

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL, NO ATUAL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹

FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS IN FRONT OF THE PRINCIPLES OF RESERVATION OF THE POSSIBLE AND THE EXISTENTIAL MINIMUM, IN THE CURRENT DEMOCRATIC STATE OF LAW

Maiara Pereira Lopes²

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8395270347687078>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8498-7014>

Processus – DF (Brasil)

E-mail: maiara.s2@msn.com

Resumo

O tema deste artigo é: Os direitos fundamentais sociais frente aos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, no atual Estado Democrático de Direito. Investigou-se o seguinte problema: “Como as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível impactam na aplicabilidade dos direitos fundamentais, no atual Estado Democrático de Direito?”. Cogitou-se a seguinte hipótese: “as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível impactam na aplicabilidade dos direitos fundamentais, no atual Estado Democrático de Direito”. O objetivo geral é “esclarecer como as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível impactam na aplicabilidade dos direitos fundamentais”. Os objetivos específicos são: “analisar a aplicação dos direitos sociais frente à limitação de recursos financeiros”; o segundo objetivo é “demonstrar que a reserva do possível não deve ser a única motivação para a não aplicação do núcleo essencial dos direitos fundamentais”; o terceiro objetivo específico é “discutir como a aplicação do mínimo existencial pode contribuir para que a população tenha, pelo menos, uma parcela de seus direitos resguardados”. Este trabalho é importante para um operador do Direito por sua relevância se traduzir no fato de que, é imprescindível conhecer a teoria do mínimo existencial e da reserva do possível, para que se busquem decisões acertadas, que resguardem a dignidade humana; para a ciência, é relevante, pois as ciências jurídicas contribuirão para que as decisões judiciais concretizem o mínimo existencial, que alberga o núcleo intangível da dignidade da pessoa humana, princípio esse que resguardará o ser humano contra as situações de omissão estatal, ressalta-se a importância desse estudo, já que, esse abarca vários temas importantes dentro do Direito Constitucional e de outros ramos do Direito; agrega à sociedade pelo fato de que só é possível a busca por direitos no momento em que se toma conhecimento deles. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

¹ Essa pesquisa jurídica contou com a revisão linguística Érida Cassiano Nascimento

² Graduanda em Direito pela Faculdade Processus.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Mínimo existencial. Reserva do possível. Estado democrático de direito. Direitos sociais.

Abstract

The theme of this article is: The fundamental social rights against the principles of the reservation of the possible and the existential minimum, in the current Democratic State of Law. The following problem was investigated: How do the theories of the existential minimum and the reserve of the possible impact on the applicability of fundamental rights in the current Democratic State of Law?. The following hypothesis was considered: The theories of the existential minimum and the reserve of the possible impact on the applicability of fundamental rights in the current Democratic State of Law. The general objective is to clarify how the theories of the existential minimum and the reserve of the possible impact on the applicability of fundamental rights. The specific objectives are: to analyze the application of social rights in the face of limited financial resources; the second objective is to demonstrate that the reservation of the possible should not be the only motivation for non-application of the essential core of fundamental rights; the third specific objective is to discuss how the application of the existential minimum can contribute so that the population has at least a portion of its rights protected. This work is important for a Law operator because its relevance translates into the fact that it is essential to know the theory of the existential minimum and the reserve of the possible, in order to seek correct decisions that protect human dignity; for science, it is relevant, as the legal sciences will contribute to judicial decisions materializing the existential minimum, which houses the intangible core of the dignity of the human person, a principle that protects the human person against situations of state omission, it is emphasized the importance of this study, since it encompasses several important themes within Constitutional Law and other branches of Law; it adds to society due to the fact that the search for rights is only possible when they become aware of them. It is a qualitative theoretical research lasting six months.

Keywords: Fundamental rights. Existential minimum. Booking as possible. Democratic state. Social rights.

Introdução

Os direitos fundamentais sociais são direitos ligados à própria história da humanidade, constituindo, assim, direitos históricos, a partir disso, é possível afirmar que esses direitos estão intimamente relacionados com a teoria da reserva do possível e do mínimo existencial. Sendo que, as respectivas teorias são atingidas diretamente pela forma como o governo administra o país.

Afirma Oliveira (2012, p. 16), que se contextualiza o mínimo existencial, também chamado de mínimo social, como sendo o direito de se usufruir de condições mínimas de existência digna não podendo ser objeto de intervenção do Estado, sendo necessárias prestações positivas por parte do ente estatal. Esse mínimo é conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Já em relação à reserva do possível, afirmam Cayres e Luca (2016, p. 148) que essa significa a “tendência para zero” da eficácia jurídica das normas da constituição consagradoras dos direitos sociais.

A partir disso, o presente artigo terá como objetivo responder ao seguinte

problema: “Como a teoria da reserva do possível e do mínimo existencial impactam na aplicabilidade dos direitos fundamentais e como as questões orçamentárias se relacionam com essas teorias?”. Com isso, questiona-se, ao utilizar essas teorias se os direitos sociais ficaram resguardados frente ao poder soberano do Estado.

Dizem Souza e Oliveira (2017, p. 83) que é preciso reservar uma parcela da verba pública para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, sendo essa uma medida urgente. A Administração Pública precisará incluir tais custos como despesas fixas e se organizar para fornecer aquilo que é necessário para que se tenha uma vida digna, sendo esses reflexos do exercício da cidadania, do princípio da igualdade e da democracia.

Nesse sentido, a hipótese levantada foi que: “as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível impactam na aplicabilidade dos direitos fundamentais, no atual Estado Democrático de Direito”. Desse modo, verifica-se que ambas estão intimamente ligadas às questões orçamentárias do país, ou seja, os direitos fundamentais dependem de como são aplicadas as verbas públicas e como essas são administradas.

Vale destacar que no momento em que existe uma crise econômica surgirá muitas necessidades de ordem material, e o problema da falta de recursos será sentido de maneira mais presente, com isso, torna-se fundamental fazer uma análise do papel do Estado na condução de sua estrutura administrativa. Por consequência, é relevante averiguar que critérios o administrador público utilizará ao eleger prioridades que têm por finalidade atender as necessidades públicas, de modo que o núcleo essencial de direitos, que são à base de uma existência humana digna, não fique sem proteção em razão das escolhas administrativas equivocadas quando pertinentes à alocação de recursos públicos (ALVES; DUARTE; ATHIAS, 2019, p.1791-1792).

O objetivo geral deste trabalho é esclarecer como as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível impactam na aplicabilidade dos direitos fundamentais. A partir disso, pretende-se descobrir como essas teorias se ligam às questões orçamentárias do país e como os direitos fundamentais são dependentes da aplicação de recursos públicos.

Assim, deve ser verificado se a ausência de políticas públicas, que tem como destino atender certa necessidade humana, deve-se a ausência de recursos públicos, ou se tal escassez se deve ao mau uso da discricionariedade administrativa no atendimento das necessidades coletivas. Logo, em virtude de viger um Estado Democrático de Direito e de seus princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e controle de excessividade, é imprescindível que se examine a proeminência do controle material de constitucionalidade das condutas administrativas pela sua importância na delimitação e aplicação dos conceitos de mínimo existencial e reserva do possível (ALVES; DUARTE; ATHIAS, 2019, p. 1792). O primeiro objetivo específico desse trabalho é analisar a aplicação dos direitos sociais frente à limitação

de recursos financeiros. O segundo objetivo é demonstrar que a reserva do possível não deve ser a única motivação para a não aplicação do núcleo essencial dos direitos fundamentais. O terceiro objetivo específico é discutir como a aplicação do mínimo existencial pode contribuir para que a população tenha, pelo menos, uma parcela de seus direitos resguardados.

Os apontamentos de Humberto Ávila (2004) dizem respeito aos critérios administrativos que contribuirão para escolher as condutas adotadas pelo ente estatal ao conduzir a coisa pública. Tudo isso visa uma administração razoável e proporcional no sopesamento de interesses entre o mínimo existencial e a reserva do possível, representando, de um lado os direitos fundamentais da humanidade e de outro a correção da conduta administrativa para a satisfação de tantas rogativas materiais e constitucionais.

Justificativa

Para o operador do Direito, a relevância desse trabalho se traduz no fato de que, é imprescindível conhecer a teoria do mínimo existencial e da reserva do possível, para que se busquem decisões acertadas, que resguardem a dignidade humana. Pois, na atualidade, se mostram necessárias decisões judiciais que concretizem o mínimo existencial, que alberga o núcleo intangível da dignidade da pessoa humana, princípio esse que resguarda a pessoa humana contra as situações de omissão estatal. Ressalta-se a importância desse estudo, já que, esse abarca vários temas importantes dentro do Direito Constitucional e de outros ramos do Direito.

Assim, é importante a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma vida digna. Com efeito, na “doutrina do Pós-Guerra, o primeiro jurista a sustentar a possibilidade de se reconhecer um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof” (SARLET, 2010, p. 20). Nesse pensar, Sarlet afirma que no início da década de 1950, considerou-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada (SARLET, 2010, p. 20).

Para a ciência é importante por demonstrar que com o surgimento do Direito Constitucional e, por consequência, dos direitos fundamentais surgiram, também, as dificuldades em resguardar tais prestações. Assim, essas teorias surgiram da necessidade, ou melhor, da dificuldade de se colocar em prática os direitos sociais, por isso, essas temáticas vão contribuir para a ciência jurídica ao encontrar a melhor forma de prevalecer a constitucionalidade dos direitos sociais.

Nesse contexto, a dogmática constitucional de plena eficácia dos direitos fundamentais sociais emerge com a promulgação da Constituição Federal de 1988 na qual se deixou transparecer o viés democrático, que positivou normas com o escopo de implantar o “Estado Social Democrático de Direito” (OLSEN, 2008, p. 176). Sob o

aspecto social, buscou-se o ponto de encontro entre liberdade e igualdade, direcionados à realização material, em um contexto no qual os direitos sociais ganham a sua fundamentalidade (ALVES; DUARTE; ATHIAS, 2019, p. 1801-1802).

Além disso, agrega à sociedade pelo fato de que a vida, o mínimo para viver, e os direitos fundamentais estão intrinsecamente ligados. Ou seja, é necessário que a coletividade saiba identificar quais são os seus direitos e como esses podem ser resguardados, para preservar uma vida digna, sendo esse o real intuito dessa teoria – resguardar o mínimo para se viver com dignidade.

Assim, o mínimo existencial ganha importância a partir do nascimento de um núcleo essencial de direitos, tendo em vista, que se necessita de eminente tutela para salvaguardar a vida e a dignidade, assim, o mínimo existencial ressalva possibilidades do Estado para que se efetivem tais direitos, em uma dubiedade que, para guardar o mínimo de coerência deve ter a pessoa humana como fim último de toda e qualquer construção doutrinária (ALVES; DUARTE; ATHIAS, 2019, p. 1817).

Metodologia

A pesquisa que será abordada no presente trabalho é uma pesquisa teórica, sendo um de seus objetivos o esclarecimento de ideias, pensamentos e conceitos. Trata-se de uma pesquisa teórica que tem como base a revisão bibliográfica, tendo seu fundamento em artigos científicos, bem como na lei e nos ensinamentos da mais especializada doutrina ou jurisprudência.

O instrumental que será utilizado são os artigos científicos, bem como, lei, jurisprudência e doutrina. Foram selecionados cinco artigos, extraídos do buscador Google Acadêmico a partir das seguintes palavras-chave: “direitos fundamentais”, “mínimo existencial”, “reserva do possível” e “mínimo existencial no atual Estado Democrático de Direito”.

Os critérios utilizados para selecionar os respectivos artigos foram os seguintes: os artigos tinham que ser extraídos do Google Acadêmico ou de outro indexador científico; pelo menos um dos autores deveria ter a titulação de mestre ou doutor; o artigo tinha que fazer parte de uma revista acadêmica com ISSN. Era proibida a utilização de artigos que não fossem publicados em revistas com ISSN, não poderia utilizar manuscritos em que pelo menos um dos autores não fosse mestre ou doutor. O tempo aproximado dessa pesquisa de levantamento de literatura foi de cinco meses, sendo que os três primeiros meses foram destinados a leitura dos textos originais e a elaboração das atividades de levantamento de literatura e da confecção do referencial teórico, e nos dois últimos foram elaborados os elementos que compõem o início e fim do respectivo trabalho.

A respectiva pesquisa é qualitativa. A motivação para tal escolha se deve ao fato de que todo o conteúdo do trabalho se baseia em autores de artigos científicos e o modo como esses trataram os dados obtidos por meio de uma ampla pesquisa bibliográfica, considerando todos os aspectos levantados pelos próprios autores

relevantes.

A referência dessa metodologia é a revisão de literatura, essa tem por objeto a realização de uma pesquisa bibliográfica, sendo que essa poderá ser publicada em uma revista acadêmica e, por esse motivo, normalmente esse tipo de trabalho não possui grande extensão (possui entre 10 e 30 páginas). Pode-se utilizar essa revisão como requisito de obrigatoriedade para se concluir o curso de graduação (GONÇALVES, 2021, p. 07).

Revisão de literatura

Neste trabalho iniciaremos analisando os direitos sociais tendo como base os direitos fundamentais. Os Direitos Humanos fundamentais foram consagrados a nível constitucional representando um conjunto de direitos do homem, a fim de resguardar sua dignidade, o protegendo contra a interferência estatal, ao estabelecer condições mínimas de vida e de desenvolvimento de sua personalidade (CAYRES; LUCA, 2016, p.130).

Esses direitos foram construídos a partir de lutas travadas durante séculos, sendo alçados ao patamar de direitos fundamentais, esses foram criados com o intuito de resguardar o cidadão e de protegê-lo contra a arbitrariedade do Estado. Esses direitos fortaleceram-se através das lutas sociais, e seu crescimento se deu gradativamente.

Afirma Bobbio (1992, p. 140) que do ponto de vista da teoria, sempre defendeu e continuará a defender, estando fortalecido por novos fundamentos que os direitos do ser humano, por mais fundamentais que sejam são também direitos históricos, ou seja, nasceram em certas condições, sendo caracterizados por lutas com o intuito de defender liberdades recentes contra poderes antigos, e nasceram gradualmente, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Segundo Catão (2012, p. 10-11), para que tais direitos concretizem-se serão necessários recursos, infere-se que a alocação de recursos é a temática principal quando nos referimos às decisões sobre como serão efetivadas as políticas públicas. Por tais motivos, todas as decisões que versarem sobre a deliberação de direitos devem ser feitas de modo mais aberto e transparente possível.

A partir disso, destaca-se que o Estado deve efetivamente garantir e preservar os direitos sociais, incluem-se nesse contexto o Poder Judiciário e o Poder Executivo, que não devem se preocupar somente com as prestações que concedem, mas também garantir o respeito as demais prestações, fazendo uma justa medida entre os recursos que estão disponíveis e a necessidade de se cumprir os deveres legais instituídos pela Carta Magna (SIQUEIRA, 2017, p. 199).

Sendo assim, todos os direitos sociais ao estarem expressos na Constituição servirão de base mínima para a construção de uma sociedade mais justa, garantindo-se ainda o mínimo de segurança jurídica e de aplicabilidade das normas. Vale ressaltar que para que sejam efetivados serão exigidos recursos e políticas públicas

muito bem delimitadas.

Diz Cayres e Luca (2016, p.155) que os direitos sociais têm gerado posições contrárias nos tribunais do Brasil: uns ignoram quanto custará se forem prestados tais direitos, determinando que seja aplicada a norma da Constituição quase que de forma absoluta, deixa-se para segundo plano seus possíveis resultados; outros, quando se deparam com o remanejamento de recursos e a aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, deixam de obrigar o Estado a adotar políticas públicas ou mesmo realizar prestações específicas, sob o argumento de que essa competência é do Executivo e estariam invadindo sua seara, ou sob a alegação de que faltam recursos públicos suficientes.

Com isso, percebe-se a falta de sintonia e de consenso dentro de certa razoabilidade, isso causa decisões divergentes que no fim não tem um impacto positivo nas políticas públicas, sendo que estas são voltadas para toda a coletividade que veem nos direitos sociais a sua proteção. Sendo assim, para se ter mais segurança jurídica serão necessárias decisões mais acertadas.

De acordo com Bobbio (1992), a problemática essencial em relação aos direitos do homem não está ligada a questão de justificá-los, mas sim de protegê-los, com isso percebe-se que é necessário um respaldo jurídico mínimo, tendo como finalidade servir de amparo às lutas sociais, para que no momento em que essas demandas chegarem ao Judiciário seja possível conferi-lhes maior legitimidade.

Segundo Calabresi e Bobbit (1978), para que se garantam os direitos fundamentais existe a dependência de recursos que são escassos, isso também vale para a proteção do mínimo existencial. A escassez obriga o Estado, em alguns casos, a se confrontar com verdadeiras opções dramáticas, pois, frente a diferentes demandas e dada à limitação de recursos o ente estatal se vê obrigado a eleger prioridades, dentre diversas necessidades e exigências legítimas. A faculdade de optar em quais locais haverá essa alocação acaba sendo também desalocativa, pois retira-se “fatias do bolo” dos recursos que existem, mesmo quando isso não seja explicitado. Para lidar com esse acontecimento econômico, elaboraram o conceito da “reserva do possível”.

De acordo com Sarlet e Figueiredo (2010, p. 30), a reserva do possível possui três dimensões a serem observadas, sendo que elas englobam os recursos disponíveis, a questão orçamentária e a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, sob a perspectiva de um titular de direito a prestações sociais, assim a “reserva” envolve a proporcionalidade.

A reserva do possível pode ser subdividida em três partes: a primeira seria a parte fática, que diz respeito a existência, efetivamente, de recursos necessários para que se satisfaça o direito prestacional; a segunda é a jurídica, que liga-se à existência de autorização na lei – principalmente na lei do orçamento – para que se realize a despesa exigida efetivando o direito; e a terceira seria a razoabilidade da prestação, aqui considera-se os recursos existentes e todos os demais encargos que pesam

sobre o Estado (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Analisando a teoria da reserva do possível, foca-se na restrição da eficácia das normas constitucionais programáticas, bem como no modo como age a reserva do possível tendo como referência primeiramente o crescimento dos Direitos Fundamentais. Diante disso, percebe-se que é na falta de recursos para cumprir com os direitos que nasce a reserva do possível, que traz limitações para se colocar em prática os direitos fundamentais prestacionais, temos como exemplo os direitos sociais, assim, quando o poder público se depara com um direito fundamental que tem como base o mínimo existencial, fará um alerta sobre a observância do orçamento, por isso, este só realizará o que está dentro de sua capacidade econômica (CAYRES; LUCA, 2016, p. 138).

A partir disso, o governo vem justificando a negativa de prestações essenciais que envolvem os direitos sociais na ausência e/ou insuficiência de recursos. Um desses direitos é o direito à saúde, que pressupõe o próprio exercício do direito à vida, assim, o cidadão irá à procura do Poder Judiciário para que esses direitos sejam resguardados, isso acontece ao perceber que por parte do Estado não haverá o cumprimento das determinações constitucionais (SOUZA; OLIVEIRA, 2017, p. 78).

Em suma, a concretização dos direitos sociais está sendo subordinada à teoria da reserva do possível, já que o Poder Público só irá programar as políticas públicas dentro de sua capacidade financeira. Contudo, a reserva do possível não poderá ser um óbice à preservação daquilo que é minimamente necessário para que se garanta a dignidade humana, pois esta é a base para a efetivação dos direitos fundamentais (CAYRES; LUCA, 2016, p. 146).

Diante disso, a teoria da reserva do possível tem sido invocada com o intuito de exprimir insuficiência de recursos, a partir disso, denota-se a impossibilidade do cumprimento das prestações do Estado para fornecer serviços públicos que têm relação com os direitos sociais, isso se torna um perigoso mecanismo de restrição da eficácia dos direitos a partir da condicionante “recursos materiais”, que serão usados para fornecer prestações de responsabilidade do Estado, estabelecendo certa conciliação dos direitos ao orçamento vigente. Resumindo, a fixação dos direitos fundamentais sociais, incluindo o núcleo de direitos essenciais à vida humana, estaria envolta na possibilidade financeira e na previsão orçamentária do Estado (SOUZA; OLIVEIRA, 2017, p. 79-80).

A partir disso surgem alguns problemas um deles é que ao utilizar a falta de recursos como motivação para a negativa de um direito mínimo acaba por se negar a própria dignidade do ser humano, pois se o mínimo dos direitos sociais não pode ser prestado como alguém conseguiria viver sem sentir que a sua própria existência não possui valor algum.

Destaca-se ainda, que sempre haverá custos tanto financeiros quanto sociais, para que os direitos sejam colocados em prática. Entretanto, ao menos em tese, a tributação serviria exatamente para manter toda a estrutura do governo, envolvendo

inclusive suas políticas públicas e o cumprimento daquilo que é fundamental (SOUZA; OLIVEIRA, 2017, p. 78).

Diz Sarmiento (2016, p. 1672) que essa é uma questão bastante complicada, haja vista, que em relação ao componente fático da reserva do possível as barreiras não são jurídicas ou éticas, apenas decorrem das possibilidades econômicas do Estado. Assinala-se, que primeiramente, a reserva do possível não pode ser levada em conta tomando como base a pretensão de um único indivíduo que demanda em juízo. Se isso fosse verdade, tal conceito pouca relevância teria, já que é muito improvável que o atendimento ao direito de uma única pessoa gere impacto significativo no montante dos recursos disponíveis de um ente público. Com isso, é perceptível que com base no postulado da igualdade o Estado só conceda algo a determinada pessoa se o fizer em relação às demais que estejam na mesma situação que a primeira. Dessa forma, percebe-se que a reserva do possível é compreendida como a capacidade financeira do Estado de prestar de forma universal aquilo que foi postulado, para todos aqueles que estão nas mesmas condições daquele que a requereu.

De acordo com Vaz (2007, p. 44-45), verifica-se que a falta de recursos materiais constitui um entrave para que se efetivem os direitos sociais, de forma que se o cidadão pleiteia um direito social ao Estado, que diz não possuir recursos e afirma falta de previsão no orçamento, nesse caso, sua requisição será negada pelo Poder Judiciário, o que terá como consequência a aniquilação dos direitos humanos consagrados na ordem interna e externa. Ora, a reserva do possível deveria estabelecer condições para que se efetivem os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais, e não simplesmente negá-los, já que a CF/88 prevê que se realize um Estado orçamentário e estabelece o orçamento como um instrumento de concretização desse equilíbrio.

Sabe-se que a linha entre o desejado e aquilo que é possível que se efetive é tênue, entretanto baseado na existência de uma ordem constitucional, o mínimo para a dignidade humana não pode ser obstado, as prestações positivas que devem ser prestadas pelo Estado quando se implementam os direitos sociais não podem ser ofuscadas por questões orçamentárias, por outro lado, indagam, que sem gerar o esgotamento de recursos públicos, qual seria a origem dessa verba necessária a atender todas as necessidades humanas. Indubitavelmente, entre a variedade de temáticas discutidas na atualidade, ganha-se destaque a capacidade limitada do Governo em prover as necessidades ilimitadas da população. Entre as diversas áreas de atuação estatal, seja elas saúde, segurança ou infraestrutura, o Estado vale-se desse princípio para tentar se eximir de prestações que são inerentes às atividades da própria Administração Pública (QUEROZ; LIRA, 2012, p. 03).

Por tudo isso, há a possibilidade de se sustentar a existência de uma obrigação, por parte dos órgãos do Estado e de seus agentes políticos, de se potencializar os recursos e atenuar o impacto da reserva do possível, naquilo que serve de impedimento à efetividade dos direitos sociais. A reserva do possível, portanto, não

poderá ser utilizada como uma barreira intransponível à realização dos direitos sociais pela esfera judicial, devendo, além disso, ser encarada com reservas. Também é certo que as limitações que vinculam à reserva do possível não são em si mesmas uma falácia – o que de fato é falacioso é o modo pelo qual o argumento tem sido por vezes utilizado entre nós, como empecilho a intervenção do Judiciário e desculpa dada de forma genérica para uma eventual omissão do Estado no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente, aqueles de cunho social (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 577-578).

Afirma Catão (2012, p.10-11) que mesmo com a teoria da reserva do possível o Estado deve efetivar os direitos fundamentais os prestando de forma positiva no caso dos direitos sociais. Contudo, o poder público não está obrigado a prestar aquilo que está fora do que é razoável. Todo o problema que envolve essa teoria está envolto por diversos fatores, em como a disponibilidade fática e jurídica desses recursos servirão para a efetivação dos direitos, também está envolvida a proporcionalidade dessas prestações observando o que é exigível e razoável.

Conforme aludido pelo escritor Ramos, é notório que houve uma total desvinculação no que se refere ao real sentido de se utilizar a cláusula da reserva do possível, a qual o nosso país tem insistência em usar, tem um cunho único e exclusivamente voltado à questão monetária, tem como referência a razoabilidade da prestação social consoante a capacidade financeira do Estado (RAMOS, 2014, p. 8). Percebe-se então que a finalidade da reserva do possível é limitar as prestações estatais, em contrapartida existe também a teoria do mínimo existencial não sendo a ela oposta, inclusive podendo ser discutidas conjuntamente, sendo que esta visa selecionar qual seria o mínimo para se resguardar os direitos mais importantes para o ser humano e para sua dignidade.

Conforme foi demonstrado, se o Estado por um lado está limitado pela reserva do possível, por outro temos o princípio da dignidade da pessoa humana que impõe ao poder público a satisfação de condições mínimas de sobrevivência, tendo como finalidade o gozo de uma vida digna, isso é chamado pelos doutrinadores de mínimo existencial (CAYRES; LUCA, 2016, p.149).

Os doutrinadores majoritários afirmam que a reserva do possível fática não se opõe ao mínimo existencial. Esta posição vem sendo aplicada inclusive pelo STF. Já Rose Ackerman considera que mesmo que essa fala seja sedutora ela não procede, pois mesmo que seja relevante sob o prisma moral ou jurídico, ainda assim, essa pretensão não vigoraria, pois não tem o condão de não fazer valer a lei econômica de escassez do país. A escassez é um fato, não sendo imposta pelo Direito, mas sim pela própria realidade social e se não existir na sociedade a verba necessária para que se garantam as prestações ligadas ao mínimo existencial, simplesmente não haverá alquimia jurídica que possa contornar o limite, e, como nos disse há muito tempo o jurista francês Georges Ripert, “quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vingando ignorando o Direito” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 37); (ROSE-

ACKERMAN, 2004, p. 243).

Tal argumento pode ser em parte levado em consideração, no sentido de que a realidade da sociedade por vezes limita a aplicação de alguns direitos, mas nem tudo pode ser limitado pelo simples fato de o Brasil ser um país em desenvolvimento e possuir grande quantidade de riquezas, que se fossem mais bem geridas teria como consequência um país mais rico e próspero.

Conforme dito, a parte da razoabilidade da reserva do possível não parece que se opõe ao mínimo existencial, sobretudo se este for definido com prudência, tendo compatibilidade com o imperativo de universalização do mínimo, anteriormente referido. Afinal, não pode ser negada a razoabilidade da pretensão daquele que deseja ter acesso às condições materiais mínimas para uma vida com dignidade. Caso a pretensão não seja razoável, é porque ela não está incluída naquilo que conhecemos como mínimo existencial (SARMENTO, 2016, p. 1672).

Segundo Sarmento (2016, p.1673), de todo modo, mesmo que não haja reconhecimento de que seja absolutamente oponível o mínimo existencial à reserva do possível fática, podemos afirmar que há alta prioridade das prestações concernentes ao mínimo existencial em relação a todas as demais, suscetível, inclusive, de controle judiciário. O governo, diante do exposto, não poderá deixar de prestar atendimento às necessidades básicas das pessoas, sob o fundamento de ausência de recursos, se estiver realizando despesas supérfluas – obras de embelezamento, publicidade, promoção de festas e eventos etc. A partir disso podemos dizer que, pelo menos em países não miseráveis, como o Brasil, o mínimo existencial deve ser quase sempre assegurado em sede judicial, quando não o seja na esfera da política majoritária.

Segundo Torres (2009, p. 39-40), o direito para que se tenha condições mínimas de existência com dignidade constitui o núcleo fundamental dos direitos de liberdade, ou direitos do homem, ou direitos individuais, ou direitos naturais, formas diferentes de se expressar a mesma verdade. As características básicas dos direitos da liberdade é exibido pelo mínimo existencial, sendo este anterior a Constituição, já que é inerente à pessoa humana, é negativo, já que exhibe o *status negativus*, que protege o cidadão contra o constrangimento do ente estatal ou de terceiros; cria também o *status positivus libertatis*, que irá gerar a obrigação de se entregar prestações estatais individuais para que se garanta a liberdade e condições essenciais; postulam-se garantias institucionais e processuais que provocam gastos para o Estado; sendo plenamente possível; independentemente de complemento por parte do Legislativo, possuindo eficácia imediata.

Verifica-se, a partir disso, a importância em se ter um mecanismo de limitação do poder estatal, sendo esse um dos objetivos primordiais dos direitos fundamentais, já que estes fundamentam o mínimo existencial, que possui resguardo na própria constituição, sendo esta considerada uma constituição moderna, que se pauta no cidadão.

Afirma Barcellos (2008, p.140) que o propósito central das constituições da modernidade, e da nossa em especial, pode ser resumido, no objetivo de se promover o bem-estar do homem, isso ocorreria ao assegurar as condições de sua própria dignidade, estando incluso a proteção dos direitos individuais e das condições materiais mínimas de existência. No momento em que se apuram os dados fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estaremos a estabelecer exatamente os alvos prioritários das políticas públicas. Nesse caso, só após atingi-los é que se poderá discutir, em relação aos recursos remanescentes, em que outros projetos deverão investir. O mínimo existencial no momento que está associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver de forma produtiva com a reserva do possível.

A teoria do Mínimo Existencial é um elemento da teoria dos Direitos Fundamentais, que busca respaldar, através do Judiciário, as lutas da sociedade contra a segregação social e a pobreza, bem como fornece conteúdo suficiente para amparar os pleitos processuais em face do Poder Público e elementos para que se fundamentam as decisões judiciais e escolhas dos políticos. Mostra-se, pois, como uma verdadeira intersecção entre os vários campos das ciências humanas, como o Direito, a Sociologia, a Economia e as Ciências Políticas. Frisa-se que não se atém a profundidades filosóficas, pois se preocupa com a prática, sem descuidar das limitações políticas e orçamentárias que, normalmente, afastam as teorias do plano social concreto, o que as tornam verdadeiros dogmas utópicos (OLIVEIRA, 2012, p. 12).

Quando se fala em mínimo existencial nos reportaremos diretamente à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Título II, que fala dos Direitos e Garantias Fundamentais, nesse dispositivo encontram-se os direitos fundamentais, sem os quais inexistiria uma vida digna. Por isso, o mínimo existencial tem sido ligado ao próprio entendimento do que seria justiça social (NASCIMENTO, 2014, p. 01).

Esses direitos fundamentais seriam aqueles que são inerentes ao próprio homem, sendo esses reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional de um determinado estado, e servindo de base para a organização de toda a sociedade. Também tem como prerrogativa a dignidade do homem, estando a ela ligada por um direito natural.

Nossa motivação quando conceituarmos os direitos fundamentais se dá pela sua inter-relação com o mínimo existencial, que é legitimado pela teoria dos Direitos Fundamentais. Soma-se a isso o fato de a teoria do Mínimo Existencial assemelhar-se a teoria dos Direitos Fundamentais, essas semelhanças são, a saber: a normatividade, já que se preocupa com que sejam concretizados e eficazes os direitos; interpretativa, figurando como uma forma de interpretação dos direitos fundamentais; dogmática, buscando a concretização dos direitos mínimos tendo como ponto de partida uma construção teórica e jurisprudencial, mesmo que não seja

amparado por lei, uma vez que o mínimo existencial não necessita estar positivado em uma norma para ser implementado, encontrando substrato na *lex legum*, mesmo que de forma implícita (OLIVEIRA, 2012, p. 16).

Na concepção de Abramovich e Courtis (2004, p. 200-220), os fundamentos para que haja o reconhecimento do direito ao mínimo existencial podem ser instrumentais ou independentes. Os fundamentos instrumentais dizem que o mínimo existencial deve ser resguardado para que haja a promoção de algum outro princípio ou objetivo. Os princípios normalmente invocados são: liberdade e democracia. Quanto aos fundamentos independentes esses pleiteiam que o mínimo existencial seja garantido, já que a sua recusa implicaria, em si mesma, numa grave injustiça, e isso independente dos efeitos que teria sobre outros valores.

Por isso, a definição do conteúdo de prestações de direitos sociais mínimos para a existência do homem é uma peleja sobre a qual se debruçam os principais teóricos do mínimo existencial que usam, para alcançar tal conteúdo, da ponderação dos princípios e valores jurídicos que são considerados mais relevantes, além de elementos que estão dentro da consciência coletiva daquilo que é o mínimo necessário para garantir a subsistência humana e as condições iniciais de liberdade (OLIVEIRA, 2012, p. 15).

Segundo Oliveira (2012, p. 16), em relação ao conteúdo do mínimo existencial não pode haver ponderação, já que este inclui o mínimo de direitos necessários para a sobrevivência humana e para que se garantam as condições iniciais de liberdade. Tais direitos mínimos já são consequência de se ponderar princípios e valores jurídicos mais relevantes. Sendo assim, o mínimo existencial é regra jurídica e imperativa, não se constituindo um princípio, já que traz consigo direitos que já foram definidos e imponderáveis, situados na esfera dos direitos fundamentais.

Por isso, entende-se que a natureza jurídica do mínimo existencial é de regra jurídica, mesmo que possua princípios e valores jurídicos como elementos que justifiquem o seu conteúdo. Não se considera princípio, já que este não é absoluto, conforme declara Robert Alexy ao afirmar que nos princípios podemos usar da ponderação (ALEXY, 2008, p. 446).

Diz, ainda, Oliveira (2012, p. 17) que o legislador ao se utilizar de preceitos genéricos – a exemplo da dignidade do homem que consta do art. 1º, III, da CF de 1988 –, como mecanismo para que seja impedida a ocorrência de arbitrariedades, pretendeu, então, que compreendêssemos tais princípios e regras como normas jurídicas e não puramente como valorações ou decisões dos políticos, quando estariam sujeitos à discricionariedade e sem efeito de ser obrigatório, isso permitiria que os mesmos desmandos que motivaram a sua positivação voltassem a ocorrer.

Dito isso, sabemos que a teoria do Mínimo Existencial surge buscando um ponto de equilíbrio entre as necessidades mínimas da sociedade e a disponibilidade limitada das receitas, aproxima-se do pragmatismo, fugindo do plano ideal-abstrato. A partir disso, a teoria do Mínimo Existencial seleciona quais – dentro do rol de direitos sociais

presentes no art. 6º da Carta Magna – possuem maior relevância para, assim, atribuir-lhes uma maior proteção em relação aos demais, conferindo-lhes contornos de direitos subjetivos, enquanto que o restante (chamado de “máximo social”) seria obtido através do processo democrático de escolhas políticas e lutas sociais (OLIVEIRA, 2012, p. 14-15).

Por isso é necessário definir quais seriam os principais direitos, ou seja, aqueles que são basilares para que se construa uma vida saudável e, a partir disso, definir políticas eficazes e que realmente possam ser colocadas em prática com o intuito de prestá-las de forma universal, fornecendo-as da maneira mais adequada.

Tudo isso é necessário para que no momento em que forem definir as melhores formas de gerir os recursos não acabem por tentar abarcar todas as prestações e, desse modo, as prestem de forma ineficiente e ineficaz, trazendo ainda maiores prejuízos para a população ao fornecer serviços de péssima qualidade.

Diante disso e tendo como referência a teoria do Mínimo Existencial, quando se busca um equilíbrio entre as reservas financeiras finitas estatais e as necessidades infinitas da população, deve-se considerar que, no afã de oferecer todos os direitos sociais a todos os indivíduos, acabe por não os oferecer ou fornecê-los de forma precária, como ocorre atualmente (OLIVEIRA, 2012, p. 15).

Ressalta-se, a partir disso, que mesmo que essa teoria seja reconhecida nas normas, o mínimo existencial não tem sido assegurado a boa parte da população, que não tem desfrutado de acesso efetivo a bens e direitos que fazem parte de um núcleo essencial para uma vida com dignidade. Uma multidão de pessoas ainda vive na mais absoluta miséria, expõe-se à fome, sem acesso a uma habitação adequada, ao saneamento básico, à saúde e a uma educação que tenha um grau mínimo de qualidade. À margem de tudo o que a civilização conquistou nesse Estado baseado na democracia e em direitos está o “Brasil baixo” – do qual nos falou Patativa do Assaré – em que o regramento é a escassez, e onde os direitos não são “para valer”. Além do fato de isso trazer um sofrimento às suas vítimas, essa situação acaba por comprometer a capacidade dessas pessoas de exercerem, de forma plena e com consciência, os seus direitos civis e políticos (SARMENTO, 2016, p. 1647).

Impossível de esquecer que são necessários recursos para colocar em prática os direitos e liberdades fundamentais, mas esse não é o único assunto a ser discutido, pois em um país onde o tributo é altíssimo, o descumprimento de diretrizes básicas de saúde e a falta de capacidade de prover a manutenção do mínimo vital ao cidadão brasileiro parece não encontrar razão na falta de recursos financeiros em contrapartida evidencia-se a ingerência e falta de eficiência da Administração Pública ao realizar gastos públicos (SOUZA; OLIVEIRA, 2017, p.81).

Uma coisa é segura, é necessário que o país desenvolva políticas públicas e faça um planejamento de suas receitas, a fim de que aquilo que está disposto na Constituição e os objetivos fundamentais da República (art. 3º) possam concretizar-se. Já que, não seria esse o objetivo final de sua criação? Estabelecendo seus

elementos (povo, território e soberania) tendo como alvo o bem-estar coletivo? (SOUZA; OLIVEIRA, 2017, p. 90).

Resumindo, mesmo que tenha recursos à disposição, não é tudo que é razoável ao indivíduo exigir do Poder Público. Ou seja, haverá possibilidade em atender só aquilo que está inserido no limite do que é razoável. Só aquilo que ao pensarmos racionalmente seria exigível do Estado, e por consequência, da própria coletividade (CAYRES; LUCA, 2016, p.149).

Para superar a crítica é necessário construir uma teoria adequada sobre o mínimo existencial. Em primeiro lugar deve ser esclarecido que o mínimo não pode se limitar às condições mínimas à sobrevivência do corpo físico. Ele tem que ter mais amplitude para abranger as condições básicas para uma vida com dignidade, contendo também o chamado “mínimo sociocultural”. Prestações materiais mesmo que não sejam imprescindíveis para a sobrevivência do homem, mas sejam condições que não se pode dispensar para viver dignamente, como, por exemplo, o acesso à educação básica (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 21-22).

Outro ponto de vista, é que se precisa de compreensão de qual seria a finalidade do mínimo existencial na nossa ordem constitucional. Em primeiro lugar, as prestações materiais que serão asseguradas pelo Estado, para cada indivíduo em condição de vulnerabilidade, não serão definidas pelo mínimo existencial, que apenas estabelecerá um grau mínimo, abaixo do qual não se poderá descer. Aquele que irá criar as leis tem uma grande liberdade para ir além do mínimo existencial, podendo buscar que se concretize pelos mais variados meios – prestação de serviços públicos, tributação, regulação das atividades econômicas etc. – uma realização mais perfeita da igualdade material (SARMENTO, 2016, p.1658).

A crítica afirma que uma ordem constitucional que tenha justiça deveria almejar à justiça social, e não se contentar com a garantia do mínimo para diminuir a miséria. Diante desse contexto, há aqueles que associam o mínimo existencial a uma visão elitista e excludente, própria do neoliberalismo, que tinha como objetivo limitar a atuação estatal no campo da sociedade e manter preservado o núcleo das estruturas da economia do capitalismo. Ao invés de se contentar com restos – falam aqueles que criticam –, o jurista que tem compromisso deveria se utilizar dos mecanismos da Constituição para transformar o *status quo*, buscando muito mais do que a simples garantia de condições mínimas para que os miseráveis sobrevivam (PEREIRA, 2000, p. 15).

Do ponto de vista da teoria, esse argumento é válido, entretanto, quando adentrarmos na realidade complexa da sociedade fica a questão de como se pensar em garantir prestações que estão além do mínimo para sobreviver quando nem este consegue ser garantido as populações mais carentes.

Sob esse ponto de vista, deve-se adotar as alegações da tutela do mínimo existencial em detrimento da reserva do possível, quando a questão é a “saúde”, para que seja garantido esse direito, como decorrência do direito à vida, a qualquer cidadão

sem fazer distinção, e para que seja efetivo o princípio da dignidade do homem (SOUZA; OLIVEIRA, 2017, p. 104).

Tendo como ponto de partida tais ensinamentos e a fim de concluir esse ponto – sem pretensão de extinguir essa complexa discussão, mas apenas manifestando um pensamento particular e acolhendo uma linha de raciocínio –, nos cabe compreender que o mínimo existencial é direito relativo, pois, apenas, de forma excepcional, pode ser restringido – principalmente no que diz respeito às limitações de fato que lhe são impostos, por exemplo, a restrição de verba pública –, eis que já se constitui de um mínimo, sendo assim qualquer forma de intervir que seja indevida ou inconveniente por parte do ente estatal ou de particular deve ser afugentada. A própria Constituição, quando fixou as cláusulas pétreas, admitiu a ponderação dos direitos fundamentais e dos demais preceitos supremos da República, por emenda constitucional, desde que não seja extintas tais matérias. Sendo assim, qualquer ponderação, que não tenha necessidade, do conteúdo do mínimo existencial, sem que se utilize da razoabilidade, como as limitações a que já estão submetidos, terá como resultado a destruição do seu conteúdo, que já é mínimo (OLIVEIRA, 2012, p. 24).

Referências

ALVES, Tiago Moita Koury; DUARTE, Kaique Campos; ATHIAS, Arianne Brito Cal. A busca pela efetivação dos direitos fundamentais: uma análise principiológica do mínimo existencial e da reserva do possível no estado democrático de direito. **Revista jurídica luso-brasileira**. Ano 5, volume IV, 2019.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 446. algumas aproximações. In: SARLET, I. W. e TIMM, L.B.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial: e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública**. São Paulo. V.1, p. 133- 160. Jul. 2008.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 05.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic choices**. New York: Norton, 1978.

CATÃO, Mariana Camila Silva. Entre a doutrina da proteção integral e a reservado possível: uma análise da problemática em torno da efetivação preferencial dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. **Revista fides**, 2012.

CAYRES, Giovanna Rosseto Magaroto; LUCA, Guilherme Domingos de. Princípios da reserva do possível e do mínimo existencial em face da efetivação dos direitos fundamentais sociais no atual estado democrático de direito, **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, vol. 8, nº15, mai.-ago. 2016.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um projeto de pesquisa de um artigo de revisão de literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**. Ano II, volume II, n.5, (ago./dez.), 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Projeto de Pesquisa**. Brasília: Processus, 2019 (Coleção Trabalho de Curso, Vol.I).

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Metodologia Científica e Redação Acadêmica**. 8.ed. Brasília: JRG, 2019.

OLIVEIRA, Caio Ramon Guimarães de. Teoria do mínimo existencial como fundamento do Estado democrático de direito – um diálogo na busca de uma existência digna. **Direito e liberdade ESMARN** - v. 14, n. 2, p. 09 – 28 – jul/dez 2012.
PEREIRA, Potyara A. **Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais**. 6. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

QUEROZ, Pedro Ivo Leite; LIRA, Daniel Ferreira de. A reserva do possível e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. **Revista âmbito jurídico**, 2012.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Análise econômica progressista do direito: e o novo direito administrativo. In: MATTOS, Paulo; PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga (orgs.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET Ingo

Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. In: SARLET, I. W. e TIMM, L.B. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. – São Paulo editora revista dos tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. **Revista de Direito da Cidade**. vol. 08, nº 4, 2016.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Reserva do possível e os direitos sociais: da previsão normativa a concretização. **Revista jurídica**. vol. 01, nº. 46, Curitiba, 2017. pp. 188-203.

SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. O custo dos direitos fundamentais: o direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 2, p. 77-110, mai./ago. 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financiamento possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n. 61, ano 15, out./dez. 2007.