

UMA ANÁLISE DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE AOS CUSTOS DOS DIREITOS E O MÍNIMO EXISTENCIAL: UMA LEITURA A PARTIR DO DIREITO BRASILEIRO

An analysis of the reserve of what is possible in relation to the costs of rights and the existential minimum: a reading from Brazilian Law

Carolina Merida¹

Universidade de Rio Verde

Thais Alves de Araujo²

Centro Universitário Fieo

DOI: <https://doi.org/10.62140/CMTA4022024>

Sumário: 1. Introdução; 2. Reserva do possível; 3. O custo dos direitos e a reserva do possível no Brasil; 4. A questão dos recursos públicos; 5. O limite a teoria da reserva do possível; 6. Considerações finais; Referências bibliográficas.

Resumo: Os direitos consignados em um ordenamento jurídico impõe um custo ao poder público para que se tornem palpáveis no plano fático. Nessa ótica é necessário compreender que o Estado possui limitações orçamentárias, afinal os recursos são finitos. Assim, incorpora-se a teoria da reserva do possível no cenário brasileiro, fundamentada nas condições financeiras e orçamentárias do poder público – ‘reserva do financeiramente possível’. O problema que se coloca, então, é como conciliar a reserva do possível com a exigibilidade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o propósito deste artigo é analisar a correlação entre as teorias da reserva do possível, o custo dos direitos e o mínimo existencial, e sua aplicabilidade no cenário brasileiro. Para isso, será feita uma revisão bibliográfica sobre os temas abordados e uma análise das principais decisões judiciais sobre a temática.

Palavras-chave: custo, limitações orçamentárias, reserva do possível, mínimo existencial.

Abstract: The rights enshrined in a legal system impose a cost on the public authorities so that they become tangible at the factual level. From this perspective, it is necessary to understand that the State has budgetary limitations, after all resources are finite. Thus, the theory of the reserve of the possible is incorporated into the Brazilian scenario, based on the financial and budgetary conditions of the public authorities – ‘reserve of the financially possible’. The problem that arises, then, is how to reconcile the reservation of the possible with the enforceability of fundamental rights. In this sense, the purpose of this article is to analyze the correlation between the theories of the reserve of the possible, the cost of rights and the existential minimum, and their applicability in the Brazilian scenario. To this end, a bibliographical review will be carried out on the topics covered and an analysis of the main judicial decisions on the subject.

Keywords: cost, budget limitations, reserve of the possible, existential minimum.

¹ Pós-doutorado em Direito na Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (Espanha); Doutora em Direito Público pela UNISINOS; Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC/GO, professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde na Graduação e no Mestrado. Procuradora do Município de Rio Verde. Email: merida@unirv.edu.br

² Advogada, bacharel em Direito pelo Centro Universitário Fieo, especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestranda em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Fieo. Email thais_thaaraujo@hotmail.com.

1. Introdução

O desenvolvimento da teoria da reserva do possível advém de um julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional Alemão, na década de 1970, em decisão conhecida como *numerus clausus*. No caso, o Tribunal Constitucional analisou a demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos nas escolas de Medicina de Hamburgo e Munique, em face da limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pelo país em 1960, com fundamento no artigo 12 da Lei Fundamental alemã, que garantia a livre-escolha de trabalho, ofício ou profissão³.

Ao decidir a questão, a Corte alemã entendeu que o direito pleiteado, qual seja, o aumento do número de vagas na universidade, encontra limitação na reserva do possível, conceituada como o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, sob pena de, em virtude das limitações de ordem econômica, comprometer a plena efetivação dos direitos.

Assim, a decisão foi no sentido de que não seria razoável obrigar o Estado a disponibilizar o acesso a todos que pretendessem cursar Medicina, eis que essa exigência estaria acima de um limite social básico.

Dessa forma, a reserva do possível, em sua origem, não leva em consideração única e exclusivamente a existência de recursos materiais suficientes para a efetivação do direito no plano fático, impondo-se a priori a análise do parâmetro da razoabilidade da pretensão deduzida.

Não obstante tenha sido recepcionada pela doutrina e jurisprudência brasileira, a teoria da reserva do possível passou por uma sensível transformação no cenário brasileiro. Em relação ao estudo da doutrina brasileira, verifica-se que a expressão reserva do possível, conduz ao reconhecimento de toda restrição à realização de direitos fundamentais baseada em escassez de recursos, seja esta compreendida como inexistência ou insuficiência econômica (real) dos recursos, seja compreendida como indisponibilidade jurídica, por força da legislação orçamentária. Essas considerações são pautas da crise global que afeta diretamente o desenvolvimento dos direitos, considerando que todos os direitos impõe um custo ao Estado, e que este possui recursos limitados.

O problema que se coloca, então, é como conciliar a reserva do possível com a exigibilidade dos direitos fundamentais em um contexto de crise global, que impõe limitações orçamentárias afetando diretamente o desenvolvimento dos direitos e a capacidade do Estado de prover as condições necessárias para o bem-estar da população.

Diante desse cenário, o objetivo desta pesquisa é analisar como a teoria da reserva do possível pode ser aplicada no direito brasileiro, de forma a garantir a efetividade dos direitos fundamentais sem comprometer a sustentabilidade do Estado. Para isso, vamos examinar os principais aspectos

³ MARTINS, Flávio. Direitos sociais em tempos de crise econômica. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.p.54.

conceituais da reserva do possível, suas limitações e as decisões do Poder Judiciário brasileiro a respeito da temática.

2. Reserva do possível

Em sua concepção original a reserva do possível refere-se àquilo que é razoavelmente concebido como prestação social devida, em decorrência da interpretação dos direitos fundamentais sociais, eliminando as demandas irrazoáveis, desproporcionais e excessivas.

A construção da teoria tem sua origem na jurisprudência alemã (BVerfGE 33, 303, de 1973), no julgado que versava sobre a adoção do sistema do *numerus clausus* e de outros critérios de admissão ao ensino superior em cursos de medicina, com base no direito à livre escolha da profissão e do local de formação, ambos previstos no artigo 12 da Lei Fundamental alemã de 1949.

Ao avaliar a demanda, a Corte Constitucional da Alemanha asseverou que o direito às vagas dependeria da reserva do possível, isto é, o pretendente só teria direito de exigir do Estado aquilo que fosse razoável. Portanto, a razoabilidade foi o viés e o ponto de partida para garantir a própria fundamentação da teoria. Nas palavras de Ingo Sarlet⁴ o Tribunal alemão entendeu que:

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Dessa forma, para se definir a teoria da reserva do possível, é preciso compreender que a razoabilidade incorpora o seu conceito e também corresponde a certa limitação do poder de agir do Estado, de acordo com o posicionamento inaugural da teoria.

Com efeito, a reserva do possível não seria, necessariamente, a capacidade material do Estado em garantir determinada prestação. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁵, mesmo dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável, apenas secundariamente, analisa-se aspectos atinentes à reserva orçamentária.

Assim, o que se observa é que a reserva do possível surge como uma teoria que em certa medida inviabiliza o pleno exercício dos direitos, seja por uma percepção de razoabilidade como a

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 265.

⁵ Idem.

formulação incipiente do Tribunal Constitucional alemão, ou mesmo em sua projeção de custo em face das limitações orçamentárias no cenário brasileiro.

Na ótica brasileira, a teoria da reserva do possível fundamenta-se nas condições financeiras e orçamentárias do poder público – ‘reserva do financeiramente possível’, considerando que todos os direitos impõe um custo ao Estado, e que este possui recursos finitos.

Nesse sentido, a dependência ou a escassez de recursos surge, como um limite a concretização dos direitos no plano fático, nominando-se tal efeito de reserva do possível, em sentido oposto a ideia de razoabilidade concebida pelo Tribunal Constitucional da Alemanha.

A respeito da importação da reserva do possível, face à expressiva diferença entre a República Federativa do Brasil e os países europeus, especialmente a Alemanha, onde a teoria foi desenvolvida, reflete Krell:

Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem etc.⁶

Em que pese existir um campo de distinção entre a teoria desenvolvida na Alemanha e a incorporação da teoria quando da análise e aplicação no Brasil, é imperioso reconhecer que o critério da razoabilidade continua sendo um vetor importante ao invocar a teoria da reserva do possível, se de um lado o Estado possui recursos finitos, de outro os direitos consagrados no ordenamento jurídico brasileiro são passíveis de exigência prática por seus titulares, assim torna-se necessário que se dê primazia a razoabilidade.

3. O custo dos direitos e a reserva do possível no Brasil

No âmbito brasileiro, em razão da realidade econômica e social, a teoria da reserva do possível é utilizada como fundamento para justificar a ausência do poder público no campo da implementação integral dos direitos concebidos no ordenamento jurídico da República Federativa do

⁶ KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”, p. 108.

Brasil, justamente pela compreensão de que os direitos impõe um custo para que se transformem de um direito estabelecido em um corpo jurídico, para uma realidade exercitável. Sobre o tema, assim se posiciona Barcellos:

(...) é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.⁷

Um exemplo claro de tal percepção trata-se do direito à propriedade estabelecido no artigo 5º, XXII, da Constituição da República Federativa do Brasil. Para que esse direito torne-se exercitável no plano concreto, é necessário além da regulamentação estatal, meios para coibir qualquer atentado contra a propriedade, como um Poder Judiciário eficiente para avaliar as demandas relacionadas, segurança pública disponível para rechaçar qualquer agressão a propriedade, dentre outras formulações que para serem realizadas, faz-se necessário dotações orçamentárias .

Outro exemplo prático seria os direitos políticos, previstos no rol dos artigos 14 ao 16, da Constituição da República Federativa do Brasil. O Estado proporciona aos cidadãos as instalações – como urnas e salas de votação – sem as quais eles não poderiam exercer seus direitos, e, assim, dá-lhes condições para esse exercício. Nesses moldes, o direito ao voto não teria sentido algum se os mesários não aparecessem para trabalhar, essa menção demonstra o quanto os direitos dependem de recursos públicos.

Diz-se habitualmente que os direitos são invioláveis, conclusivos e têm caráter preventivo, mas essas palavras são meros floreios retóricos. Nada que custe dinheiro pode ser considerado absoluto. Nenhum direito cuja garantia pressuponha um gasto seletivo do dinheiro dos contribuintes poderá, no fim das contas, ser protegido de maneira integral e na mesma proporção.

Assim, a bem da verdade, praticamente todos os direitos consignados em um ordenamento jurídico impõe um custo ao poder público para que se torne palpável no mundo real. Nessa ótica é necessário compreender que qualquer Estado soberano possui limitações orçamentárias afinal os recursos são finitos, seja por uma vertente de escassez ou de limitação, dessa forma, é preciso reconhecer não apenas na realidade brasileira que a teoria da reserva do possível tem o seu caráter de importância apesar de parecer tão cruel asseverar que os direitos encontram como entrave um orçamento insuficiente.

Fato é que, nenhum direito estimado pode ser protegido de modo confiável caso o Tesouro esteja vazio. Todos os direitos só são protegidos até certo ponto, e esse ponto depende, em parte, de

⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 232.

decisões orçamentárias acerca da destinação de recursos públicos escassos, valendo-se o poder público da teoria da reserva do possível como uma justifica para tal realidade.

4. A questão dos recursos públicos

Em razão da limitação de riquezas existentes, o constituinte optou por pormenorizar os mecanismos de arrecadação de recursos, bem como traçou os parâmetros para suas despesas.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece metas prioritárias e objetivos fundamentais, que buscam o alcance da igualdade material dos cidadãos, a fim de preservar e promover a dignidade da pessoa humana, nesse sentido, as despesas públicas são os caminhos necessárias para que se dê cumprimento aos comandos constitucionais.

Contudo, conforme exposto outrora os direitos têm um custo. Garantir os direitos sai caro, especialmente quando essa garantia é justa e uniforme. É o que Clemerson Cleve chama de “metáfora do cobertor curto”, adequada para a compreensão dos limites do orçamento público. Segundo Clève, um cobertor curto é insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todas as partes do corpo. “Se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés”⁸.

Nesse passo, as autoridades públicas têm diante de si escolhas a fazer, pois as necessidades existem, mas não há como atender integral e concomitantemente a todas, em face da limitação dos recursos públicos. A questão, pois, torna-se ainda mais severa diante da realidade brasileira, notadamente em razão da discrepância socioeconômica nas diferentes regiões do país.

Assim, conforme oportunamente sintetizado por Gustavo Amaral, existe o direito, impõe-se a escassez e são necessárias as escolhas trágicas⁹.

Em razão dessa atuação do administrador e do legislador, é importante diferenciar a inexistência decorrente da falta propriamente de recursos, e aquela decorrente de escolhas políticas que os alocaram para outras prioridades.

As necessidades públicas demandam a utilização de meios materiais que viabilizem a sua realização. Tal qual se tem dito, esses meios são finitos, implicando na realização de escolhas quanto à sua alocação. A limitação de recursos, em alguns casos, está ligada às decisões dos responsáveis por sua arrecadação e destinação; em outros, contudo, ocorre em razão da impossibilidade de maior oferecimento do bem em questão. Assim ressalta Jon Elster:

⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 54, 2006. p. 36).

⁹ AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 84.

Dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para todos. A escassez pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase-natural, ou artificial. A escassez-natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. Pinturas de Rembrandt são um exemplo. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. As reservas de petróleo são um exemplo, a disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante é outra. A escassez quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto de satisfação, apenas por condutas não coativas dos cidadãos. A oferta de crianças para adoção e de esperma para inseminação artificial são exemplos. A escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tomar o bem acessível a todos, a ponto de satisfação. A dispensa do serviço militar e a oferta de vagas em jardim de infância são exemplos.¹⁰

Diante das ponderações do autor, nota-se que a escassez pode ser natural ou artificial. Será natural, em maior ou menor grau, quando o bem desejado for limitado por razões alheias à vontade do administrador. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta, como as pinturas de Rembrandt. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. As reservas de petróleo são um exemplo, a disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante é outro.

Por sua vez, à escassez artificial, segundo o autor, decorre de vontade política. Assim, no caso da apontada escassez artificial, nota-se que a escolha da autoridade pública é que será decisiva no atendimento ou não de um bem jurídico constitucionalmente protegido, na medida em que priorizar uma determinada necessidade implicará em restringir a efetividade de outra. Em vista disso, cabe verificar se antes de a reserva do possível ser invocada como um argumento defensivo, foram satisfeitos ao menos parcialmente os fins considerados como essenciais pela Constituição. Para tanto, é indispensável o controle social e jurisdicional das alocações financeiras, utilizando-se os seguintes critérios: a proporcionalidade, com seus corolários - proibição do excesso, proibição da proteção insuficiente, razoabilidade e, para aqueles que consideram a reserva do possível como um princípio jurídico limitativo, a cláusula da proibição de retrocesso.

Nesse sentido, levar em consideração o custo dos direitos, é pensar mais ou menos como uma autoridade do governo que se pergunta como distribuir recursos limitados de modo inteligente, sempre em vista de uma larga gama de bens públicos.

¹⁰ ELSTER, Jon. *Local Justice*. New York: Russel Sage Foundation, 1992, p. 21-22.

Diante do exposto, verifica-se que, quando os direitos são qualificados como investimentos públicos nas dotações orçamentárias, isso possibilita a compreensão quanto à questão de saber se a imposição desses mesmos direitos está sendo não somente valiosa e prudente, mas também distribuída com justiça, conforme apontam as reflexões do livro “o custo dos direitos: por que as liberdades precisam de impostos” de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein¹¹.

5. O limite à teoria da reserva do possível

Uma abordagem mais adequada dos direitos parte de uma premissa surpreendentemente simples: todos os direitos para serem concebidos na ordem prática impõe um custo público. Isso não vale somente para os direitos à aposentadoria, à assistência médica e a vales-alimentação, mas também para os direitos à propriedade privada, à liberdade de expressão, à imunidade em relação aos abusos da polícia.

O fato de que tributos precisam ser arrecadados para que os direitos possam ser garantidos de modo confiável significa acima de tudo que a liberdade individual, é muito mais dependente dos esforços comuns da comunidade do que habitualmente se admite. O fato de que todos os direitos exigem que as autoridades políticas cobrem tributos e os gastem indica o quanto é enganosa e desgastada distinção entre direitos positivos e negativos

Os direitos de modo geral dependem de prestações positivas, exigindo gastos públicos por parte do Estado, que por sua vez encontra restrições para a total efetivação dos direitos frente as questões orçamentárias de viés limitado, por decorrência da escassez ou de recursos inexistentes, conforme outrora mencionado.

Contudo, em razão da evolução dos direitos fundamentais, como uma armadura de proteção aos indivíduos frente ao Estado, seria um retrocesso reconhecer a possibilidade de alegação da reserva do possível de forma indiscriminada, a ponto de tornar-se os direitos concebidos no ordenamento jurídico meros floreios retóricos, sem qualquer viabilidade prática.

Com efeito, não é possível deixar a mercê do Estado a decisão de implementar ou não ao menos uma parcela mínima de cada direito necessário para garantia de uma vida digna a todos os indivíduos, sob pena de atentar diretamente contra os direitos e garantias constitucionais, especialmente o próprio fundamento da República Federativa do Brasil, concebido no artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana.

¹¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 219.

Essa parcela mínima dos direitos fundamentais é o chamado Mínimo Existencial, que, no entendimento de Rocha, foi criado “(...) para dar efetividade ao princípio da possibilidade digna, ou da dignidade da pessoa humana possível, a ser garantido pela sociedade e pelo Estado”¹².

Acerca do núcleo abrangido pelo Mínimo Existencial, Canotilho menciona:

Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem económico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*) na ausência do qual o estado português deve se considerar *infractor* das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas.¹³

Nesse diapasão, o mínimo existencial é o direito de cada indivíduo às condições mínimas indispensáveis para a existência humana digna, impondo para tanto a atuação estatal.

Embora não esteja expressamente contido na Constituição Federal, a confluência dos direitos fundamentais e o caráter irradiante do princípio da dignidade da pessoa humana podem ser considerados a base de sustentação da obrigação do Estado consistente em respeitar e promover o mínimo existencial.

Várias são as decisões do Supremo Tribunal Federal que mencionam expressamente o “mínimo existencial”. Por exemplo, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 639.337 AgR/SP), de 23/8/2011, que versa sobre educação infantil, o Supremo Tribunal Federal, na ementa de seu julgado, apontou que:

[...] A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), 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 à segurança”¹⁴.

Em outra oportunidade na ADPF 347, o Ministro Marco Aurélio, definiu o “mínimo existencial”:

¹² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 445.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 203.

¹⁴ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428> acesso em 10/11/2023.

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna¹⁵.

Assim, observa-se que o mínimo existencial funciona como limite a teoria da reserva do possível, decorrente da dignidade da pessoa humana, conceituada por Sarlet da seguinte forma:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável¹⁶.

Nesse sentido, a existência humana digna não é considerada apenas no aspecto físico, no sentido de manutenção e sobrevivência do corpo, mas também, assegurando dentre outros os direitos à educação, alimentação, saúde e moradia, concebido como o mínimo para que um indivíduo possa desenvolver-se.

Nessa vertente, faz-se incabível em razão de restrições orçamentárias, invocar a reserva do possível, no que tange ao mínimo existencial, que deve ter prioridade nas destinações orçamentárias. Assim é o entendimento de Barcellos:

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 possível¹⁷.

Em síntese, a reserva do possível pode conviver pacificamente com o mínimo existencial, pois este atua como um limite para a invocação daquela.

¹⁵ <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/constituicao.pdf> acesso em 10/11/2023.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p 60.

¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p 246.

Por derradeiro, o mínimo existencial surgiu para proteção dos indivíduos por meio da efetivação de uma parcela das garantias constitucionais aptas a proporcionar ao ser humano uma vida com dignidade, frente ao reconhecimento de que os direitos têm um custo e o Estado possui limitações financeiras.

Assim, torna-se imperioso reconhecer que uma sociedade justa deve buscar oportunidades razoáveis para todos e também assegurar que ninguém caia abaixo de um piso mínimo decente. Isso faz parte da ideia de que a sociedade é um empreendimento cooperativo, e que o Estado deve ter por prioridade a consecução do bem comum.

6. Considerações finais

Consigna-se que os direitos são invioláveis, conclusivos e têm caráter preventivo, mas essas palavras são meras aspirações. Nenhum direito cuja garantia pressuponha um gasto seletivo do dinheiro dos contribuintes poderá, no fim das contas, ser protegido de maneira integral e na mesma proporção.

Na realidade, praticamente todos os direitos consignados em um ordenamento jurídico impõe um custo ao poder público para que se tornem palpáveis no plano concreto. Nessa ótica é necessário compreender que qualquer Estado soberano possui limitações financeiras afinal os recursos são finitos, seja por uma vertente de escassez ou de limitação orçamentária.

Dessa forma, é preciso reconhecer que na realidade brasileira a teoria da reserva do possível tem o seu caráter de importância apesar de parecer cruel asseverar que os direitos encontram como entrave um orçamento insuficiente, valendo-se o poder público da teoria da reserva do possível como uma justificativa para tal circunstância.

Não obstante, em razão da evolução dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, como uma armadura de proteção aos indivíduos frente ao Estado, seria um retrocesso reconhecer a possibilidade de asseverar a reserva do possível de forma indiscriminada, a ponto de tornarem-se os direitos concebidos no ordenamento jurídico simples floreios retóricos, sem qualquer viabilidade prática de exercício.

Nesse campo surge a teoria do mínimo existencial, como um limite à teoria da reserva do possível, decorrente da dignidade da pessoa humana, assegurando dentre outros os direitos à educação, alimentação, saúde e moradia, concebidos como o mínimo para que um indivíduo possa desenvolver-se, reconhecendo que apesar de o Estado encontrar entraves orçamentários balizando-se na teoria da reserva do possível, deve-se asseverar que uma sociedade justa tem que buscar oportunidades razoáveis para todos e também assegurar que ninguém permaneça de um piso mínimo decente. Essa compreensão decorre do viés da sociedade como um empreendimento cooperativo, e que o Estado deve ter por fim o bem comum.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em:10/11/2023

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

MARTINS, Flávio. Direitos sociais em tempos de crise econômica. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.