

**ASSOCIAÇÃO EDUCATIVA DO BRASIL – SOEBRAS
FACULDADES INTEGRADAS DO NORTE DE MINAS – FUNORTE
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E O DIREITO
AO MÍNIMO EXISTENCIAL**

**CÉLIA BATISTA DA SILVA DURÃES
MARIA LETÍCIA DA COSTA TEIXEIRA LEAL**

MONTES CLAROS – MG

2014

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

THE EFFECTIVE RIGHTS AND GUARANTEES AND THE RIGHT TO MINIMAL EXISTENCE

RESUMO

Os direitos e garantias fundamentais estão compilados na constituição brasileira de 1988 e foi instituída após grandes momentos históricos em escala universal, como a Revolução Francesa que levantou a bandeira da liberdade e igualdade resgatando valores humanos e sociais, que está sendo projetado gradativamente na evolução humana, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa. A efetivação dos direitos e garantias fundamentais é o engate para a proteção ao direito do mínimo existencial, que enaltece a qualidade de vida como sobrevivência humana pela qual incumbe aos entes políticos garantir de forma igualitária dentro dos preceitos legais a todos os cidadãos a proteção dos direitos fundamentais. Ora, a questão em si traz varias inquietudes quanto à plenitude da efetivação desses direitos, é perceptível que os programas políticos tem engajado para proporcionar uma melhor qualidade de vida a todos, excluindo o Brasil da linha do perigo da pobreza absoluta e possibilitando a todos os cidadãos uma melhoria satisfatória para sua existência. Cumpre ressaltar, que o próprio Estado Democrático de Direito, estipula que a democracia baseia na essência ao respeito à dignidade humana, que por sua vez, só pode ser considerado digno o que tem por mínimo o direito a existência que lhe traga satisfação a todos os cidadãos. Toda política empregada em prol de banalizar a miséria é introduzida como base à aplicabilidade ao mínimo existencial, ora, falar do mínimo existencial não é reduzir a qualidade dos direitos fundamentais, e sim garantir que devem ser acessíveis a todos aos cidadãos.

Palavras-Chave: A efetivação dos direitos e garantias fundamentais. O direito ao mínimo existencial. Princípio da dignidade humana.

ABSTRACT

The fundamental rights and guarantees are compiled in the Brazilian constitution of 1988 and was instituted after major historical moments on a universal scale, such as the French Revolution that raised the flag of freedom and equality rescuing human and social values, which are gradually being designed in human evolution based on the principle of human dignity. The enforcement of fundamental rights and guarantees is the hitch to protect the right for the minimal existence, which elevates the quality of life as human survival for which lies with the political entities to ensure equality within the legal precepts to all citizens the fundamental right protection. The question itself brings several concerns about the fullness of the realization of these rights, it is apparent that the political programs have committed to provide a better quality of life for all, excluding Brazil from the line of absolute poverty and danger allowing all citizens a satisfactory improvement for their existence. It should be noted that the democratic state itself stipulates that democracy is based on the essence with respect for human dignity, which in turn, can only be deemed worthy what is the minimum right to

existence which brings satisfaction to all citizens. Every policy employed in favor of trivializing misery is introduced based on the applicability to the minimal existence, to say the least to reduce the quality of fundamental rights, and to ensure that it should be accessible to all citizens.

Keywords: The enforcement of fundamental rights and guarantees. The right to the minimal existence. Principle of human dignity.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A proposta do presente estudo científico é demonstrar a importância da efetivação dos Direitos e Garantias individuais no cerne Brasileiro após a ruptura de um regime ditador.

Cumprido ressaltar que a evolução histórica constitucional enfrentou revoluções e agregou adaptações na estrutura do Poder-Estado com intuito de prevalecer os direitos da pessoa humana para que o Estado Democrático de Direito seja exercido sob o prisma do reconhecimento dos direitos fundamentais.

Existem transições de valores sociais e políticos que permeiam a estrutura organizacional e proporcional de medidas efetivas para concretização igualitária dos direitos e garantias fundamentais. Considerando, pois, a mutação axiológica de uma sociedade que anseia em vivenciar a democracia que está amordaçada, seja em burocracia, seja em tampa olhos da organização política governamental, o fato é que a realidade não reflete o que é sacramentado na constituição.

Desenvolvimento social é o desenvolvimento humano condizente a uma vida com gozo e efetivação dos direitos fundamentais, elencado na constituição e tido nas premissas dos princípios constitucionais, é a oportunidade de todos os cidadãos se nivelarem quanto às necessidades básicas de sobrevivência, é nesse momento que as diferenças raciais, sociais, etnia são postas de lado e que todos os cidadãos possam engatilhar a um mesmo caminho, rumo a melhor qualidade de vida.

Nessa concepção de valores, vincula o direito ao mínimo existencial que visa a efetivação plena dos direitos fundamentais que garanta as pessoas o melhor desenvolvimento social, espiritual, cultural e econômico, que lhe assegure uma condição de vida com dignidade.

Em contrapartida a subsistência do direito ao mínimo existencial, apresenta a tese da reserva do possível, condicionando a efetivação dos direitos mínimos fundamentais a disposição econômica orçamentária pública, uma afronta aos princípios constitucionais.

Estabelecer um custo para efetivação de um direito fundamental, garantido pela constituição, não condiz com a evolução histórica de bravas lutas, para conquistas do núcleo de direitos fundamentais intangíveis.

Em sentido amplo, todos os direitos fundamentais são essenciais, para que uma sociedade desenvolva com respeito e com direito ao mínimo existencial, nos parâmetros do fundamento da dignidade humana.

Certo é que, todo o apanhado dos direitos e garantias fundamentais é assegurado pela Carta Magna, que independe da oponibilidade do ente político, e sim tem como finalidade essencial garantir que todas as pessoas tenham de forma unânime e igualitária a acessibilidade aos seus direitos.

A efetivação dos direitos e garantias fundamentais consiste em uma busca plena da realização do Estado democrático de direito, implantado por etapas que engrandece em cada ser humano o afã de ver um país respeitando a dignidade de sobrevivência humana de todas as pessoas.

PERCEPÇÃO HISTÓRICA DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme dispõe o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, considera-se que é de aplicabilidade imediata as normas dos direitos e garantias fundamentais, não apenas os que estão elencados neste dispositivo, mas todos os direitos fundamentais, em toda a extensão do arcabouço jurídico.

A hermenêutica do artigo supracitado levanta divergências, no que tange a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, tendo como alguns posicionamentos a possibilidade, a aptidão para aplicabilidade imediata.

“O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático” (BRANCO; MENDES, 2014, p.164).

Os direitos e garantias fundamentais foram conquistados através de lutas históricas e sangrentas pela sociedade, eles não foram dados pelo Estado, foram conquistados pela sociedade rompendo em etapas, a opressão e imposição governamental, demonstrados em cada período por grandes revoluções, desembocando no surgimento do Estado Democrático de Direito.

As inúmeras barbáries, que foram cometidas na primeira e segunda guerra mundial, foram períodos representados pelo desrespeito e crueldade aos homens e embalados pelos grandes movimentos da Revolução Francesa de 1789, nos ideais da Liberdade, Igualdade e Fraternidade, foi construindo em dimensões os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são históricos por terem surgido em épocas diferentes e por se modificarem com o passar do tempo, essa característica afasta a fundamentação jusnaturalista dos direitos fundamentais, pois alguns desses direitos vão agregando a cada necessidade humana.

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica (BRANCO; MENDES, 2014, p.149).

Diante do exposto, insta explicar, a evolução histórica dos direitos e garantias fundamentais e do Estado, tendo como marco em 1.215 a *Magna Charta Libertatum*, o tratado firmado entre o Rei João Sem-Terra e os bispos e barões ingleses, onde apresentou as primeiras garantias dos direitos do homem, exemplificando o *habeas corpus*, o devido processo legal, não direcionado de forma unanime a todos, mas poder-se-ia dizer que proporcionou posterior reconhecimento dos direitos fundamentais.

No Estado liberal, também denominado Estado de Direito, emerge os ***direitos da primeira dimensão***, em que consiste os direitos civis e políticos, são os direitos individuais, ligados ao ideal da Revolução Francesa, a liberdade. Nesse contexto, a burguesia junta-se ao povo para adquirir a liberdade e o direito a propriedade. Formando o direito de defesa contra o Estado, no que consiste a limitação do poder Estatal.

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos (BRANCO; MENDES, 2014, p.150).

Os direitos fundamentais de primeira dimensão tem o caráter negativo, pois eles exigem do Estado essencialmente uma abstenção, a não intervenção Estatal. Esses direitos são individuais em face do Estado, nessa época esses direitos fundamentais tinham apenas eficácia vertical; sendo oponíveis ao Estado e não a outros particulares.

A intervenção do Estado é mínima, somente o essencial, é um Estado basicamente abstencionista, as questões econômicas e sociais, ficam por iniciativa privada. O Estado, não atua no sentido de prestação materiais, ele simplesmente deixa de atuar com relação aos direitos fundamentais, não interferindo nesses direitos.

“Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo” (BRANCO; MENDES, 2014, p.150).

A crise econômica gerou várias desigualdades e por isso o Estado Liberal entrou em decadência, surgindo um novo modelo de constituição e de Estado. Apontando, então, uma nova dimensão dos direitos e garantias fundamentais.

Ocorrendo a transição do Estado liberal para o Estado Social, contemplando os direitos da coletividade, após a revolução industrial, emergindo os *direitos da segunda dimensão*, que são os direitos sociais, econômicos e culturais, valores ligados à filosofia da Revolução Francesa da igualdade substancial.

A modulação do Estado Social concerne na intervenção do Estado, saindo da não atuação para um amplo contexto de participação, de atuação estatal, passando a intervir nas relações sociais, econômicas e laborais.

O Estado Social passa a ter o papel decisivo na produção e distribuição de bens essenciais da coletividade, com a garantia de um mínimo de bem estar social, a Constituição Mexicana de 1.917 e a Constituição de Weimar, Alemanha de 1.919, serviram de parâmetro para o surgimento do Estado Social.

O descaso para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme*, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social (BRANCO; MENDES, 2014, p.151).

Com o fim da segunda guerra mundial ocorrem profundas transformações e surgem novas Constituições, tendo a dignidade da pessoa humana o preceito basilar, o valor central das Constituições do pós-guerra, sendo o respaldo para proteção humana contra os reflexos catastróficos das guerras.

A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar e situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão (BRANCO; MENDES, 2014, p. 152).

Com o fim da segunda grande guerra mundial, consolida os *direitos da terceira dimensão*, ligados aos valores da fraternidade, solidariedade. Estabelecendo o Estado Contemporâneo, também definido como Estado Democrático de Direito, assegurando os direitos transindividuais.

O direitos e garantias fundamentais da terceira dimensão, são dotados de humanismo e universalidade, asseverando os direitos coletivos ou difusos. Em decorrência das demandas e necessidades da sociedade, vão surgindo outros direitos fundamentais.

Na medida em que a sociedade vai evoluindo, novas perspectivas do direito são necessárias para adequação social, algumas posições doutrinárias apontam os direitos e

garantias fundamentais até a quinta dimensão, tais como direito a biogenética, ambiental, dentre outros. Ou seja, a evolução histórica persiste de tempos em tempos, estruturando o direito as necessidades humanas.

Certo é que, os direitos e garantias fundamentais, carrega em sua bagagem histórica as transformações decorrentes das necessidades humanas, tendo na Constituição a segurança da efetividade desses direitos, amparado no valor supremo da dignidade humana.

A perpetuação da evolução humana, consagra a adequação e evolução dos direitos e garantias fundamentais, embasados em suas características, tais como a relatividade, que determina que os direitos fundamentais encontram limites em outros direitos (interesse da comunidade, direitos de terceiros), também consagrados na Constituição.

Assim, para os jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado. Já para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Para os idealistas, os direitos humanos são ideias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo, ao passo que, para os realistas, seriam o resultado direto de lutas sociais e políticas (BRANCO; MENDES, 2014, p.152).

A vinculação dos direitos fundamentais à dignidade, liberdade e igualdade conduz a sua universalidade, no sentido de que deve haver ao menos o núcleo mínimo a ser respeitado em qualquer sociedade, independentemente da cultura de cada povo, em toda repercussão histórica humana.

O catálogo dos direitos fundamentais vem-se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico. A classe dos direitos que são considerados fundamentais não tende à homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles (BRANCO; MENDES, 2014, p.153).

Devendo, em constância transformações e necessidades humanas, atentar para as garantias constitucionais, que são instrumentos criados para assegurar a proteção e efetividade dos direitos fundamentais. Pois de nada adianta, a Constituição declarar direitos, sem a consagração de instrumento para a proteção desses direitos, assegurando o fundamento constitucional da dignidade humana.

O VALOR SUPREMO DA DIGNIDADE HUMANA

Todo o arcabouço jurídico constitucional é embalado pelo princípio fundamental da dignidade humana, com o respaldo de assegurar a todos as pessoas, o direito de usufruir a

vida com liberdade, integridade física e igualdade. Poder-se-ia dizer, que toda estrutura das dimensões dos direitos fundamentais, desenhadas em momentos históricos diferentes, deflagram na edificação da dignidade humana.

O elastério dos direitos fundamentais são pretensões elaboradas, com objetivo de construir uma sociedade com defesa aos arbítrios governamentais, elidindo, em tempos passados, a preponderância do autoritarismo e invasão do Estado, aos direitos das pessoas.

Na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, o termo princípio, estende a uma gama de direções, sendo o centro do ordenamento, assim o define princípio:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (MELLO, 1994, p. 450).

O princípio da dignidade humana como preceito ético e fundamental da constituição, reveste-se da característica nuclear que norteia todos os preceitos legais que gravitam na Constituição Federal, sendo o propulsor para a efetivação dos direitos fundamentais, daí ser apontando como valor supremo do fundamento constitucional, que deve ser respeitada, promovida e tem o estado o dever de proteção.

O Estado Democrático de Direito com fulcro preliminar na proteção da dignidade humana, assegura a todas as pessoas, independentemente de cultura, clero e região, os direitos fundamentais, respeito à vida e a cidadania. Deveras, vale ressaltar que o rol de direitos humanos não escoia todo seu conteúdo apenas no eixo da dignidade humana, apesar do mesmo ser o centro vital do fundamento constitucional, e reveste, na lição de José Afonso da Silva, como um valor supremo:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira), o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma ideia qualquer apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais, tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana” (SILVA, 2014, p.107).

Ora, a evolução histórica do Estado de Direito, onde a conquista do povo foi a abstenção do Estado; ao Estado Social de Direito, onde a exigiu-se a atuação emergencial do

Estado para balizar a justiça social e por fim o Estado Democrático de Direito, que tem a base efetiva da participação popular, engravado como fundamento precípua da Constituição Brasileira de 1988, concatenado ao valor supremo da dignidade humana, que estabelece a envergadura da ordem constitucional, nas palavras de Alexandre de Moraes, é um princípio que envolve a metafísica:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à felicidade (MORAES, 2013, p.18).

Outrossim, é admissível afirmar que a valorização da dignidade humana norteia todos os direitos fundamentais na essência da sua efetivação e proteção aos abusos governamentais, e tendo que ser elevado ao topo da continuidade humana com identidade valorativa a igualdade, liberdade e fraternidade, lema ovacionado na Revolução Francesa de 1789, como grito de justiça e mudança dos preceitos normativos.

É importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. Pode-se, todavia, colher de um precedente um viés para solução de conflitos vindouros. Assim, diante de um precedente específico, será admissível afirmar que, repetidas as mesmas condições de fato, num caso futuro, um dos direitos tenderá a prevalecer sobre o outro (BRANCO; MENDES, 2014, p.189).

O que constantemente deve perfilhar no ordenamento jurídico, é o respeito ao fundamento constitucional da dignidade humana, que, inquestionavelmente, consagra como um direito intrínseco a toda pessoa, irrelevante associar ao qual casta se deriva. É um princípio que impera sobre a concepção mínima de direito a vida.

A plenitude da dignidade humana têm como base, o dever de cumprir o que estabelece os preceitos constitucionais, é o primórdio da essência existencial de uma constituição, portanto o que comunga ao cumprimento do princípio da dignidade humana é a própria efetivação dos direitos fundamentais que estão declarados na Carta Magna, como preconiza Sarlet, em razão da pessoa humana:

Com o reconhecimento expresso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado

Democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc.III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal (SARLET, 2012, p. 98).

No que tange, no confronto de princípios, deverá ocorrer à ponderação do que for mais benéfico ao ser humano, sempre com intuito de agregar a proteção da existência e desenvolvimento das pessoas, ao direito mínimo existencial e tal situação não poderá ser relativizada a nenhuma condição que tem o escopo de diminuir ou reter os direitos fundamentais, o que, desprezivelmente, significaria o retrocesso, ou, até mesmo a inexistência da Constituição Cidadã.

A propensão da evolução humana, amplia em todos os preâmbulos constitucionais, que a hermenêutica da dignidade humana deverá adequar a cada módulo social, com a premissa, de resguardar a todas as pessoas, sem pré-constituição de valores sociais ou morais, mas com efetiva proteção da dignidade humana, nesses termos Sarlet expõe:

Cumprir frisar, ainda, que a ideia do reconhecimento de determinadas posições jurídicas sociais fundamentais, como exigência do princípio da dignidade da pessoa humana, decorre consoante leciona Klaus Stern, da concepção de que “homogeneidade social e uma certa medida de segurança social não servem apenas ao indivíduo isolado, mas também à capacidade funcional da democracia considerada na sua integralidade (SARLET, 2012, p.62).

O princípio da dignidade humana, vincula aos poderes legislativo e executivo na elaboração e execução dos direitos das pessoas, e a omissão ou negatividade, implica ao poder judiciário, de forma imperativa e discricionária, em atuar para garantir a efetivação dos direitos consagrados fundamentais, que não podem ser negligenciados.

Apenas neste século e, ressalvada uma ou outra exceção, tão somente a partir da Segunda Guerra Mundial, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecido expressamente nas Constituições, de modo especial após ter sido consagrado pela Declaração Universal da ONU em 1948 (SARLET, 2012, p. 97).

A dignidade humana é um direito que nasce com todos os seres humanos, trazendo a linguagem civil, poder-se-ia dizer que é um direito *prop- terem* a existência à vida, onde não limita no espaço geográfico, e, muito menos poderá ser fracionado, é natural a sua própria existência em usufruir na vida.

“A constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto a subsistência” (MORAES, 2013, p.34).

O dogma da Constituição Federal retrata que a dignidade humana é o alicerce do ordenamento jurídico, inquestionável quanto a sua robustez na defesa e proteção das pessoas, assegurando a todos, o direito ao mínimo existencial dos direitos fundamentais, a sua posição é inatingível e consolida todos os momentos históricos da evolução do Estado e consequentemente a própria formação constitucional.

“Assim, não há como negar que os direitos à vida, bem como os direitos de liberdade e de igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2012, p.94).

O conceito da dignidade humana traz vários apontamentos, mas, em análise íntima, o que simboliza a solidificação, consiste nos tempos remotos bíblicos, que nos faz refletir quanto a criação humana, que no contexto bíblico, que o homem é a semelhança de Deus, portanto digno da existência com elevados cuidados, extraindo a definição da dignidade humana como uma benção divina sobre os mistérios da vida, assim leciona Sarlet:

Sem entrarmos, ainda, no significado (ou nos significados), que se pode hoje atribuir ao princípio da dignidade da pessoa humana, cumpre ressaltar, de início, que a ideia do valor da pessoa humana encontra suas raízes já no pensamento clássico e na ideologia cristã. Tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento (SARLET, 2012, p.98).

Malgrado, o princípio da dignidade humana, estabelece a todas as pessoas a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais ao direito mínimo existencial, não tem aplicabilidade ampla consoante à isonomia a todas as pessoas, e é esse desrespeito que deve ser repellido e combatido, não apenas pelo poder público, mas por toda sociedade, pois a todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, nessa linha dispõe Sarlet:

Da concepção jusnaturalista remanesce, sem dúvida, a constatação de que uma Constituição que – de forma direta ou indireta – consagra a ideia da dignidade da pessoa humana justamente parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição biológica humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado (SARLET, 2012, p. 100).

Contudo, diante da diversificação humana, fica inviável o conceito fixo da dignidade humana, em amplo sentido é o respeito ao direito à vida com aglomerado de garantias fundamentais ao desenvolvimento humano, no direito ao mínimo existencial dos direitos fundamentais que contempla a Constituição Cidadã, um valor, que como define Comparato, não tem preço:

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma (COMPARATO, 2010, p.35).

Sob a Égide do princípio da dignidade humana todo o individuo tem o direito ao mínimo existencial, que em linhas gerais, consiste no direito à saúde, a educação e a vida, todas as manifestações nacionais se colidem em esfera universal, a um mesmo movimento e a uma mesma esperança, que o principio da dignidade humana seja consolidado dando a cada ser humano o respeito de ter seu direito efetivado, tendo no contexto histórico não como uma lembrança deprimente e sim uma motivação para a construção de um futuro cada vez mais justo, assegurado pelo Estado.

A TESE DA RESERVA LEGAL E O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

A Constituição Brasileira de 1988 garante as pessoas, um rol de direitos fundamentais ligados à garantia deles está dois institutos, a reserva legal e o mínimo existencial, ambos consagrados na década de setenta na Alemanha.

Malgrado depreende como garantia Constitucional a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, no entanto, a reserva do possível vem sendo excessivamente apregoada pelo Estado, para não efetivação dos direitos fundamentais, descumprindo a ordenação da legitimidade da carta magna, neste aspecto, mostra-se a lição de Canotilho:

Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político (CANOTILHO, 1993, p.36).

É necessário que seja feita a análise desses institutos dialogicamente, perfilhando a conciliação da reserva do possível e o direito ao mínimo existencial os parâmetros propulsores da efetivação dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, os direitos sociais, econômicos e culturais, assegura a cidadania e espera do poder público, a imediata aplicabilidade, sendo inconcebível restringir o direito ao mínimo existencial a uma condição de disponibilidade financeira, a reserva do possível tolhe a base do ordenamento jurídico que estabelece as garantias dos direitos fundamentais em um Estado democrático de direito. Assim, como destacado por Paulo e Alexandrino, a reserva do possível se caracteriza:

Os direitos sociais, por exigirem disponibilidade financeira do Estado para sua efetiva concretização, estão sujeitos à denominada cláusula de reserva do financeiramente possível, ou, simplesmente, reserva do possível. Essa cláusula, ou princípio implícito, tem como consequência o reconhecimento de que os direitos sociais assegurados na Constituição devem, sim, ser efetivados pelo Poder Público, mas na medida exata em que isso seja possível (PAULO; ALEXANDRINO, 2014, p.258).

A reserva do possível deveria ser utilizado em caráter excepcional, e em termos práticos de exceção passou a ser regra, configurando a mal organização e distribuição orçamentária dos recursos públicos em prol do interesse social, o próprio Estado atestando a sua incapacidade em atender as demandas sociais.

Quando o sistema legislativo e executivo ficam inertes, no que tange a melhor elaboração da distribuição orçamentária e execução dos direitos fundamentais, caberá o judiciário atuar, quando requisitado pela vítima do orçamento público, não restando outra esperança do cidadão senão bater a porta do judiciário e requerer a imediata aplicabilidade dos seus direitos constitucionais.

O juiz, por sua vez, se vê premido também pelo mesmo argumento da restrição orçamentária, o qual não incumbe ao poder judiciário fazer tal análise, devendo sim, fazer valer que o que confere a Constituição, dando efetividade e conferindo a sua maior eficiência aos direitos fundamentais, nessa linha segue o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, realizado pelo Ministro Celso de Mello, contra veto do Presidente da República ao §2º do artigo 55 da Lei nº 10.707/03 (Lei de Diretrizes Orçamentárias):

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades

orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. [...]. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): [...]. 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. [...]. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas (ADPF N° 45, Supremo Tribunal Federal).

O elastério dos direitos da segunda dimensão, os direitos sociais, exige uma atuação positiva do Estado, promulgar a não efetivação desses direitos sob a ótica da reserva do possível é o lodo do retrocesso, fere o princípio fundamental constitucional da dignidade humana, viver com o mínimo já condiciona a usufruir o máximo, mas como assevera Ricardo Lobo Torres, é questão de filosofia política:

“O equilíbrio entre o mínimo existencial e o máximo de bem estar social, por conseguinte, é questão de filosofia política e condiciona o próprio Estado de Direito.” (TORRES, 2009, p.277).

Garantir o direito ao mínimo existencial, não resume apenas em sobrevivência física, o topo maior é o desenvolvimento da personalidade em uma análise una, pois a vida é muito mais do que sobrevivência, auferir o mínimo social é a essência básica da ética constitucional.

Ademais, a carga tributária brasileira é reputada exacerbada em nível nacional, insta salientar que a maior carga tributária recai sobre o que menos aufere capacidade econômica, o que causa indignação quanto a não instituição tributária sobre as grandes fortunas.

Portanto, a tese da reserva possível não é bem encaixada no cenário brasileiro, na medida da desproporcionalidade em negar a efetivação do direito fundamental, que denigre a própria legitimidade do Estado Constitucional de Direito, nessa linha posiciona Sarlet em sua obra:

Negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade. Não por outro motivo- isto é, pela sua especial relevância na Constituição- já se afirmou que, em certo sentido, os direitos fundamentais (e a estes poderíamos acrescentar os princípios fundamentais) governam a ordem constitucional (SARLET, 2012, p.272).

Certo é que, não dá para ficar jogando fichas e fazer escolha de qual direito fundamental é mais drástico para colocar na balança e pesar com os limites orçamentários, a essência constitucional desses direitos não permite uma análise perfunctória.

Figure-se o exemplo de um conflito entre o direito fundamental da liberdade de expressão com o direito fundamental à privacidade que ocorrerá se um jornalista desejar expor dados pessoais de alguém numa reportagem. Os dois direitos têm a índole de princípios, eles não se diferenciam hierarquicamente, nem constituem um a exceção do outro. Muito menos se há de cogitar resolver o atrito segundo um critério cronológico. O conflito, portanto, não se resolve com os critérios usuais de solução das antinomias. Ao contrário, terá que ser apurado, conforme o caso, qual dos dois direitos apresenta maior peso. (BRANCO; MENDES, 2014, p.87).

É temerário balizar qual direito fundamental é mais importante, pois não existe tal hierarquia, desta feita não condiz averiguar as bases financeiras estatais para efetivação dos direitos fundamentais.

“O exercício da ponderação é sensível à ideia de que, no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo *status* hierárquico, os princípios constitucionais podem ter “pesos abstratos” diversos”. (BRANCO; MENDES, 2014, p.189).

Diante da colisão de direitos fundamentais, é solucionado em caso concreto, pelo princípio da proporcionalidade entre os bens em confronto, e nesse entrelace ocorre a otimização do que resultar melhor resultado e possibilidade. Nesse sentido da proporcionalidade, Marcelo Novelino discorre:

O princípio da reserva legal vem sendo gradativamente convertido pela doutrina constitucionalista no princípio da reserva legal proporcional. Este exige, além a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada a um determinado direito, a compatibilidade da restrição com o princípio da proporcionalidade (NOVELINO, 2013, p.527).

A reserva do possível é um veneno, que mata um direito fundamental e deve ser categoricamente repellido do núcleo duro dos direitos, pois esses direitos estão assentados no fundamento constitucional do valor supremo da dignidade humana, que é, inquestionável como estrutura do fundamento da Constituição Cidadã, nessa linha apregoa Marcelo Novelino:

Existe uma relação de mútua dependência entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, pois, ao mesmo tempo em que estes surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, somente por meio da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida (NOVELINO, 2013, p.361).

A alegação indiscriminada da reserva do possível ante ao direito do mínimo existencial, não está pautada em nenhum preceito constitucional capaz de impedir a efetivação dos direitos fundamentais. O embasamento da reserva do possível tem alegação existencial no nosso ordenamento, quando tiver em questão dois valores de igual ou aproximada valia, com fundamento na premissa constitucional.

Contrapondo a reserva do possível, para assegurar a todas as pessoas os seus direitos fundamentais, é apresentado o mínimo existencial, conhecido também como núcleo duro, salvaguardando da restrição econômica financeira estatal.

O conjunto de direito ao mínimo existencial, a esfera última de direitos, são intangíveis por quaisquer teses de insuficiência estatal alegada, é o centro vital da dignidade humana, estaca fundamental de constituição, nesse contexto, existindo colisão entre os direitos fundamentais, deverá ser relativizado com harmonia tendo o objetivo de ponderação dos princípios a fim de alcançar a plena efetivação dos direitos e garantias fundamentais sem barreiras do orçamento público, tendo o Estado o dever de garantir esses direitos, assim assevera Paulo e Alexandrino:

Objetivamente, significa dizer que a dificuldade estatal decorrente da limitação dos recursos financeiros disponíveis (reserva do financeiramente possível) não afasta o dever do Estado de garantir, em termos de direitos sociais, um mínimo necessário para a existência digna da população (garantia do mínimo existencial). Corolário direto do princípio da dignidade a pessoa humana, o postulado constitucional (implícito) da garantia o mínimo existencial não permite que o Estado negue- nem mesmo sob a invocação da insuficiência de recursos financeiros- o direito a prestações sociais mínimas, capazes de assegurar, à pessoa, condições adequadas de existência digna, com acesso efetivo ao direito geral de liberdade e também, a prestações positivas estatais viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito a segurança (PAULO; ALEXANDRINO, 2014, p.259).

A materialização, a efetivação do direito ao mínimo existencial poderá preponderar com referência no condicionamento temporal, mas inadmissível é o respaldo em restrição financeira estatal, prevalecendo o fundamento constitucional da dignidade humana.

Ora, compete ao poder legislativo direcionar os recursos públicos na política orçamentária e o poder executivo em executar, a árdua batalha para efetividade dos direitos

fundamentais sociais não pode retroceder em restrições financeiras, a atuação do poder judiciário não é para avaliar as questões econômicas e sim efetivar o que define a carta magna.

Crítérios deverá ser estabelecidos para estancar a reserva do possível perante ao direito do mínimo existencial, o próprio princípio define no que consiste o mínimo, se compararmos a outros estados o nosso ordenamento esta arcaico e atrasado, agora retirar o mínimo das pessoas que mais precisam para o seu melhor desenvolvimento, não condiz com constituição cidadã.

As inúmeras denúncias de desvio de verbas públicas em detrimento a efetividade dos direitos fundamentais, a má distribuição de renda, a política orçamentária com a destinação sem observância ao direito mínimo existencial fere o valor supremo da dignidade, ao qual gravitam todos os demais direitos, como aponta Novelino, o poder público apresentar a reserva do possível como escape ao cumprimento dos direitos fundamentais, não figura estrutura constitucional:

A possibilidade de se invocar a reserva do possível em relação aos direitos sociais que compõem o mínimo existencial não encontra uma resposta homogênea na doutrina. De um lado, há quem defenda não existir um direito definitivo ao mínimo existencial, mas sim a necessidade de um ônus argumentativo pelo Estado tanto maior quanto mais indispensável for o direito postulado. De outro, há quem atribua um caráter absoluto ao *mínimo existencial*, não o sujeitando à *reserva do possível* (Ingo Sarlet). Nesse sentido, o entendimento do Min. Celso de Mello ao sustentar a “impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial” (NOVELINO, 2013, p.600).

O que permite frisar constantemente, a importância da efetivação do direito ao mínimo existencial, é que, o descumprimento do núcleo duro reflete para todas as pessoas a insegurança jurídica; se a estrutura da constituição demonstrar rachaduras, irá despertar em todos os cidadãos o temor da ruptura, da quebra de uma constituição que foi galgando em meio de fortes ventos e conseguiu estabelecer princípios basilares a existência digna de vida.

A tese da indivisibilidade dos direitos fundamentais chega a alguns impasses: não consegue resolver o problema da eficácia dos tais direitos fundamentais sociais sem a intermediação o legislador; banaliza a temática dos direitos da liberdade sem fortalecer a dos direitos da justiça; apóia-se na idéia de “justiça social”, que postula a distribuição da riqueza social entre classes, mas não leva à adjudicação de parcelas dessa riqueza a indivíduos concretos [...] (TORRES, 2009, p. 52).

Infelizmente, a efetivação dos direitos fundamentais, terá sempre dois lados contrapostos, de um lado o Estado delimitando o que é relevante aos cofres públicos e de

outro lado as pessoas, que tem o direito de viver dignamente, embasado na égide de uma constituição democrática de direitos, frustrante ainda se deparar que o direito ao mínimo existencial é uma bagatela, que em alguns casos concretos, são descartáveis sem nenhum preceito do valor à vida.

A efetivação dos direitos e garantias fundamentais como instrumento da dignidade humana

Conforme demonstrado, a construção histórica dos direitos fundamentais, classificadas em dimensões, contextualiza o movimento interno da constituição e desenvolvimento humano. Todas as mudanças que ocorreram, muita das vezes massacrantes, contribuíram para a consolidação do fundamento da dignidade humana, o centro e coluna de uma constituição.

Se fizer uma análise pormenorizada da construção de um Estado em conjunto com seu povo, correlacionando com a gama dos direitos fundamentais elencado no arcabouço jurídico, notoriamente as lacunas seriam de desequilíbrio social.

É importante, frisar que não tem nexos falar em constituição, sem cumprir com o que estabelece o fundamento da dignidade humana, e que por sua vez, não existe sem o direito ao mínimo existencial, esse núcleo de direito rígido, intangível, não pode penetrar nenhuma argumentação para limitar ou diminuir o que preconiza a constituição cidadã.

“O princípio fundamental da cidadania, também expresso no art. 1º da CF, está intimamente ligado aos direitos fundamentais sociais em sua manifestação como mínimo existencial” (TORRES, 2009, p.153).

Posicionamentos nos tribunais e doutrinárias levantam várias colocações inerentes a efetivação dos direitos fundamentais, seja pelo prisma da capacidade da reserva do possível, que estabelece que o cumprimento do direito fundamental esta condicionado a disponibilidade econômica orçamentaria; destarte, o direito ao mínimo existencial da ênfase que todas as pessoas tem o direito a viver dignamente como estabelece a constituição.

Contudo diante do principio do direito ao mínimo existencial e a tese da reserva do possível, é necessário que esses dois pesos sejam postos na balança e terá como medidor o principio da proporcionalidade, destaque em caso concreto ocorrido na comarca de Barbacena, quando um pessoa requisitou um exame médico ao departamento municipal de saúde, teve seu pedido negado embasado a tese da reserva do possível, contudo o Tribunal de

Justiça de Minas Gerais, em análise de reexame necessário, teve posicionamento divergente, nos seguintes termos:

Sobre a matéria, registre-se que o art. 196 da CR/88, ao dispor que "a saúde é direito de todos e dever do Estado", consagrou o direito à saúde como um direito fundamental, devendo, o Poder Público, implementar políticas públicas que possam efetivar tal direito.

Neste ínterim, o direito à saúde demanda prestações positivas do Estado, o que implica a alocação de recursos para a sua efetivação. Contudo, em se considerando que os recursos públicos são limitados, é preciso reconhecer que a efetivação desse direito é tarefa árdua, sendo certo que as providências a serem tomadas devem ser submetidas ao que se denominou "reserva do possível".

Em verdade, para o atendimento de todos os direitos sociais, tais como, a educação, a assistência social, a moradia, etc, necessário ter presente que a obrigação imposta constitucionalmente ao Poder Público deve-se manter nos limites do razoável.

Neste cenário, consolidou o Supremo Tribunal Federal a tese de que o direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição da República, é dever do Estado, o que o obriga ao fornecimento de tratamento médico adequado e dos fármacos incluídos na cláusula da reserva do possível.

Convém lembrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal ressaltou que a reserva do possível não tem o condão de impedir a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual deve o Poder Público garantir imediatamente o "mínimo existencial" no que se refere às normas constitucionais. Diante do que foi dito, entendo que o Poder Público, na defesa do direito fundamental à saúde, não pode olvidar das políticas públicas pela simples afirmação de escassez de recursos quando a medida requerida seja necessária ao mínimo existencial, como sói ocorrer no caso em análise.

(TJMG, 09/01/2014. Publicado em 16/01/2014- REEXAME NECESSÁRIO-CV Nº 1.0056.09.220261-5/001)

A decisão supra, expõe com clareza que, não basta a simples alegação de escassez de recursos públicos para o descumprimento de garantia do direito fundamental, além de motivo relevante e comprobatório, caberá o estado obter caminhos, mediante medidas de políticas públicas, para efetivação desses direitos.

A tese da reserva do possível, que tem seu berço na Alemanha, na sua própria origem tem aplicabilidade diversa, observa-se a razoabilidade e a proporcionalidade entre a pretensão e não a disponibilidade financeira do poder público. Não se pode levantar um valor econômico, ao que não se pode mensurar, e a efetivação do direito fundamental é a essência da dignidade humana, nessa linha posiciona Häberle:

A dignidade humana como "reação" aos horrores e violações perpetrados na Segunda Guerra Mundial é, nesses textos, digna de nota, mas também importa destacar a dimensão prospectiva da dignidade, apontando para a configuração de um futuro compatível com a dignidade da pessoa (HÄBERLE, 2009, p.47).

Relevante mencionar algumas considerações, em âmbito nacional, após as guerras que afetaram mundialmente todas as pessoas, a destruição de um povo, que ficou registrada

na memória histórica mundial; desta feita, alguns países, para evitar a possibilidade de repetir as catástrofes humanas ocorridas nas guerras, instituíram em sua constituição a proteção da pessoa humana como preceito fundamental, conforme preleciona Häberle:

No âmbito as novas Constituições dos “Estados em transformação” do leste europeu, ganha destaque especial a Constituição da Polónia (1997). Ela aponta, textual e contextualmente, para novos caminhos. No preâmbulo, foi associada à dignidade humana uma variante da clássica cláusula do bem comum: “a todos os que aplicarão essa Constituição em prol da Terceira República, exortamos que observem a dignidade inata aos homens, seu direito à liberdade e seu dever de solidariedade com os outros homens [...]”. No art. 30, encontra-se a metáfora da dignidade humana como “fonte das liberdades e do direito dos homens e dos cidadãos”. Caminhos já conhecidos trilham as demais Constituições no leste europeu. Muitas novas Constituições associam a cláusula da dignidade humana para além de outros pontos vinculados à “proteção da integridade física”. A Constituição da Estónia (1993), por exemplo, localiza de forma inovadora a dignidade humana na cláusula viabilizadora do desenvolvimento de novos direitos fundamentais constante do art. 10º (“[...] outros direitos [...] que [...] sejam compatíveis com a dignidade humana [...]”). Pelo mundo afora encontra-se a cláusula da dignidade humana também em Constituições de nações em desenvolvimento, mesmo que por meio de uma configuração mais “simplificada” (HÄBERLE, 2009, p.52).

A efetivação dos direitos fundamentais, tanto em aspecto interno de cada estado, como no aspecto internacional titularizado como direitos humanos, é amparado no princípio da dignidade humana, debruçado na supremacia e soberania constitucional humana.

Um princípio de um valor tão nobre, não poderá sofrer nenhuma limitação para ser obedecida, que a administração direta se organize, que o poder legislativo remodele a economia orçamentaria e suas destinações, mas de forma peremptória seja efetivado os direitos fundamentais das pessoas.

A constituição brasileira de 1988 consagrou no artigo 60, §4º, IV, os direitos e garantias individuais como cláusula pétrea, definindo que tais direitos são intocáveis no tocante de diminuir ou extinguir, interessante, que posicionamento doutrinário como Ingo Wolfgang, entende que cabe uma interpretação sistemática quanto a essa limitação aos direitos individuais:

No direito pátrio, há quem sustente que os direitos sociais não podem, em hipótese alguma, ser considerados como integrando as “cláusulas pétreas” da Constituição, isso pelo fato de não poderem (ao menos na condição de direitos a prestações) ser equiparados aos direitos de liberdade do art. 5º. Para além disso, argumenta-se que, se o Constituinte efetivamente tivesse tido a intenção de gravar os direitos sociais com a cláusula da intangibilidade, ele o teria feito, ou nominando expressamente esta categoria e direitos no art. 60, § 4º, inc. IV, ou referindo-se de forma genérica a todos os direitos e garantias fundamentais, mas não apenas aos direitos e garantias individuais. Tal concepção e todas aquelas que lhe podem ser equiparadas esbaram, contudo, nos seguintes argumentos: a) a Constituição brasileira não traça qualquer diferença entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no

que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos[...]. Todas estas considerações revelam que apenas por meio de uma interpretação sistemática se poderá encontrar uma resposta satisfatória no que concerne ao problema da abrangência do art. 60, §4º, inc. IV, da CF (SARLET, 2012, p.432- 433).

Os direitos fundamentais individuais estão consubstanciados na constituição brasileira como cláusula pétrea, isso significa, que esses direitos são protegidos contra uma supressão e erosão do poder reformador constitucional, outrossim, a hermenêutica histórica da constituição e a construção dos direitos fundamentais, permite uma analogia ao núcleo dos direitos mínimos existencial, tanto os direitos individuais e coletivos, devem ser observados sob a mesma análise.

A construção das dimensões dos direitos fundamentais, no que se refere ao direito mínimo existencial a uma sobrevivência com dignidade, que garante a todas as pessoas o desenvolvimento substancial de respeito à vida, independentemente de credo, raça e formação social, deve ser agraciada pelo prisma constitucional da cláusula pétrea do artigo 60, § 4º, inciso IV, se garante as pessoas uma existência digna deve ser estendido aos direitos mínimos de dimensões sociais.

A discussão em torno dos direitos fundamentais sociais, podendo ter ou não a mesma visão interpretativa de cláusula pétrea constitucional, não tem posicionamento pacífico na doutrina, no âmbito da práxis legislativa, jurisprudência e administrativa, porém, indiscutível a aplicabilidade imediata ao direito mínimo existencial, que permite a fruição plena dos direitos fundamentais, assegurando o preceito fundamental da dignidade humana, nesse sentido ensina Gilmar Mendes e Paulo Branco:

De outro lado, argui-se que os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No Título I da Constituição (*Dos Princípios Fundamentais*) fala-se na dignidade da pessoa humana como fundamento da República e essa dignidade deve ser compreendida no contexto também das outras normas do mesmo Título em que se fala no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em erradicação da pobreza e marginalização e em redução de desigualdades sociais. Tudo isso indica que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua ideia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No inciso IV do § 4º do art. 60, o constituinte terá dito menos do que queria, terá havido uma “lacuna de formulação”, devendo-se aliar os direitos sociais, ao lado dos direitos e garantias individuais. (MENDES; BRANCO, 2014, p.139-140).

Cumprido salientar, que o direito ao mínimo é uma proteção basilar ao desenvolvimento social e cultural das pessoas, que conseqüentemente, registra um país

comprometido com os preceitos fundamentais da constituição cidadã, que constitui em sua estrutura, direitos fundamentais que valorizam a vida, que esse núcleo de direitos, é que garante a dignidade humana.

A tese da reserva do possível, não pode impetrar a esse núcleo de direitos mínimos as pessoas, mesmo embasado a uma política orçamentária governamental, o direito fundamental não tem um valor econômico, não pode ser mensurado um direito referenciado no fundamento de uma constituição como vital.

“Respeito e proteção da dignidade humana como dever (jurídico) fundamental do Estado constitucional constitui a premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares” (HÄBERLE, 2009, p.81).

A efetivação dos direitos fundamentais do mínimo existencial é a premissa maior da constituição, verificar se esses direitos cabem ou não aos cofres públicos agride o estado democrático de direito, valores nobres não pode estar condicionados a uma má distribuição ou destinação de renda, um país, que tem alta carga tributária é insano argumentar que não tem condições de cumprir os preceitos fundamentais da constituição.

Em que pese à efetivação dos direitos e garantias fundamentais e o direito ao mínimo existencial, conforme instrui Ricardo Lobo Torres (2009), consiste em processo democrático, visto que, o trabalho da legislação, da administração e, sobretudo, da jurisprudência contribui para a efetividade das condições mínimas da vida humana digna, neste contexto persiste a luta das conquistas dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos e garantias fundamentais agregam valores protetivos à dignidade humana, e a gama dos direitos da segunda dimensão, tem por sua vez, a função de minimizar as desigualdades materiais na sociedade, destarte, para efetivação desses direitos é preciso dispêndio nos cofres públicos, em que consiste a tese da reserva do possível.

Malgrado, o direito ao mínimo existencial esteja embasado no fundamento constitucional da dignidade humana, não é assegurado o total cumprimento pelo poder público, este, por sua vez condiciona a efetivação dos direitos fundamentais na disponibilidade financeira do estado.

Ora, se temos uma constituição participativa do povo, que decorre em uma vasta batalha de conquista de direitos fundamentais, indispensáveis à existência humana digna, é absurdo limitar a efetivação desses direitos que está intrínseca a toda pessoa.

O núcleo duro dos direitos fundamentais consiste em um bem estar físico, moral, psíquico e espiritual, portanto, a reserva do possível não pode ser avocada pelo poder público como subterfúgio de eximir o dever do cumprimento constitucional, desde que, diante de relevante motivo que seja balizado ao princípio da proporcionalidade.

A teoria alemã, reserva do possível, que descreve a impossibilidade da prestação dos serviços em virtude da disponibilidade financeira ou a indisponibilidade da previsão orçamentaria, é uma fática destruição ao estado constitucional, que compete aos órgãos públicos revisar em caráter emergencial novas medidas públicas orçamentarias preventivas, e ao tribunal de contas compete da maior ênfase a fiscalização da distribuição dos recursos financeiros estatais, importante frisar, mais uma vez, a alta carga tributária recolhida no Brasil, não condiz com a limitação da efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Exsurge o estado democrático de direito, o fundamento do valor supremo da dignidade humana a plenitude da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, como existência precípua de cidadania, essa é a pauta basilar dos órgãos públicos, garantir o que estabelece o arcabouço fundamental da constituição.

Traçando um paralelo sobre o direito ao mínimo existencial e a reserva do possível, ambos decorrentes da teoria constitucional alemã, diante da complexidade da inesgotável matéria, o que se pretende demonstrar com o presente estudo, é reafirmar a importância da efetivação dos direitos e garantias fundamentais no que assevera a constituição no preceito do fundamento constitucional da dignidade humana, e o descumprimento dessas garantias, desvencilha com o estado constitucional, compilado ao retrocesso humano e normativo, que culmina a total destruição do que almeja a constituição cidadã.

Em linhas gerais, a verdadeira escolha trágica, não está entre a efetivação de um direito fundamental ou outro, mas sim, em escolher um retorno à devassidão de injustiças e soberbas políticas, quando condiciona um custo ao cumprimento do direito a viver com dignidade.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BERGER, Peter L. **Perspectivas Sociológicas: uma visão humanística.** 32 ed. Petrópolis: Vozes, 2012.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 7º ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 28º ed. São Paulo: Malheiros editores Ltda, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos.** 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais.** 6º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- HÄBERLE, P.. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal.** In: SARLET, I.W. (Orgs). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia o direito e direito constitucional.** 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45-103.
- LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: A pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade.** Curitiba: Juruá, 2012.
- LEAL, M.C..H.; BOLESINA, I. **Três “porquês” a jurisdição constitucional brasileira diante do (aparente) conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível na garantia dos direitos fundamentais sociais e no controle de políticas públicas: há mesmo escolhas trágicas?.** Revista do Direito unisc, Santa Cruz do Sul Nº 38, p. 06-25, jul./dez., 2012.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MIRANDA, Nilmário. **Por que Direitos Humanos.** única ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 29º ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013.
- NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional.** 8º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : Método, 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 12º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37º ed. São Paulo/SP: Malheiros Editores Ltda, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE, A.C.; LEAL, R.G. **As dimensões da reserva do possível e suas implicações na efetivação dos direitos fundamentais sociais**. Unoesc International Legal Seminar, Chapecó, v. 2, n. 1, 2013.