOREIRA, Ailton Rodrigues. A tridimensionalidade do direito e a crise do ordenamento jurídico. *Webartigos*, 22 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-tridimensionalidade-do-direito-e-a-crise-do-ordenamento-juridico/92741/#ixzz43lFUFHim>>. Acesso em: 16 mar. 2016.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Trabalho apresentado à 2ª Reunião do Círculo de Montevidéu. Barcelona, 25-26 abr. 1997. Publicado no Caderno do MARE, Brasília, 1997.
- PERLINGEIRO, Ricardo. É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais? *Revista de Direito Administrativo*

Contemporâneo, São Paulo, ano 1, v. 2, p. 163-185, set./out. 2013.

_____. Os cuidados de saúde dos idosos entre as limitações orçamentárias e o direito a um mínimo existencial. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 83-118, mar./jun. 2014.

_____. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

_____. SOMMERMANN, Karl-Peter. *Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction*: English, French; German; Italian; Portuguese and Spanish Versions. Niterói: UFF, 2014.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIKETTY, Thomas. *A economia da desigualdade*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge (EUA): Belknap (Harvard University Press), 1971.

REIS JÚNIOR, Ari Timóteo. A teoria da reserva do possível e o reconhecimento pelo Estado de prestações positivas. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 17, n. 86, p. 9-31, maio/jun. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de et al. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-50.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de et al. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63-78.

YOUNG, Katharine G. *The minimum core of economics and social rights: a concept in search of content*. Disponível em: <http://www.yale.edu/yjil/pdf/vol_33/young%20Final.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2016.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 13-26, mar. 2011; *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 1, DTR/2011/1234, p. 577-590, ago. 2011.

_____. *Direitos fundamentais sociais*. Curitiba: Juruá, 2008.

Artigo recebido em 18/8/2016.

Artigo aprovado em 8/9/2016.

Marco Falcão Critsinelis é juiz federal do 3º Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.