

A APLICABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO BRASILEIRO FRENTE À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Sabrina Santos Lima¹

RESUMO

A realidade contemporânea, principalmente em países que consideram-se e intitulam-se Estados sociais, traz consigo uma bagagem que transborda conteúdo, mostrando-nos a importância da luta contínua pela proteção e concretização dos direitos fundamentais sociais. Diante de tal conjuntura, e, tendo em vista a proteção larga conferida pela Constituição Federal de 1988 a esses direitos, que visam, acima de tudo, a garantia da dignidade humana, procura-se, através desse artigo, analisar uma teoria que acarreta amplas consequências no que toca à efetividade dos direitos sociais, está-se falando, pois, da Reserva do Possível. No que concerne ao tema, surge o seguinte questionamento: é possível que a natureza dos direitos em questão possibilite diferentes interpretações e aplicações da reserva do possível? Assim, pretendendo responder à problemática suscitada, o presente artigo objetiva a conceituação dos direitos sociais como direitos fundamentais; o exame do argumento da reserva do possível como forma de limitar a concretização de direitos sociais, e do mínimo existencial, como forma de limitar a reserva do possível; assim como, a apreciação de diferentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que tratam de diferentes direitos, de diferentes contextos, no intuito de averiguar a aplicação da reserva do possível quando invocada nesses cenários.

Palavras-chave: dignidade humana; direitos sociais; mínimo existencial; reserva do possível.

ABSTRACT

The contemporary reality, especially in countries that consider and call

¹ Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Funcionária Pública Municipal (Prefeitura de Santa Cruz do Sul – RS). Estudante da Escola Superior do Ministério Público (FMP). E-mail: sa._94@hotmail.com.

themselves social states, carries a baggage that overflows itself with content, showing us the importance of a continuous struggle for the protection and achievement of fundamental social rights. Faced with this situation and in view of the broad protection granted to these rights by the Federal Constitution of 1988, which aims, above all, to guarantee human dignity, it is aimed, through this article, to analyze a theory that entails thundering consequences regarding the effectiveness of social rights, which we are, therefore, talking about the Reserve of the Possible. Concerning the matter, the following question arises: is it possible that the nature of the rights in question allow different interpretations and applications of the Reserve of the Possible? Thus, seeking to respond the problems raised, this article aims the conceptualization of social rights as fundamental rights; the exam of the argument of the reserve of the possible as a way to limit the realization of social rights, and the existential minimum, as a way of limiting the reserve of the possible; as well as the appreciation of different decisions handed down by the Federal Supreme Court (STF), which deal with different rights from different contexts, in order to ascertain the application of the reserve of the possible when invoked in these scenarios.

Keywords: human dignity; social rights; existential minimum; reserve of the possible.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual sucedeu a época conturbada do regime militar, uma nova perspectiva tomou a frente, qual seja, a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio esse que orienta todo o ordenamento jurídico vigente. Anos correram desde a sua promulgação, e ao longo deste período foi possível perceber conquistas e avanços no nosso Estado Democrático de Direito, que passou a se preocupar mais com a vida e com a dignidade, do que com a propriedade.

Tanto isso é verdade, que os direitos sociais detêm amplo espaço na Constituição e, de forma inovadora, foram incluídos no Título que prevê o rol dos direitos fundamentais, o que garante a sua proteção ampla e busca incansável pela sua máxima concretização. Dessa topografia constitucional, restou a interpretação que os direitos sociais, tal qual os direitos fundamentais, gozam de aplicação direta e imediata, não resultando em normas meramente programáticas. Sendo assim, é dever do Estado garantir a efetividade desses direitos.

Ocorre que, a grande maioria dos direitos sociais está ligada a uma prestação por parte do Poder Público, isto é, a uma posição ativa, fazendo-se necessária a utilização de recursos financeiros para garantir a sua efetividade. Entretanto, a realidade econômica do País é caótica, num sentido negativo, isto é, não é capaz de suportar todas as demandas sociais e concretizar os anseios da Constituição Federal. Diante desse contexto, surgiu o argumento da reserva do possível que, por diversas vezes, é utilizado como forma de limitar ou restringir a efetividade dos direitos sociais, aqui compreendidos como direitos fundamentais.

Ao analisar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, percebe-se que não são claros quais os critérios adotados para a aceitação e aplicação do argumento da reserva do possível, como limitador da concretização dos direitos sociais. Sendo assim, o questionamento que se faz é: é possível que a natureza dos direitos em questão possibilite diferentes interpretações e aplicações da reserva do possível? Dito de outra forma, tal argumento pode sofrer variações argumentativas dependendo do direito que está em pauta?

Desse modo, o presente artigo tem como objetivo investigar a origem do princípio da reserva do possível, a sua repercussão no direito brasileiro, as suas peculiaridades e as suas diferentes nuances, bem como analisar decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em seus diferentes contextos, no intuito de verificar a forma como esse princípio vem sendo enfrentado, se ele pode adquirir diferentes variações dependendo do direito que está em questão no caso concreto.

A relevância desse estudo está na íntima ligação entre a reserva do possível com a proteção e efetivação dos direitos fundamentais sociais. Assim, na medida que esse argumento exsurge no direito brasileiro, como uma possível forma de limitar a concretização de direitos fundamentais, os quais garantem, em última análise, a própria dignidade da pessoa humana, *mister* se faz debruçar-se sobre ela, para compreender suas diferentes facetas e o modo como o Supremo Tribunal Federal vem utilizando-a.

Para tanto, procurar-se-á definir a conceituação dos direitos sociais como direitos fundamentais, em razão da nova topografia constitucional trazida pela Carta Magna, e os objetivos traçados por ela, bem como estudar as diferentes origens históricas da reserva do possível, que, conforme será visto, estão calcadas no direito alemão, através do julgado BVerfGE 33, 303, de 1972, do Tribunal Constitucional Alemão, bem como no direito norte-americano, através da Teoria dos Custos, abordada na obra *The Cost of Rights*, dos autores Stephen Holmes e Cass Sustein.

Também, abordar-se-á a questão do mínimo existencial, como forma de limitar a aplicação da reserva do possível, vez que esse mínimo refere-se justamente ao núcleo essencial de cada direito, tendo íntima relação com a dignidade humana. Por derradeiro, analisar-se-á decisões selecionadas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que tenham como tema o argumento da reserva do possível, objetivando, com isso, averiguar o âmbito de aplicabilidade dessa teoria no direito brasileiro, o modo como ela vem sido aceita pelo Tribunal, e o que determina essa forma de utilização.

2 CONCEITUANDO OS DIREITOS SOCIAIS COMO FUNDAMENTAIS

Cabe destacar, primeiramente, que a tradição constitucional no que tange aos direitos fundamentais sociais, era de mantê-los de forma dispersa ao longo do texto legislativo, em títulos ou capítulos de menor relevância, como por exemplo, no título da ordem econômica e social, sendo que, somente em 1988 houve uma radical mudança na topografia constitucional desses direitos, os quais passaram a integrar um dos títulos mais significativos: “Dos Direitos e Garantias Individuais” (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br), passando a ser regulados logo após os princípios básicos.

Portanto, os direitos sociais foram catalogados no Título II da CF/88, que prevê o rol de direitos fundamentais. Assim, em que pese parte da doutrina pense de forma diversa, a citar como exemplo o renomado autor José Afonso da Silva, pensa-se que os direitos sociais, previstos no artigo 6º, CF/88, por estarem contidos no título dos direitos fundamentais, possuem *status* de norma fundamental, tal qual os direitos individuais.

Dito isso, volta-se agora para o aprofundamento do que se denomina direito fundamental. Isto é, como se define um direito fundamental? O que assim pode ser considerado? Qual(is) o(s) critério(s) utilizado(s) para se classificar um direito como fundamental?

A doutrina já teceu importantes estudos com o intuito de responder a esses questionamentos, sendo que o critério elegido por muitos, inclusive Canotilho (1992), para classificar um direito como fundamental, ou não, foi a análise da sua fundamentalidade tanto num sentido formal, como material.

A fundamentalidade formal se corporifica na previsão constitucional, ou seja,

relaciona-se diretamente com o direito positivo, com a inserção, localização e proteção de determinado direito dentro do texto constitucional. Nesse sentido, Sarlet (2013), apresenta três elementos capazes de demonstrar a fundamentalidade formal de um direito, quais sejam: a) a situação dos direitos dentro da Constituição: os direitos fundamentais encontram-se positivados no vértice do ordenamento jurídico, no ponto mais alto, usufruindo de uma supremacia hierárquica; b) proteção qualificada no que tange à reforma constitucional (artigo 60, CF/88): previsão de limites formais (procedimento agravado), bem como de limites materiais (cláusulas pétreas); e c) aplicação imediata: os direitos fundamentais são diretamente aplicáveis (artigo 5º, §1º, CF/88).

Diante de tal perspectiva, há que se concluir que os direitos fundamentais estão abarcados por um regime jurídico qualificado, pois são fortemente protegidos pela Constituição. Assim, não há um amplo poder de ingerência e discricionariedade do Poder Público quando esses direitos estão em pauta. Existem limites constitucionalmente impostos, com o fim de assegurar a sua máxima proteção e efetivação, e, não só isso, existem meios pelos quais se faz possível essa concretização: os remédios constitucionais, como o *habeas corpus*, o *habeas data* e o mandado de segurança. (SARLET, 2013).

Ademais, tendo em vista a previsão de um catálogo aberto de direitos fundamentais, notadamente no artigo 5º, §2º, CF/88, indiscutível que apenas o critério formal de fundamentalidade não bastaria para assim se definir um direito. É preciso olhar além, e é aqui que surge a fundamentalidade material. Ela, por sua vez, relaciona-se com o conteúdo dos direitos, com a sua substância, sua essência. Está ligada aos anseios, aspirações de cada sociedade em específico (SARLET, 2013). Nesse sentido, um direito não é tido como fundamental apenas pela sua localização topográfica, mas principalmente pelo conteúdo que carrega consigo.

Outrossim, verifica-se que os direitos sociais são direitos fundamentais, sendo que essa afirmação resulta tanto da análise de um aspecto formal, no que se refere à localização desses direitos dentro da Constituição Federal de 1988, quanto de um aspecto material, no que toca à sua essência e ao seu alcance no mundo fático, como se verá demonstrado a seguir.

A fundamentalidade formal encontra respaldo no modo como os direitos sociais foram abarcados pela Constituição Federal de 1988, ou seja, na própria topografia constitucional. Como já referido, a Constituição de 1988, diferente de todas as outras Constituições brasileiras, inseriu os direitos sociais dentro do título que prevê o rol

de direitos fundamentais, qual seja, o Título II “Dos Direitos e Garantias Individuais”. (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

Nesse sentido, mostra-se clara a vontade do Constituinte em conferir o grau de direito fundamental aos direitos sociais, pois, do contrário, teria simplesmente mantido a forma como vinha sido feita até então, isto é, teria conservado os direitos sociais dentro das categorias de direitos econômicos e sociais ou, até mesmo, dentro da categoria de direitos individuais (KELBERT, 2011). Dito de outra forma, inserir os direitos sociais no Título II da Constituição, não foi mero acaso ou coincidência, mas a verdadeira intenção do Constituinte em outorgar o *status* fundamental aos direitos em questão.

No que se refere à fundamentalidade material dos direitos sociais, tem-se que em razão do conteúdo dos referidos direitos, isto é, da sua essência, é possível concluir pelo seu caráter fundamental. Digo isso, veja, pela tamanha importância que esses direitos possuem frente aos objetivos da nossa Constituição, posto que os direitos sociais são os instrumentos, os meios pelos quais se faz possível a efetivação de uma sociedade mais justa e igualitária. (BITENCOURT, 2013).

Nesse contexto, tendo em vista não somente a posição em que se encontram positivados os direitos sociais, mas principalmente a sua essencialidade e os resultados alcançados com a sua concretização, atribuir-lhes o caráter de fundamentalidade é mera consequência. Isto é, negar esse caráter é justamente caminhar em sentido contrário às perspectivas da Constituição de 1988, é ir de encontro com a finalidade da justiça social, é manter-se preso e enraizado nos sistemas anteriores, os quais já se mostraram falidos e incapazes de assegurar uma sociedade justa e igual.

Dito isso, conclui-se pela relevância em compreender a fundamentalidade dos direitos sociais, pois assim será possível analisar, em momento posterior, as bases argumentativas da jurisprudência brasileira no que tange à teoria da reserva do possível quando está se tratando de tais direitos, como o fornecimento de medicamentos (direito à saúde), vagas nas creches e escolas (direito à educação), precariedade no sistema prisional (direito à dignidade), entre outros. Isso pois, ao dizer que os direitos sociais são também direitos fundamentais, estar-se-á dizendo que devem ser protegidos ao máximo, e a sua limitação e restrição deve se operar em grau mínimo, somente quando necessário para garantir a efetividade de outros direitos.

3 DAS DIFERENTES ORIGENS HISTÓRICAS DA RESERVA DO POSSÍVEL À SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A jurisprudência brasileira, quando se trata da efetividade dos direitos sociais, centra-se principalmente na Teoria da Reserva do Possível abordada pelo direito alemão, e de igual maneira, na Teoria dos Custos abordada por Holmes e Sustain, oriunda do direito norte-americano. Sendo assim, far-se-á aqui uma análise quanto a essas duas abordagens, com o intuito de verificar a aplicabilidade dessas teorias no cenário brasileiro, a forma como esse argumento vem sendo utilizado pela jurisprudência, e como vem sendo debatido pela doutrina.

A Teoria da Reserva do Possível no direito alemão teve origem na análise do artigo 12, §1º, da Lei Fundamental, segundo o qual todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar do trabalho e o lugar de formação. Isso se deu no julgado n. 33 do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE 33, 303), em 18 de julho de 1972.

Referido julgado, conhecido como *Numerus Clausus*, tratou de dois controles concretos, anunciados por dois Tribunais Administrativos da Alemanha: *Hamburg e Baviera*, onde o objeto dos processos teve como enfoque as regulamentações das admissões (vestibulares) para medicina humana nas universidades de *Hamburg e Baviera*, nos anos de 1969 e 1970 (MARTINS, 2005). Discutiu-se ali, conforme Kelbert (2011, p. 69), “os diversos critérios de admissão ao ensino superior, bem como a situação dos candidatos que se inscreveram em mais de uma universidade ou em mais de um curso de graduação”.

Nesse sentido, os debates giraram em torno da quantidade de vagas para um curso em específico, comparado ao número de pessoas que pretendiam cursar esse mesmo curso, numa determinada universidade. Tendo em vista o número elevado de candidatos para o curso de medicina e o número de vagas que não correspondia ao esperado, passou-se a analisar quais seriam as obrigações do Estado para com os seus cidadãos em garantir o direito previsto no artigo 12, §1º, da Lei Fundamental, que trata, especificamente, do direito ao livre exercício profissional. Dessa forma, surgiu no referido julgado, a expressão “*Vorbehalt des Möglichen*”, traduzida pela doutrina brasileira como reserva do possível, conforme se vê em trecho extraído da decisão em pauta (MARTINS, 2005, p. 663):

mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade.

Nesse contexto, salienta-se que a deliberação centrou-se no motivo que deveria determinar a prestação estatal, isto é, se seria a questão orçamentária, os limites financeiros ou, por outro lado, se seria a análise do que é razoável exigir do Estado alemão. O julgado, por derradeiro, trouxe que todos os alemães têm esse direito garantido (livre exercício profissional), entretanto, não poderia o Estado garantir vagas para todos aqueles que pleiteassem o ingresso em determinado curso, na medida em que não seria razoável exigir dele algo que comprometesse a concretização de outros direitos, também importantes para a sociedade.

Concluiu-se, portanto, que o que deveria guiar a prestação estatal não seria somente a reserva orçamentária, mas principalmente questões de proporcionalidade e razoabilidade, com um olhar voltado para a coletividade (BITENCOURT, 2013). É possível dizer, pois, que ainda que o Estado contasse com um orçamento ilimitado, podendo aumentar o número de vagas de determinado curso, não seria exigível que ele assim o fizesse, pois o argumento da reserva do possível, aqui, não se resume ao aspecto financeiro.

De outra banda, quando se trata da Teoria dos Custos, abordada por Holmes e Sustain na obra *The cost of rights*, temos um ângulo oposto no que toca à proteção dos direitos sociais. Para esse modelo a questão central, quando se trata de direitos prestacionais, está pautada principalmente nos limites financeiros e orçamentários do Estado, e também “no retorno que financiar esses direitos sociais trará em longo prazo à sociedade” (BITENCOURT, 2013, p. 148). Desse modo, temos que, enquanto a reserva do possível abordada na conjuntura do direito alemão tem como cerne os limites do que seria razoável exigir do Estado, no âmbito da proporcionalidade e razoabilidade, a teoria dos custos calcada no direito norte-americano aborda um aspecto essencialmente econômico, haja vista que nesse modelo, a garantia dos direitos sociais não é um dever imposto ao Estado liberal.

Diante do exposto, cabe destacar um ponto importante abordado na obra de Holmes e Sustain, qual seja, os custos dos direitos no que tange aos direitos sociais, bem como aos direitos individuais. Por anos predominou na doutrina o entendimento de que apenas os direitos de cunho prestacional, ou seja, direitos da segunda dimensão, geram custos e necessitam de reserva orçamentária. Ocorre que, muito

embora isso seja verdade, também o é que os direitos negativos, de primeira dimensão, exigem recursos financeiros para se concretizarem, sendo essa a posição defendida pelos autores supra (GALDINO, 2005). Nesse sentido, resta pacificado atualmente que todos os direitos têm custos, e não apenas os direitos fundamentais sociais, como se pensava.

Nesse contexto, partindo para uma conotação voltada ao direito brasileiro, a reserva do possível vem apresentando diferentes facetas, no que se refere à concretização dos direitos fundamentais sociais. Alguns autores, como Barreto (2003), acreditam que essa teoria é invocada, muitas vezes, como forma de limitar a efetividade dos direitos sociais, funcionando como verdadeira “desculpa” para o descumprimento de obrigações impostas ao Estado brasileiro pela Constituição Federal de 1988.

Outros autores, como Olsen (2008), voltam-se muito mais para a problemática orçamentária, entendendo, dessa forma, que a reserva do possível estaria ligada diretamente com a questão financeira e disponibilidade de recursos. E, por outro ângulo, há autores, como Figueiredo e Sarlet (2010), que analisam o tema através de uma perspectiva mais ampla, dissertando que a reserva do possível, embora muitas vezes invocada pela Poder Público como forma de se desvencilhar de seus compromissos, também é utilizada como meio garantidor da efetividade de outros direitos fundamentais.

Diante de tal conjuntura, verifica-se que a reserva do possível não encontra um conceito fechado no direito brasileiro. Ela, ainda que invocada constantemente, não foi analisada pela jurisprudência de forma profunda, entretanto é possível afirmar que está voltada muito mais para a Teoria dos Custos, do que para a abordagem alemã.

Ocorre que a Teoria dos Custos é de origem norte-americana, sendo assim, a saber que os Estados Unidos constituem um Estado liberal e possuem uma Constituição liberal, não é dever do Estado a concretização de um extenso rol de direitos sociais, como no caso brasileiro. Ou seja, voltam-se muito mais para a proteção dos direitos individuais, de liberdade, do que para a proteção dos direitos sociais, que, em verdade, caracterizam justamente uma restrição de liberdades, em prol da concretização do coletivo. (BITENCOURT, 2013).

Por sua vez, no contexto do direito brasileiro, ainda que a jurisprudência venha baseando-se com mais frequência na teoria dos custos ao analisar as demandas com um olhar voltado para as questões orçamentárias, certo é que torna-se inviável

a importação de uma ou outra teoria estrangeira sem modificação, em razão das peculiaridades e diferenças que circundam o modelo pátrio. Isto é, não seria propício que a jurisprudência brasileira adotasse uma teoria sem fazer as devidas adequações, posto que tratam-se de realidades, de cenários e necessidades distintos.

Assim, há que se pensar na reserva do possível não apenas com um olhar voltado para a questão orçamentária, pois ela vai além disso. E, não obstante, ainda que se concorde que os recursos são limitados e que, portanto, os direitos não são absolutos, é preciso querer garantir o máximo possível no que tange aos direitos fundamentais sociais e, somente quando isso não for possível, é preciso garantir, de fato, o que se entende hoje por “mínimo existencial”.

4 A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO LIMITE À APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Quando se fala em custos do direito, automaticamente remete-se para a ideia de reserva do possível, tendo em vista a conotação financeira dada à essa teoria na jurisprudência brasileira. Assim, juntamente com a ideia de reserva do possível, como limitação à concretização dos direitos fundamentais sociais, sobressai-se o argumento do mínimo existencial. Muito embora reconheça-se que o exercício dos direitos fundamentais tem limites, e, portanto, não é absoluto, há que se admitir que a “sua restrição e sua restringibilidade têm limites” também, o que configura justamente a ideia de limite dos limites, isto é, há um limite imposto à própria restrição dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 296).

A origem do termo mínimo existencial, assim como a reserva do possível, desenvolveu-se na Alemanha. Com o tempo, o Tribunal Constitucional alemão passou a reconhecer a necessidade de garantias e condições mínimas a serem ofertadas pelo Estado alemão, como forma de se garantir e preservar a dignidade da pessoa humana, culminando, como refere Figueiredo e Sarlet (2010, p. 21), “no reconhecimento definitivo do *status* constitucional da garantia estatal do mínimo existencial”.

Dessa maneira, ainda que não tenha se chegado a um conceito definitivo, ficou claro, no contexto do direito alemão, que a compreensão do que seria o mínimo existencial está muito além da mera existência e sobrevivência (KELBERT, 2011). Dito de outra forma, a ideia do que se entende por mínimo existencial não está

centrada no mínimo necessário para garantir a existência de um indivíduo, mas sim no mínimo necessário para garantir uma existência digna.

Autores brasileiros, por sua vez, ao tecerem estudos sobre o tema, firmaram diferentes entendimentos do que seria o mínimo existencial. Bitencourt Neto (2010), por exemplo, sustenta a ideia de um mínimo para uma existência digna, e fundamenta que essa conclusão tem por base os ideais de um Estado de direito social e democrático, a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como pilar desse Estado, assim como a previsão expressa no texto constitucional de direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, o autor defende que o Brasil, na condição de Estado social, deve buscar garantir além do necessário para a sobrevivência dos seus cidadãos, deve buscar garantir uma vida digna e um bem-estar social, através da redução das desigualdades.

Krell (2002, p. 63, grifos originais), mais específico, refere que o

“padrão mínimo social” para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia; o conteúdo concreto desse mínimo, no entanto, variará de país para país.

Sarlet (2011) deixa claro que não haveria como pensar em mínimo existencial, sem pensar em garantia da dignidade da pessoa humana. Nessa esteira, o autor defende que o mínimo existencial seria justamente o mínimo necessário para se garantir uma vida digna, uma vida saudável.

Dito isso, veja-se, ainda que não haja consenso entre a doutrina, tendo em vista a relevante inspiração no direito alemão, bem como a previsão na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, tem-se aqui o principal radical que forma o conceito de mínimo existencial: a preservação e concretização da dignidade da pessoa humana. É o que também entende Kelbert (2011, p. 103) ao colocar que “a fundamentação do mínimo existencial no direito brasileiro aderiu à tradição alemã e respalda essa ideia no direito à vida e especialmente na dignidade da pessoa humana”.

Não obstante, muito discute-se na doutrina quais seriam os núcleos essenciais dos direitos fundamentais que poderiam estar contidos no conceito de mínimo existencial. Alexy (2008, p. 298), em verdade, trouxe a ideia do núcleo essencial, e aponta que “cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir

em hipótese alguma”. Entretanto, não chegou-se a uma conclusão absoluta que definisse exatamente quais direitos, ou melhor, qual núcleo essencial de cada direito fundamental poderia ser definido como mínimo existencial. Foi possível apenas concluir que um núcleo essencial será assim considerado quando for indispensável para a efetivação da dignidade humana.

Nesse contexto, haja vista que essa definição depende muito mais de uma análise prática do caso em concreto, do que jurídica, entrou-se no consenso apenas no que se refere às consequências geradas ao se definir que tal prestação trata-se, em verdade, de um mínimo a ser garantido.

Extraí-se que o mínimo existencial trata-se justamente do mínimo que o Estado deve garantir ao seu cidadão, sem que possa invocar o argumento da reserva do possível como limitador. Isto é, como afirma Kelbert (2011, p. 101-102) “a questão do mínimo existencial diz respeito a um mínimo em conteúdo que deve ser realizado ou protegido, de modo que sobre ele não recaiam os limites impostos pela reserva do possível”.

Sarlet (2011), na mesma esteira, entende que embora admita-se restrições a direitos fundamentais, haja vista que nenhum direito pode ser considerado absoluto, essas restrições não podem afetar o núcleo essencial do direito em questão (limite dos limites), isto é, não podem afetar aquilo que aqui se denomina um mínimo existencial. Desse modo, existe uma barreira, um limite às restrições impostas aos direitos fundamentais, e, na concepção do autor, esse limite encontra respaldo justamente na dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, destaca-se para a noção de que, não raras vezes, o princípio da dignidade da pessoa humana configura o próprio núcleo essencial do direito fundamental, ou seja, um núcleo duro que, por estar vinculado à concretização da dignidade, não pode ser relativizado, veja-se:

o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ocupar um lugar de destaque, notadamente pelo fato de que, ao menos para alguns, o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou pela circunstância de – mesmo não aceita tal identificação – se considerar que pelo menos (e sempre) o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições. (SARLET, 2011, p. 142).

Há que se admitir que, muito embora sejam claras as consequências ao se reconhecer determinado “núcleo” como sendo “essencial”, essa conceituação é uma tarefa atribuída à jurisprudência, cabe a ela definir o que integra esse núcleo e,

desse modo, determinar a sua máxima proteção.

Diante de tal conjuntura, temos que, ao sopesar o que deve o Estado ofertar, sem arguir as desculpas de uma *quantum* financeiro limitado, concluímos pela preponderância do mínimo existencial sobre a reserva do possível, ou seja, não pode a reserva do possível ser utilizada para justificar a inércia, a omissão ou até mesmo a objeção estatal, quando trata-se de direitos mínimos a serem garantidos, pois, do contrário, estar-se-ia ferindo o próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Dito de outro modo, conforme se extrai da lição de Bitencourt (2013), quando postos frente a frente reserva do possível x mínimo existencial, o último deve sempre prevalecer, pois é o que coaduna com a ordem constitucional brasileira e com o fim a que este Estado Democrático e Social se destina.

Indo além, frente a essa perspectiva, poder-se-ia concluir, erroneamente, que os direitos sociais confundem-se com a própria ideia de mínimo existencial, o que não é verdade, posto que o mínimo existencial é justamente o que a palavra quer dizer: o mínimo, o indispensável, o salutar para garantir a vida e a dignidade humana, ao passo que, os direitos sociais caminham num sentido muito mais amplo, eles são, em verdade, a busca para além do mínimo, aquilo que seria o ideal, e não apenas o crucial. (BITENCOURT, 2013).

5 A APLICABILIDADE DO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL EM DIFERENTES CONTEXTOS/DIREITOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diante do exposto, passa-se para a análise de decisões selecionadas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no que toca à aplicabilidade do argumento da reserva do possível como limite à concretização de diferentes direitos fundamentais sociais. Nessa esteira, procurar-se-á descobrir como é enfrentada, pela Corte Suprema, a questão da reserva do possível, se o argumento tem ênfase na escassez dos recursos, ou se depende muito mais dos direitos fundamentais envolvidos no caso concreto. Traz-se aqui cinco decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, reportando-se para os apontamentos de Kelbert (2011).

O Recurso Extraordinário 410715 Agr/SP tratou do direito fundamental à educação, referente ao atendimento em creche e em pré-escola no âmbito municipal. O Ministro Celso de Mello fundamentou principalmente que o argumento da reserva do possível não poderia ser invocado como forma de limitar, de restringir direitos constitucionalmente previstos, em razão da “essencial fundamentalidade”

desses direitos. (KELBERT, 2011).

O próximo julgado, em que foi relator o Ministro Gilmar Mendes, trata do pedido de suspensão de segurança nº 3.741, em razão da decisão liminar proferida pelo Tribunal de Justiça do Ceará que determinou o fornecimento de medicamentos de alto custo. O município de Fortaleza entrou com o pedido de suspensão alegando o risco de grave lesão à ordem e à economia pública. Neste contexto, o Ministro primeiramente desenvolveu uma abordagem teórica e doutrinária acerca dos custos dos direitos, do mínimo existencial, da reserva do possível e da eficácia das normas, e então decidiu pela manutenção da oferta dos medicamentos. Neste caso, ressalta-se que a reserva do possível aparece, como em muitos outros julgados, apenas como possível limite à concretização dos direitos sociais, dando-se ênfase para a questão financeira. (KELBERT, 2011).

Também referente ao fornecimento de medicamento, o pedido de suspensão de tutela antecipada nº 198/MG enfrenta a decisão proferida pelo Tribunal Federal da 1ª Região, o qual deferiu parcialmente a tutela requerida para fornecimento do medicamento “Elaprase”, que geraria um custo anual aproximado de R\$ 2.600.000,00. No pedido de suspensão, o Estado de Minas Gerais alegou, dentre outras coisas, a violação ao princípio da reserva do possível, haja vista o alto custo no fornecimento do medicamento. A decisão sobre o caso abarcou temas interessantes como o possível comprometimento de todo o sistema, inviabilizando outros direitos de se concretizarem, em razão do grande volume de recursos que deveriam ser despendidos para garantir a referida prestação. Assim, o julgado trouxe a reserva do possível para além de uma análise meramente econômica, abordando também o aspecto jurídico. Por fim, muito embora tenha sido feita a análise supracitada, decidiu-se pela obrigação do ente estatal em fornecer o medicamento, pois, do contrário estar-se-ia ferindo os direitos à saúde e à vida da paciente, que talvez nunca mais pudessem ser reparados. (KELBERT, 2011).

Agora, em sentido totalmente contrário, vale a análise do Agravo de Instrumento nº 723773/MS, ante decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que condenou o Estado à indenização por dano moral em razão da violação ao princípio da dignidade da pessoa humana do preso, em face da superlotação carcerária. A decisão do Supremo reformou o acórdão colocando que:

em face do princípio da ‘reserva do possível’, não se pode impor ao Estado a obrigação de melhorar as condições mínimas de sobrevivência garantidas aos presidiários, visto que é lícito ao Poder Público cumprir suas obrigações

legais dentro dos limites da razoabilidade e disponibilidade financeira e orçamentária. Tratando-se de dano decorrente de suposto ato omissivo de o Estado garantir a dignidade humana do preso, a responsabilidade é subjetiva, exigindo-se, para sua configuração, a presença de dolo ou culpa. (KELBERT, 2011, p. 116-117, grifos originais).

Ou seja, neste último caso o STF trouxe a reserva do possível como forma de indeferir o direito requerido, como limite fático à concessão do pleito. Sendo assim, verifica-se que a Teoria da Reserva do Possível vinha sendo utilizada apenas a título meramente argumentativo quando tratava-se de direitos relacionados à saúde, à vida e à educação, e, por outro lado, como argumento capaz de fundamentar a negativa da prestação estatal quando tratava-se de garantir a dignidade do preso no que tange ao fornecimento de melhores condições prisionais. (KELBERT, 2011).

Ocorre que, decisões recentes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal demonstram uma mudança de postura no que se refere a aplicabilidade da reserva do possível frente ao direito de dignidade dos presos. Trata-se, por exemplo, do Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (RE 592.581/RS), contra acórdão que, ao reformar a sentença de primeiro grau, concluiu não competir ao Judiciário determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional, sob pena de indevida invasão no campo decisório reservado à Administração Pública. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

O Ministro Presidente e Relator, Ricardo Lewandowski, ao votar, deu uma verdadeira aula quanto à situação das instalações carcerárias brasileiras, bem como quanto ao importante papel do Judiciário, principalmente da Corte Suprema, em atuar em defesa dos direitos fundamentais. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Refutando a alegação da cláusula da reserva do possível, o Ministro demonstrou que existem sim verbas capazes de ao menos amenizar a precariedade das instalações carcerárias, posto que o Fundo Penitenciário Nacional havia arrecadado, até junho de 2015, R\$ 2.324.710.885,64 (dois bilhões, trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos), entretanto, somente foi empregada a importância de aproximadamente R\$ 357.200.572,00 (trezentos e cinquenta e sete milhões, duzentos mil e quinhentos e setenta e dois reais). Conclui-se, portanto, que o que se opera é verdadeira falta de vontade política em empregar recursos na melhoria desse sistema, e não a falta deles. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Diante de tal conjuntura, o Ministro votou pela cassação do acórdão recorrido e provimento do recurso extraordinário, com o fim de dar efetividade à dignidade da

pessoa humana e assegurar aos presos a sua integridade física e moral, não sendo oponível ao caso a cláusula da reserva do possível e o princípio da separação dos poderes. (BRASIL, 2015, www.stf.jus.br).

Sendo assim, verifica-se que a Teoria da Reserva do Possível tem sido utilizada apenas a título meramente argumentativo quando trata-se de direitos relacionados à saúde, à vida e à educação, a saber que as decisões que tem como pauta esses temas, de modo geral, alertam para a escassez dos recursos, para os limites financeiros e orçamentários, para a existência da cláusula da reserva do possível como possível limitadora de direitos, entretanto, deixam claro que tal cláusula não merece prevalecer quando em jogo com o mínimo existencial, deixam claro que a reserva do possível não é argumento suficiente para afastar a responsabilidade do Estado em concretizar direitos elencados como fundamentais pela Constituição Federal.

Já no que toca ao direito à dignidade dos presos, há que se observar outro ponto, qual seja, o diferente modo como vem sendo enfrentado o tema da falência do sistema carcerário brasileiro, que resulta, diariamente, em uma ofensa e violação exorbitante de diversos direitos fundamentais. Veja-se que havia uma postura negativa por parte do Supremo Tribunal Federal ao indeferir pleitos relacionados à responsabilização do Estado, em razão de ofensa à dignidade dos presos, na medida em que se sobressaia o argumento da reserva do possível. Ocorre que, recentemente, a partir da decisão paradigmática RE 592.581/RS, mudou-se o entendimento quanto a isso. Nesse julgado, como visto, o STF aprofundou o tema e afastou a aplicabilidade da reserva do possível, para determinar ao Poder Público que tome medidas efetivas no sentido de melhorar as condições prisionais.

6 CONCLUSÃO

Inicialmente o presente artigo discorreu sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, com o fim de averiguar se eles são ou não considerados fundamentais. Na medida em que se verificou que o que define se um direito é fundamental é a análise da fundamentalidade formal (positivação diferenciada) e da fundamentalidade material (essência do direito, relação com a dignidade humana), foi possível concluir que os direitos sociais encaixam-se nesse conceito. Dessa forma, ao definir que os direitos sociais são direitos fundamentais, definiu-se também que os direitos sociais são dotados de uma proteção reforçada, possuem aplicabilidade imediata e são um

dos fins máximos a ser alcançado pelo Estado, o que irá repercutir, significativamente, quando a reserva do possível for suscitada.

Adiante abordou-se a origem da cláusula da reserva do possível, onde ficou demonstrado o relevante papel do julgado BVerfGE 33, 303, de 1972, do Tribunal Constitucional Alemão, bem como da obra *The cost of rights*, de Stephan Holmes e Cass Sustein. Tanto o direito alemão como o norte-americano, portanto, foram cruciais na construção dessa teoria, cada qual de acordo com o seu âmbito de aplicação. O direito brasileiro, por sua vez, inspirado nessas duas abordagens, não chegou a sedimentar um conceito aprofundado da reserva do possível, entretanto, vem utilizando-a frequentemente quando surgem conflitos em relação à efetividade de direitos sociais e a problemática da escassez dos recursos. Nesse sentido, pode-se concluir que a reserva do possível, na maioria dos casos, é invocada como forma de limitar o exercício dos direitos prestacionais.

Indo além, passou-se a tratar da questão do mínimo existencial como forma de limitar a aplicação da teoria da reserva do possível. Verificou-se, ao longo do artigo, que o mínimo existencial trata-se do núcleo essencial do direito que está em questão. Esse núcleo, pois, está intimamente ligado com a dignidade da pessoa humana, na grande parte dos casos. Assim, concluiu-se que, ainda que admita-se que os recursos financeiros são limitados, e que, portanto, o exercício dos direitos não é absoluto, sofre limitações, ao menos o mínimo existencial deve ser garantido, ao menos a dignidade humana deve ser protegida.

Por fim, através da análise dos julgados concluiu-se que, atualmente, após decisões recentes da Corte Suprema, a reserva do possível não vem sendo acolhida como forma de indeferir direitos pleiteados judicialmente. Em grande parte das decisões, essa teoria é invocada pelo Poder Público, o qual alega não possuir recursos financeiros suficientes para conceder o direito, entretanto, por tratar-se de direitos fundamentais, os quais garantem a dignidade da pessoa humana, e, bem como, por não haver comprovação objetiva da insuficiência de recursos por parte do Estado, o Tribunal vem se manifestando no sentido de afastar a aplicação da reserva do possível.

Analisando de forma profunda, principalmente quando trata-se do direito à educação e do direito à saúde, o Supremo já afirmou sua posição no que tange à reserva do possível, qual seja, a sua inaplicabilidade, na medida em que a omissão estatal, nesses casos, fere a Constituição Federal e a própria dignidade da pessoa humana. Em sentido diverso, quando trata-se da ofensa de direitos fundamentais

dos presos em razão da superlotação carcerária, o Supremo caminhava num sentido de indeferir os pleitos que buscavam a condenação estatal em decorrência da ofensa desses direitos, em razão da escassez dos recursos, ou seja, aplicava-se, nesses casos, a reserva do possível. Ocorre que, decisões recentes vêm afirmando posicionamento diverso, vêm afastando a reserva do possível também nos casos de ofensa aos direitos fundamentais dos presos, condenando o Estado a tomar medidas que melhorem as condições carcerárias e minimizem os danos sofridos.

Diante desse cenário, conclui-se que a reserva do possível, hoje, não é argumento válido para afastar o exercício de direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais, sendo possível dizer que diferente relevância era atribuída à cláusula da reserva do possível quando em jogo diferentes direitos fundamentais (direito à saúde x direito à dignidade do preso, por exemplo), entretanto, não é o que vem ocorrendo recentemente, vez que a atual jurisprudência do STF não vem mais dando esse tratamento diferenciado. O que se percebe, portanto, é o afastamento da teoria da reserva do possível, que era invocada como forma de desobrigar o Estado a prestar direitos incumbidos a ele, independente do direito fundamental que está em questão, muito embora alguns sempre recebam maior proteção e garantia, como é o caso do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, I. W. *Direitos Fundamentais Sociais. Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-134.

BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581/RS*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 02 out. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra:

Almedina, 1992.

FIGUEIREDO, M. F.; SARLET, I. W. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: TIMM, L. B.; SARLET, I. W. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-50.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Fundación Konrad Adenauer, 2005.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.