

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

MARCOS LEITE GARCIA

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-341-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Como corresponde aos nossos anseios de seguir construindo uma sociedade democrática, aberta, mais justa e plural, a presente obra reúne artigos que foram previamente aprovados (com dupla revisão cega por pares) para o Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II. Assim sendo, os respectivos trabalhos foram apresentados e debatidos no dia 9 de dezembro de 2016 nas dependências da UNICURITIBA, situada na Rua Chile na capital paranaense, durante a realização do XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI).

Quanto ao recorte temático, partindo do eixo Direitos Fundamentais e suas Garantias, os esforços foram direcionados para o aprofundamento dos debates dos mais diversos, atuais, polêmicos e relevantes assuntos como a questão do aborto; da escravidão nos dias atuais em nosso país; discursos de ódio; proteção dos direitos da criança e adolescente; efetivação e construção artificial da igualdade; direito à identidade constitucional; e fortalecimento do poder judiciário. Ainda assim temas clássicos como os do princípio da dignidade da pessoa humana, direito à vida, princípio da proporcionalidade, liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdades de informação e sobre as gerações de direitos humanos.

Considerando esse vasto e interessante universo de ideias, optou-se por reunir os artigos em blocos, por afinidade de assuntos, o que viabilizou um fértil debate após as apresentações de cada grupo temático. Dita dinâmica, além do excelente clima de respeito mútuo e de estreitar os laços entre os pesquisadores, viabilizou a reflexão e o intercâmbio de pensamentos, o que sem nenhuma dúvida reforça e qualifica a pesquisa científica no tema dos Direitos Fundamentais e suas respectivas Garantias.

Boa leitura a todos!

Curitiba, dezembro de 2016.

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro. UNOESTE-SC/UFSC

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia. UNIVALI-SC/UPF-RS

A ASCENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS MEDIANTE POSTULADOS NORMATIVOS, O FORTALECIMENTO DO PODER JUDICIÁRIO.

THE RISE OF FUNDAMENTAL RIGHTS BY REGULATORY POSTULATES, THE JUDICIAL POWER STRENGTHENING.

Daniel De Andrade Santos

Resumo

Um Poder Judiciário eficiente é capaz de responder as atuais demandas que lhe são suscitadas, agindo de forma condizente com a opção do constituinte originário de promover o desenvolvimento por meio da constitucionalização dos direitos fundamentais. A atuação do Judiciário se modernizou e se alinhou às teorias constitucionais desenvolvidas por Konrad Hesse, Friedrich Müller e Robert Alexy entre outros. Na interpretação da Constituição, somada a imediata aplicação da norma que garante direitos fundamentais, estão às bases desse modelo de atuação. Ao garantir direitos sociais surgem questões relacionadas ao custo para o cumprimento da decisão judicial.

Palavras-chave: Direitos sociais, Postulados normativos, Mínimo existencial

Abstract/Resumen/Résumé

An efficient Judiciary is able to respond to current demands that are raised, acting in compliance with the constituent originating option of promoting development through constitutionalization of fundamental rights. The Judicial action modernized and aligned to constitutional theories developed by Konrad Hesse, Friedrich Müller e Robert Alexy among others. In the interpretation of the Constitution, coupled with the immediate application of the rule that guarantees fundamental rights are the basis of this model acting. By ensuring social rights arise issues related to the cost for compliance with the court decision.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Postulates normative, Minimum existential

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais garantidos na Constituição de 1988, inegavelmente marcam os avanços sociais e o momento de ruptura histórica que o Brasil vivenciou quando da promulgação da atual Carta democrática. A disposição que afiança a imediata aplicabilidade de normas de direitos fundamentais, ainda que de caráter social, coaduna com os objetivos do Estado de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos.

A harmonia entre os poderes, além de ser dispositivo constitucional estabelecido no Art. 2º da CF/1988, é primazia para eficácia da organização do plano teórico do texto constitucional. Serve como elemento estruturante do Estado democrático, viabilizando o desenvolvimento social e econômico.

No plano fático, vivenciamos um Poder Judiciário atuante e incisivo nas questões relacionadas aos direitos fundamentais, em especial os de natureza sociais. Seguindo o critério de aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, subsidiado por teorias de interpretação, denominadas postulados normativos, meta normas ou princípios instrumentais, avança na judicialização de políticas públicas ao ponto de modificar as diretrizes dos outros poderes.

A judicialização de direitos vinculados a políticas públicas, ainda constrói conceitos como a reserva do possível e o mínimo existencial, o primeiro serve de subterfúgio à administração pública quando sua carência é obstáculo à realização plena de direitos. O segundo é decorrência do primeiro, enfatiza um núcleo essencial mínimo, que o Estado não pode se eximir de garantir. Os dois conceitos são abstratos e carregam grande carga de subjetivismo.

Utilizando do método hipotético dedutivo, a pesquisa tem como objetivo a discussão da atual postura do Poder Judiciário, em especial a do Supremo Tribunal Federal, que utilizando de teorias como a força normativa da constituição, de Konrad Hesse, modifica a relação de conformidade entre os poderes e a gestão do orçamento público.

1. O PODER JUDICIÁRIO EM TRANSFORMAÇÃO

O Poder Judiciário nas últimas décadas alterou sensivelmente a forma de desempenhar suas atribuições e a prestação jurisdicional. De forma quase que reflexa, as críticas quanto a sua nova postura, o aumento significativo de demandas jurisdicionalizadas e principalmente quanto aos mecanismos utilizados para conter a famigerada “crise do judiciário”, se tornaram cada dia mais constantes. Métodos que potencializem os efeitos considerados positivos e minimize os negativos são objetos de estudos de acadêmicos do direito, que debruçam seus esforços a procura de soluções para adequar às necessidades com a possibilidade de realização nas atividades do Judiciário.

As circunstâncias que convergiram para transformar o Judiciário em uma arena de discussão, na qual as partes podem racionalizar seus interesses e suas concepções político-jurídicas, constroem decisões judiciais que por consequência inevitável, interveem no exercício de outras esferas de poder. O valor do Judiciário se solidifica ao garantir que os arranjos e disputas se façam sob o princípio da legalidade, garantindo a apreciação de diferentes reivindicações, ainda que de caráter social (LOPES, 2006, p.138).

A possibilidade de se ter resolvidas questões individuais, relacionadas às matérias que são em regra dirimidas em políticas públicas, potencializa o Judiciário, que basicamente se agiganta, tanto em relação à atividade exercida como na estrutura física. A qualificação de seus servidores e o melhoramento das instalações refletem essa tendência de busca da eficiência.

Na função judicante, o corolário extraído do texto Constitucional, possibilita uma atuação quase ilimitada para garantir o exercício pleno dos direitos, característica que está diretamente vinculada ao alcance desse remodelado Poder Judiciário. Considerando que o efeito da sentença judicial pode vir a atingir outras partes alheias ao processo, quanto maior o alcance da decisão, maior rigor deve ser empregado na avaliação dos efeitos no contexto social, em especial o seu grau de ingerência nas outras esferas do poder, como define Dalmo de Abreu Dallari.

É preciso ter muito claro, que para a proteção judicial dos direitos, não é suficiente e, pelo contrário, é perigoso só cumprir formalidades judiciárias, ter uma aparência de proteção judicial, que adormece a vigilância e que não é, porém, mais do que uma ilusão de justiça (DALLARI, 2002, p.38).

O Judiciário que avança para garantir ao jurisdicionado direitos que as outras atividades do Estado não alcançaram, o coloca na posição de fiscalizador do funcionamento adequado da administração pública. Na contramão desse desenvolvimento, o emaranhado de disposições administrativas e processuais, lhe mantém, em alguns casos, como violador de direitos por não oferece em tempo adequado a solução justa.

O formalismo do processo, por vezes exagerado, acaba por favorecer a impunidade, ou atrasando as soluções das lides. José Reinaldo de Lima Lopes defende que mudanças são fundamentais para que o Judiciário adquira maior efetividade em suas atividades, sem ultrapassar sua esfera de atribuições.

Precisamos transformar a máquina cartorária: nenhum código de processo agiliza e barateia o serviço judicial sem que se rompa com a tradição cartorária pré-moderna que se insiste em manter. O sistema recursal tem que ser revisto, liberando-se o Supremo para tarefas constitucionais, conservando e aperfeiçoando a ação direta de constitucionalidade, revendo o papel do STJ no que diz respeito à uniformização da interpretação das leis federais. (LOPES, 2006, p.138).

A almejada eficiência também deve ser vista com ressalva, já que medi-la exclusivamente pelo tempo do processo, não tem se mostrado adequado no atual momento, como define Mônica Bonetti Couto e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug.

O discurso da eficiência tem tomado conta dos corredores do Judiciário, da Academia e, com singular atenção, da grande mídia e, por consequência, de toda a sociedade. Todos parecem clamar por um processo célere e, para essa obtenção, exigem um controle numérico-quantitativo de processos e de decisões, a partir de uma análise econômica da eficiência, solução que, para nós, deve ser vista com alguma reserva ou cuidado. Parece que circundam o tema, fundamentalmente, dois problemas, aqui apresentados com a formulação de duas questões cruciais: a) qual o significado do princípio da eficiência aplicado ao Poder Judiciário?; e b) até que ponto a eficiência do Judiciário pode ser aferida, legitimamente, a partir de critérios da administração e da economia, classicamente usados na avaliação do desempenho das atividades empresariais? (COUTO; MEYER-PFLUG, 2014, p.7).

Construindo novos avanços e rompendo com antigas dificuldades administrativas, o Judiciário segue executando suas funções estabelecidas na Constituição Federal de 1988. As melhores condições de trabalho possibilitam que das varas de primeira instância ao guardião da própria Constituição, surjam decisões com abrangências potencializadas, com maior uso do efeito *erga omnes*, oferecendo ao jurisdicionado decisões antes possíveis somente na esfera da política.

É fato que as mudanças nas últimas décadas ocorreram com fundamentos na Constitucional de 1988 e nas normas infraconstitucionais, que resultaram em um Poder Judiciário, muito mais ativo e presente nas demandas de cunho sociais, porém, tal comportamento possui consequências, esbarra no orçamento público e na reserva do possível, por vezes, esvaziando o objeto da decisão por incapacidade de cumprimento.

Entender os mecanismos dessa recente forma de atuação do Poder Judiciário, a construção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, entendido como mínimo existencial, ao qual o ente público deve observar e garanti, se mostra fundamental para compreender como o momento histórico da formação da Constituição, que elencou direitos sociais como fundamentais, modificou a relação entre os três Poderes do Estado.

2. A POSIÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

É necessário especificar, que desenvolveremos o tema na conspeção de que direitos e garantias fundamentais são gêneros, que possuem como espécies os direitos individuais (capítulo I, da CF/1988), direitos coletivos, (capítulo I, da CF/1988), direitos sociais (capítulo II, da CF/1988), direitos de nacionalidade (capítulo III, da CF/1988), direitos políticos (capítulo IV, da CF/1988) e partidos políticos (capítulo V, da CF/1988), seguindo a ordem do texto Constitucional, no que pese a existência de outras classificações¹.

Os direitos sociais servem como garantias aos indivíduos, de modo a dar condições favoráveis para sua sobrevivência, direitos estes, básicos e essenciais. Com objetivo de garantir seu pleno exercício, o constituinte seguindo um movimento de gerações de direitos fundamentais, os trouxe para o texto constitucional em posição de direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988, rompendo com o regime autoritário militar, traz uma modelagem democrática, revestindo-se de direitos e garantias fundamentais com a finalidade de solidificar a plena condição de cidadania. A posição em que foram dispostos os artigos demonstra o momento histórico da ruptura que o novo texto Constitucional estabeleceu no país.

¹ Entre as classificações dos direitos fundamentais, as que entendemos mais relevantes são três. A Unitária: há profunda semelhança entre os direitos fundamentais, o que impede sua classificação em categorias estruturalmente distintas, defendida por Jairo Gilberto Schäfer. A dualista: divide os direitos fundamentais, incluindo os direitos políticos, em direitos de defesa e direitos de prestações, tem como expoente Ingo Wolfgang Sarlet. A tripartista: divide os direitos fundamentais em de defesa, de prestação e de participação, é desenvolvida por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins.

Introduz a Carta de 1988 um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria da história constitucional do país. É a primeira Constituição brasileira a iniciar com capítulos dedicados aos direitos e garantias, para, então, tratar do Estado, de sua organização e do exercício dos poderes. Ineditamente, os direitos e garantias individuais são elevados a cláusulas pétreas, passando a compor o núcleo material intangível da Constituição (artigo 60, parágrafo 4º) (PIOVESAN; VIEIRA 2006, p.130).

A Constituição inova ao definir os direitos sociais com peso de direitos fundamentais e consequentemente sua aplicação imediata. Importante ressaltar, que as participações populares e a passagem por um regime autoritário, foram fundamentais para a constitucionalização destes direitos e principalmente das garantias para o seu exercício pleno.

O rol do artigo 6º da Constituição Federal, que estabelece como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, elenca apenas um rol exemplificativo, pois os direitos sociais possuem uma abrangência maior que o disposto. Alexandre de Moraes ensina com clareza a natureza fundamental dos direitos sociais:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando ‘a concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos’ (MORAES, 2011, p.206).

Existe além do art. 6º que apresenta o rol dos direitos sociais, outras disposições distribuídas por todo texto constitucional. Os dispositivos constantes da ordem social, que fixam, como direitos de todos e deveres do Estado, a saúde, no art. 196². A educação, no art. 205, com obrigatoriedade e gratuidade para todos, garantidos pelo poder público, inclusive tendo dotação orçamentária diferenciada para tal fim, são exemplos relevantes.

A consagração dos direitos sociais reafirma a escolha do constituinte pelo modelo econômico de bem-estar. Necessariamente direcionada o Estado para o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF/1988), garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CF/1988), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF/1988) e promover o bem de todos (art. 3º,

² Defini como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

IV, da CF/1988). A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, caput, da CF/1988).

Os direitos sociais são tidos como de ordem pública, possuem força imperativa, são direitos invioláveis. Merece registro a lição de Anna Cândida da Cunha Ferraz e Antônio Carlos Pedroso.

A característica mais acentuada dos direitos sociais é a determinação da atitude do Estado com relação a eles. Os direitos sociais demandam do Estado uma “atuação positiva”. Isto significa dizer que não se bastam, para caracterizar os direitos sociais, as declarações ou as positivizações constitucionais de direitos a prestações positivas estatais, vale dizer, por outorgarem aos indivíduos a faculdade de exigir do Estado que promova, possibilite e torne efetivo o exercício do direito considerado. São chamados direitos sociais porque propõem à realização da justiça social ou porquanto constituem instrumentos postos pelo Estado e pela sociedade para a efetiva concretização dos direitos fundamentais em geral. (FERRAZ; PEDROSO 2006, p.128).

Junto à promulgação da Constituição, surge para ciência jurídica uma inquietação, como criar políticas públicas para efetivação dos objetivos descritos na Carta Suprema, era preciso planejamento e execução coordenada de ações, de forma rápida, porém com eficácia necessária (BUCCI, 2013, p.23). A ineficiência de parte da administração pública em responder a esses anseios sociais, coloca o Estado em posição de demandado em inúmeras ações judiciais, ao ponto de serem criadas varas especializadas, nas quais o único demandado é o próprio Estado.

O Poder Judiciário envolvido nesse processo de desenvolvimento social, por meio de judicialização de políticas públicas, desenvolve mecanismos para proporcionar essa promoção. Encontra na interpretação a ferramenta para extrair do ordenamento vigente, em especial da Constituição Federal sua aplicação mais adequada para garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais. Essa nova forma de atuação fica nítida ao se busca na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal os fundamentos das decisões, considerando sua função de guardião da Constituição e promovedor dos recursos necessários para alcançar seus objetivos.

3. OS PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS E AS DECISÕES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Na recente jurisprudência construída no Brasil referente às demandas sociais, à aplicação dos princípios instrumentais se mostra elemento estruturante desse processo de judicialização de questões anteriormente discutidas de forma exclusiva na esfera política. Porém não é tema simples a ser enfrentado, as divergências já se iniciam no estudo do §1º do art. 5º da CF/1988, em relação a seu alcance. Este ao estabelecer que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, restou desprovido de melhor definição, considerando que, em relação a direitos sociais, sua aplicação refletem em enormes obrigações ao Estado, em especial as que dependem de dotação orçamentária.

Virgílio Afonso da Silva entende que o texto teria mais precisão, se nele existisse a expressão “eficácia imediata”, que daria indiscutivelmente à capacidade para produzir efeitos imediatos, (SILVA, 2008, p.89). Dirley da Cunha Junior corrobora com essa linha de pensamento ao afirmar que todos os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma imediata, ou seja, são direitos subjetivos que podem ser desfrutados (JÚNIOR, 2008, p.171).

Nessa corrente, os direitos sociais e seus mecanismos de desenvolvimento, são entendidos como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes a todos os órgãos da administração direta ou indireta. Se a Constituição é norma jurídica, todos os direitos nela contemplados têm aplicabilidade direta, vinculando o Judiciário, Executivo e o Legislativo, como define Celso Antônio Bandeira de Mello.

De fato, não faria sentido que o constituinte enunciasse certas disposições apenas por desfastio ou por não sopitar seus sonhos, devaneios ou anelos políticos. A seriedade do ato constituinte impediria a suposição de que os investidos em tão alta missão dela se servissem como simples válvula de escape para emoções antecipadamente condenadas, por seus próprios emissores, a permanecerem no reino da fantasia. Até porque, se desfrutavam do supremo poder jurídico, seria ilógico que, desfrutando-o, houvessem renunciado a determinar impositivamente aquilo que consideram desejáveis, conveniente, adequado (MELLO, 2009, p.14).

De forma a compatibilizar a aplicabilidade dos direitos social com a possibilidade real de sua realização, Ingo Wolfgang Sarlet entende que os dispositivos não devem ser interpretados como regras, mas sim como princípios. Isto significa que os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma imediata, na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes (SARLET, 2007, p.309).

Na linha de harmonização com as possibilidades reais de aplicação, Daniel Sarmento, ao delinear sobre a proteção judicial dos direitos sociais, enfatiza que estes, mesmo sendo garantidos pelo Estado por meio de políticas públicas, não são imunes ao controle judicial. Sustenta que os direitos sociais por constituírem autênticos direitos, nessa qualidade, podem e devem ser assegurados pela via jurisdicional. Sarmento ainda não considera ingerência entre poderes, quando o Judiciário atua em casos de omissões injustificáveis ou arbitrariedades das autoridades competentes, condições que justificam a intervenção judicial, porém atuam também em efeito reverso, como condição autorizadora para judicialização da demanda (SARMENTO; NETO, 2008, p.580).

A possibilidade de revisão de decisões administrativas ou políticas por parte do Poder Judiciário, ganha força com o reconhecimento dos princípios constitucionais implícitos da Razoabilidade e da Proporcionalidade, porém expressos na lei 9784/99³. Estes sevem como plausíveis limitações à discricionariedade do administrador público, ao ponto que as decisões administrativas, diante da possibilidade de controle da legalidade em sentido amplo (lei e princípios) pelo Poder Judiciário, devem ser pautadas na melhor opção para garantir exercício dos direitos fundamentais. É esse o entendimento que o STF confirma ao julgar a ADPF 45⁴.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. (BRASIL - STF, 2004).

³ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

⁴ ADPF 45 MC/DF - Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Ainda quanto à necessidade de mensurar o valor adequado ao direito e a possibilidade fática de realização, a corte afirma na mesma decisão:

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa-, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (BRASIL – STF, 2004).

A questão ultrapassa o puro conhecimento formal da letra da lei ou sua aplicabilidade, seja no direito material ou processual. É na interpretação do texto Constitucional que está às chaves do moderno modelo de proteção e aplicação dos direitos. A dificuldade se apresenta no grau de subjetividade na aplicação desta interpretação, ao ponto que, supra a demanda pleiteada, mas não transforme o juiz em um agente de poder ilimitado. As convicções jurídicas dos juízes, que em relação aos direitos de segunda geração, em regra, terão reflexos políticos, devem ser balizadas por seu dever funcional, limitador de decisões desproporcionais.

A incapacidade do Estado de programar às necessárias políticas públicas para acautelar os direitos fundamentais consolidados na CF/1988, suscita do Poder Judiciário necessariamente uma postura de maior ingerência. A utilização das teorias aplicadas no direito estrangeiro, em especial a idealizada por Konrad Hesse, possibilitou ao interprete extrair do texto constitucional a imediata aplicação da norma, quando necessária para garantir o que se estabeleceu como “mínimo existencial”, possibilitando assim uma resposta equânime ao jurisdicionado e o fundamento necessário para dirimir ações que tenham por objeto questões sociais.

A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo; pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung) (HESSE, 1991, p.4).

Em sua obra direcionada ao direito constitucional alemão, Hesse estabelece como princípios de interpretação constitucional: a unidade da constituição; concordância prática; conformidade funcional; efeito integrador e a força normativa da constituição. Princípios que no Brasil, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, “são recebidos como se fossem moeda corrente na Alemanha, porém são a sistematização das ideias de um único autor: Konrad Hesse” (SILVA, 2005, p.118).

Vale esclarecer que os princípios materiais, estabelecem um estado ideal de coisas a serem realizadas, enquanto os instrumentais são aqueles utilizados na interpretação e aplicação de outras normas. São nos princípios instrumentais ou também chamados de postulados normativos, meta normas ou princípios interpretativos, que a jurisprudência do STF passou a estruturar o movimento de ampliação dos efeitos das suas próprias decisões.

Na ADI 4097, ajuizada pelo Partido Social Cristão (PSC), com pedido de liminar, contra a exclusão de analfabetos entre os elegíveis no processo de escolha dos candidatos a mandato eleitoral, foi julgada improcedente, no voto do Ministro Relator Cezar Peluso, por entender o pedido juridicamente impossível, já que defendia a viabilidade da declaração da inconstitucionalidade de norma constitucional constante do texto originário. A decisão restou fundamentada no princípio da unidade da constituição.

Referido postulado estabelece que não existe hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete à busca da harmonização possível, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. Conceitos como os de ponderação, concordância prática⁵ e efeito integrador⁶, são instrumentos de preservação do princípio da unidade, também conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição (BARCELLOS; BARROSO, 2003, p.53).

Cabe aqui apontar que o entendimento quanto à inexistência de hierarquia entre normas constitucionais, não está pacificado no Brasil, Virgílio Afonso da Silva, entende ser necessária à hierarquia. Estamos diante de um texto constitucional que estabelece no art. 5º, II, que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e no art. 242, § 2º, prevê a manutenção do Colégio Pedro II na órbita federal. Entre essas

⁵ Cabe ao interprete coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, realizando a redução proporcional de cada um deles.

⁶ Nas resoluções de problemas jurídicos constitucionais deve ser dada primazia as soluções que favoreçam a integração política e social, produzindo um efeito criador e conservador dessa unidade.

normas deve existir um nível hierárquico materialmente superior. Estando seu pensamento alinhado à posição de Konrad Hesse e Friedrich Müller.

Além disso, e talvez ainda mais importante, caso se levasse realmente a sério a tese de que não pode haver diferença de importância entre as normas constitucionais, não haveria como fundamentar a prevalência de uma norma sobre outra nos casos de colisão normativa. Se uma norma prevalece sobre outra, só pode ser porque ela tenha sido considerada mais importante, ainda que somente para aquele caso concreto. Dessa forma, para aqueles que sustentam não poder haver hierarquia material entre as normas constitucionais parece haver somente uma saída: a rejeição do sopesamento como método de interpretação e aplicação do direito e a consequente rejeição da possibilidade de um direito prevalecer sobre outro em alguns casos (SILVA, 2005, p.125).

Na concordância prática ou harmonização, cabe ao interprete coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, realizando a redução proporcional de cada um deles. Sendo o entendimento que o STF aplicou no julgamento do Recurso Extraordinário 476361/ SC, Ministro Relator Dias Toffoli, com decisão em 18/04/2011.

RE 476361 SC - O sigilo bancário, como dimensão dos direitos à privacidade (art. 5º, X, CF) e ao sigilo de dados (art. 5º, XII, CF), é direito fundamental sob reserva legal, podendo ser quebrado no caso previsto no art. 5º, XII, *in fine*, ou quando colidir com outro direito albergado na Carta Maior. Neste último caso, a solução do impasse, mediante a formulação de um juízo de concordância prática, há de ser estabelecida através da devida ponderação dos bens e valores, *in concreto*, de modo a que se identifique uma relação específica de prevalência entre eles[...] (BRASIL - STF, 2011).

Há por parte do STF a aplicação da concordância prática e da proporcionalidade de forma linear, sem considerar seus pontos divergentes, Virgílio Afonso da Silva assinala que Hesse, seguido de perto por Müller, destaca com ponto diferenciador, o fato de que na concordância prática não implica sopesamento de bens ou de valores. Enquanto nas teorias baseadas principalmente em Robert Alexy, a ponderação exige essa compensação. No Brasil, em especial na jurisprudência do STF, não se vem fazendo a distinção necessária entre ambos os posicionamentos. Nos princípios idealizados por Hesse, quanto à teoria estruturante de Müller, como, por fim, a ideia de princípios como mandamentos de otimização, de Alexy são aplicados pelo STF basicamente como sinônimos (SILVA 2005, p.128).

O princípio da máxima efetividade, associado ao princípio da força normativa é de constatação utilização nas decisões do STF no âmbito dos direitos fundamentais. Está implícito no Art. 5º §1º da CF/1988, mas diante da força normativa da Constituição, impõem que seja

atribuído sentido que configure maior efetividade possível para a função social, como define Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso.

Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador. (BARCELLOS; BARROSO, 2003, p.54).

Seguindo esse entendimento, o STF na Reclamação 2600 SE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgada em 27/03/2012, utilizando do princípio da máxima efetividade, atribuiu que a eficácia social ocorre, quando à norma cumpri à sua finalidade, atingindo o objetivo para o qual foi criada. O que não se confunde com eficácia, a aptidão da norma para cumprir os efeitos que lhe são próprios.

Prolação durante a vigência e nos termos de liminar expedida na ação direta de inconstitucionalidade. Irrelevância. Eficácia retroativa da decisão de mérito da ADI. Aplicação do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Liminar concedida em reclamação, para suspender os efeitos do acórdão impugnado. (BRASIL - STF, 2012).

O princípio da Justeza ou conformidade funcional tem por finalidade impedir que os órgãos encarregados da interpretação constitucional, cheguem a resultados que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional estabelecido na Constituição. Cada poder agindo conforme sua atribuição. Inquestionavelmente esse postulado no Brasil é dirigido ao STF que é o interprete da Constituição.

Ainda que não explicitamente, o STF segue à ideia de conformidade funcional. O postulado serve perfeitamente para justificar as omissões do tribunal em casos com grande relevância política, já que, para o STF, o Judiciário pode somente ser legislador negativo, nunca positivo (SILVA 2005, p.129).

A postura do STF ao Julgar a Reclamação 4335, na qual a Defensoria Pública da União questionou decisão do juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco/AC, que negou a dez condenados por crimes hediondos o direito à progressão de regime prisional⁷, se

⁷ O STF reconheceu a possibilidade de progressão de regime nesses casos no julgamento do Habeas Corpus (HC) 82959, em fevereiro de 2006, por seis votos contra cinco, quando foi declarado inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), que proibia tal progressão. No caso

mostrou, a nosso entender, violadora da conformidade funcional. A demanda foi concluída no dia 20/03/2014, após voto-vista do Ministro Teori Zavascki, cujo entendimento foi seguido pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello. Em seu voto, o Ministro salientou que, embora o Art. 52, inciso X, da CF estabelece que seja função do Senado suspender a execução de dispositivo legal declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF, as decisões da Corte, ao longo dos anos, têm-se revestido de eficácia expansiva, mesmo quando tomadas em controvérsias de índole individual.

Ao atribuir a sua própria decisão um efeito que a Constituição não prevê, consequentemente usurpa à competência do Senado, estabelecida no Art. 52, inciso X da CF/1988, amplia de forma demasiada suas próprias atribuições, utilizando da interpretação dos efeitos da aplicação dos postulados normativos nos últimos anos, violando o princípio da conformidade.

Na jurisprudência do STF, ainda se identifica a aplicação do princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas, aplicado na decisão do Mandado de Segurança 23452/RJ⁸, estabelecendo à posição do STF quanto à questão do caráter absoluto de direitos fundamentais.

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição (BRASIL - STF, 1999).

Vale ressaltar, que para Norbert Bobbio, alguns direitos são privilegiados, porque não são postos em concorrência com outros, ainda que, também fundamentais. Entalecendo assim, um ponto de divergência com a jurisprudência do STF.

Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem

específico da Reclamação 4335, no entanto, o juiz do Acre alegou que, para que a decisão do STF no habeas corpus tivesse efeito erga omnes (ou seja, alcançasse todos os cidadãos), seria necessário que o Senado Federal suspendesse a execução do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, conforme prevê o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, o que não ocorreu (BRASIL - STF, 2014).

⁸ MANDADO DE SEGURANÇA Nº23.452-RJ - Relator: MIN. Celso de Mello - EMENTA: Comissão Parlamentar de Inquérito - poderes de investigação (CF, Art. 58, § 3º) - limitações constitucionais - legitimidade do controle jurisdicional - possibilidade de a CPI ordenar, por autoridade própria, a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico - necessidade de fundamentação do ato deliberativo - deliberação da CPI que, sem fundamentação, ordenou medidas de restrição a direitos - mandado de segurança deferido.

limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura) (BOBBIO, 1992, p.20).

Do apanhado é possível verificar que da constitucionalização dos direitos fundamentais, a possibilidade de sua aplicação imediata e o desenvolvimento da teoria da força normativa da constituição, remodelou o Poder Judiciário Brasileiro, em especial o Supremo Tribunal Federal.

A complexidade dos temas enfrentados na Corte Superior, impõem necessárias modificações e adaptações das ideias originais dos princípios que sustentam as decisões. Por vezes esses recortes se mostram imprescindíveis para adaptá-los ao ordenamento pátrio. Em decisões como a do Recurso Extraordinário 476361/ SC é possível verificar a aplicação do postulado de forma estanque, o que não ocorre em outras, como na Reclamação 2600/SE. A conveniência da aplicação da interpretação do texto constitucional, ao ponto que garante uma pretensa ordem social, pode se tornar grande ferramenta de controle não democrático.

4. RESERVA DO POSSÍVEL E O MINÍMO EXISTENCIAL

Independentemente dos embates doutrinários em relação ao agir do Poder Judiciário, há de se reconhecer o papel fundamental do Estado, pois ele é o responsável por satisfazer as necessidades básicas da sociedade. Em tempos de conceitos jurídicos, políticos e sociais maleáveis ao bel prazer de circunstâncias, sejam elas de natureza econômica ou política, nascem conceitos como hipermodernidade, neoliberalismo e neoconstitucionalismo. O que se mostra preeminente é a necessidade de adequação dos direitos fundamentais previstos na Constituição para garantia primazia dos direitos básicos daqueles que não têm voz para fazê-lo (ROMAGNOLI, 2011, p.165).

A reserva do possível traz a ideia de que o quanto complexo é dar efetividade aos direitos fundamentais, pois uma decisão que determine o cumprimento de um direito possui seu valor, que será extraído do orçamento público, dentro dos limites definidos na economia. Igualizar as decisões judiciais que garantem direitos sociais de modo que evitem que o Estado seja sucessivamente capturado por interesses privados, que, por vezes, além de dificultar a realização das políticas públicas, apagam uma parcela mínima de acolhidos e beneficiados, se mostra um grande desafio a ser enfrentado.

As destinações orçamentarias são decididas de modo político, considerando a necessidade do setor. O impasse se constrói quando surge à obrigação de retirar dessa programação, o dinheiro para o cumprimento de determinações antes não previstas. Os argumentos retirados da análise econômica confrontam com o objetivo de desenvolvimento social e a política de bem estar. A esse propósito lembra José Reinaldo de Lima Lopes.

Ao fazer a comparação do direito com a economia, vemos que os respectivos raciocínios divergem também porque as decisões serão avaliadas (criticadas) diferentemente. Isso porque o sentido que se pode dar como resposta é diferente em cada um dos campos. No campo da economia a crítica e a avaliação podem ser feitas em termos de eficiência ou custo. No campo do direito a crítica dá-se pela legalidade. Isto quer dizer que a eficiência não pode ser critério primeiro ou último de uma decisão jurídica, ela não dá sentido a uma questão jurídica. Pode ser que seja mais eficiente economicamente abandonar parte da população à própria sorte, eliminar sujeitos não desejados, impedir o acesso de etnias a certos lugares e assim por diante. Mas a pergunta sobre a obrigatoriedade ou não de tais ações não pode responder com o critério do custo (LOPES, 2006, p.271).

A teoria da reserva do possível serve a resolver um problema real da economia, correspondente ao fato de que os recursos financeiros do Estado são finitos. Sua aplicação à risca, entretanto, equivale ao esvaziamento da efetividade dos direitos sociais, contradizendo o § 1º do artigo 5º do texto constitucional.

A reserva do possível serve como uma espécie de prevenção ao esgotamento dos recursos. É um argumento ocasionalmente utilizado nas demandas judiciais, cujo objeto é o adimplemento de prestações com caráter social. Busca adequar às obrigações financeiras às possibilidades do Estado. Sua aplicação é plausível e serve como fundamento para decisões administrativas e judiciais, mas não há consenso, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência acerca da natureza da reserva do possível, se constituísse em um princípio, cláusula, postulado ou ainda, condição de realidade.

Sua utilização por parte da Administração Pública, transfere ao Judiciário a função de decidir se essa escassez de recursos constitui-se em fator que justifica a implementação deficiente de determinados direitos sociais. Esse embate entre garantia de direitos e possibilidade fática é característico das demandas que possuem como objetos direitos sociais, porém a questão se acentua quando relacionadas à saúde (art. 196 da CF/1988), previdência social (art. 201 e 202 da CF/1988), educação (art. 205 da CF/1988) e a proteção dos direitos da criança (art. 227 da CF/1988).

Esse é o ponto nevrálgico do atual modelo de judicialização de políticas públicas, a utilização de postulados tem por objetivo a ponderação de direitos, mas não é suficiente para garantir a eficácia da decisão judicial. Diante da impossibilidade econômica de realização fática, é cogente constituir e afiançar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, no qual, ao Estado não é permitido, ancorar-se na reserva do possível e deixar de promovê-lo. Tal construção alinha-se aos objetivos traçados na Constituição, equalizada na realidade econômica e social brasileira, ainda que, inspiradas em teorias desenvolvidas para outras realidades socioculturais, como define Ricardo Lobo Torres.

Na conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados. Esses direitos às vezes aparecem, principalmente na doutrina alemã, sob a denominação de direitos fundamentais sociais, em virtude de sua constitucionalização, principalmente através da cláusula do Estado Social; mas, segundo a maior parte dos autores germânicos que a adotam, subordinam-se à justiça social, encontram-se sob a “reserva do possível” e constituem meras diretivas para o Estado, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade nem com o mínimo existencial (TORRES, 2007, p.283).

Daí, como definir o que compreende o mínimo existencial abre novo espaço a ponderações. Com maior relevância surgem duas concepções, uma objetiva em que o elemento de proteção do núcleo essencial é a norma jurídica, e não o direito subjetivo, admitindo que este seja suprimido a depender do caso concreto, desde que permaneça válido como regra objetiva. Em contrapartida, a dimensão subjetiva muda o objeto da proteção, coloca a necessidade do indivíduo, como elemento decorrente do postulado da dignidade da pessoa humana, sendo obrigação do Estado garantir esse núcleo essencial. Virgílio Afonso da Silva enfatiza que embora o enfoque objetivo faça sentido, ele não oferece praticamente proteção diversa da já decorrente das cláusulas pétreas, mas pode implicar total eliminação em situações concretas. Por isso, deve ser necessariamente complementado por um enfoque subjetivo (SILVA, 2009, p.186).

A dimensão subjetiva fixa-se na condição humana inerente ao indivíduo. Sua utilização de forma desmedida ou exagerada, por sua vez, o coloca em uma esfera de proteção que não condiz com as condições mínimas de sociabilidade. Reestrutura o Estado como garantidor de relações individuais em patamar muito superior ao coletivo.

Contra esse enfoque subjetivo seria possível argumentar que em vários casos concretos é possível que nada reste de um direito fundamental, sem que isso deva ser considerado como algo a ser rechaçado. Exemplos não faltam: pena

de morte (no Brasil, em caso de guerra declarada) elimina por completo o direito à vida daquele que é condenado; qualquer pena de reclusão elimina por completo a liberdade de ir e vir do condenado (mesmo que com determinada limitação temporal); a desapropriação elimina por completo o direito à propriedade daqueles que têm seus imóveis desapropriados. Com base nisso, aqueles que defendem em enfoque meramente objetivo argumentam que o enfoque subjetivo não teria como lidar com tais situações, enquanto a resposta a partir de uma dimensão objetiva seria clara: em nenhum desses casos o conteúdo essencial desses direitos, em sua função para a vida social, foi atingido (SILVA, 2009, p.187).

As divergências possuem fundamentos relevantes quanto a qual dimensão deve ser promovida. Em relação à eficácia, não faz sentido a manutenção de uma garantia constitucional meramente objetiva, intangível em seu núcleo, cuja dimensão subjetiva seja afastada, ainda que motivadamente, mesmo em sua essência. A dimensão subjetiva pretendendo à concreta proteção da pessoa, nada significa se dissociada da dimensão objetiva. A pretensão de uma ou de outra de forma isolada é insubsistente do ponto de vista de uma teoria jusfundamental coerente e consistente (SGARBOSSA, 2010, p.294).

A própria natureza do conceito de mínimo existencial, impede a formulação de modelo aplicável a todos os casos concretos. O princípio da dignidade da pessoa humana assume essa função, funcionando como elemento demarcatório, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o mínimo a ser garantido em direitos sociais, ainda que como direitos subjetivos individuais (SARLET, 1998, p.37).

Na atual concepção, o mínimo existencial carece de conteúdo específico. Abrange os direitos fundamentais, considerando as características de essencialidade e inalienabilidade, ainda que de difícil realização fática pelo Estado por questões econômicas. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de possibilidade de realização que de quantidade, o que torna difícil delimitar o máximo e o mínimo. Sua essência está vinculada à ideia de justiça e de redistribuição de riqueza e melhor desenvolvimento social. Um conceito fixo de mínimo existencial seria necessariamente inviável, em razão de sua característica de variabilidade.

CONCLUSÃO

É possível colher do exposto, que o constituinte originário por opção e motivado por razões de caráter histórico, constitucionalizou determinados direitos, elevando-os ao status de fundamentais, garantindo ainda seus mecanismos de pleno exercício. Tal opção, servir para

ascensão à dignidade da pessoa humana e como método de desenvolvimento social, sendo inclusive impulsionado por sua aplicação imediata, diante da inafastabilidade e inalienabilidade dos direitos.

Após quase três décadas da atual ordem constitucional, a realização dos direitos apresentam nuances que se revelaram como a possibilidade de aplicação imediata de normas definidoras de direitos fundamentais, modificando a relação entre os poderes do Estado. A condição teórica de aplicação dos direitos contrasta com sua realidade fática, diante de dificuldades administrativas e econômicas oriundas de uma sociedade ainda em desenvolvimento, submergida em burocracias exageradas que viabiliza a comunicação entre o que é público e interesses privados. Essas condições moldaram um Poder Judiciário atuante e incisivo em questões relacionadas ao desenvolvimento social.

A aplicação dos princípios instrumentais como método de interpretação, proporcionou ao Judiciário suprir lacunas que inviabilizam o exercício dos direitos fundamentais, em especial os de natureza sociais. Porém, essa metodologia ainda carece de ajustes e nivelamentos, ao passo que, sua aplicação desmedia coloca o Estado em condição de ter que modificar políticas de caráter geral, que mesmo dentro das limitações econômicas atingiria o coletivo, para garantir o exercício pleno de apenas determinado número de agraciados por decisões judiciais.

Ainda que se ajustem as demandas frente à reserva do possível e o mínimo existencial, da mesma forma como os postulados normativos, ambos acarretam enorme carga de subjetividade ao interprete, flexibilizando a legalidade e potencializando gradativamente os princípios instrumentais. Ao avançar na esfera das políticas públicas, resguardado na aplicação imediata dos direitos fundamentais, o Judiciário ocupa uma seara, na qual suas decisões podem gerar efeitos desarrazoados ou de difíceis concretudes prática, por ausência de recursos financeiros, desconstruindo assim a própria força normativa da Constituição.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História. A nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**. 2003. Disponível em: <<http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/41034300/HERMENEUTICA.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1>>

474236634&Signature=WF81WmJMCBVIvvcKdK7NDbJLoOA%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DHERMENEUTICA.pdf> acesso em 18 de set de 2016.

BOBBIO, Norbert. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das polícias**. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Poder Judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva. **Revista de Doutrina - TRF 4ª Região**. dez de 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/85589/poder_judiciario_justica_couto.pdf> acesso em 12 de set de 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2ª. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; PEDROSO, Antônio Carlos. **Direitos Humanos Fundamentais**. Osasco: Edifício, 2006.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. 1991. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/bcentaurus/livros/h/hessenpdf.pdf>>. Acesso em 12 de set de 2016.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: Teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006..

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**. abr de 2006. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1455394>>. Acesso em 12 de set de 2016.

ROMAGNOLI, Marco Aurélio. **Ativismo Judicial e Políticas Públicas: Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Safe, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais uma teoria geral dos direitos**. 11ª. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

—. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. São Paulo: Safe, 2010.

SILVA, Vírgilio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

—. **A contitucionalização do direito - Os direitos fundamentias nas relações entre particulares.** 1ªed. São Paulo: Malheiros, 2008.

—. **Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC/DF.** 26 a 30 de abr de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em 18 de set. de 2016.

—. **Mandado de Segurança nº 23.452-RJ.** 20 a 24 de set. de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo163.htm>>. Acesso em 18 de set. de 2016.

—. **Notícias STF.** 20 de mar de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262988>>. Acesso em 22 de set. 2016.

—. **Recurso Especial nº 476361 SC.** 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2962055&tipoApp=RTF>. Acesso em 22 de set. de 2016.

—. **Reclamação 2600 SE.** 27 de mar de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474618>>. Acesso em 18 de set. de 2016.

TORRES, Ricardo Lobo (org). **Legitimação dos direitos humanos.** 2ªed. São Paulo: Renovar, 2007.