

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO APLICADO

**A IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A RESERVA DO POSSÍVEL
FRENTE AO MÍNIMO EXISTENCIAL, GARANTIDOR DA DIGNIDADE
DA PESSOA HUMANA**

MARIA CECÍLIA URSULINO CAVASSANA

CURITIBA (PR) – 2013

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO APLICADO

**A IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A RESERVA DO POSSÍVEL
FRENTE AO MÍNIMO EXISTENCIAL, GARANTIDOR DA DIGNIDADE
DA PESSOA HUMANA**

MARIA CECÍLIA URSULINO CAVASSANA

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Paraná, - EMAP, como requisito parcial para obtenção do título de pós graduada em Direito Aplicado, sob a orientação da Professora Dra. Renata Estorilho Baganha.

CURITIBA (PR) - 2013

Cavassana, Maria Cecília Ursulino, 1988-

Título Principal: A impossibilidade de se aplicar a reserva do possível frente ao mínimo existencial, garantidor da dignidade da pessoa humana. Brasil / Maria Cecília Ursulino Cavassana. – 2013.

48 fl.; 30 cm

Orientadora: Dra. Renata Baganha.

Trabalho de Conclusão de Curso (pós-graduação) – Escola da Magistratura do Paraná, 2013.

1. A dignidade da pessoa humana. 2. O mínimo existencial. 3. A reserva do possível frente ao mínimo existencial I. Dra. Renata Estorilho Baganha. II. Escola da Magistratura do Paraná. III. A impossibilidade de se aplicar a reserva do possível frente ao mínimo existencial, garantidor da dignidade da pessoa humana.

MARIA CECÍLIA URSULINO CAVASSANA

**A IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A RESERVA DO POSSÍVEL
FRENTE AO MÍNIMO EXISTENCIAL, GARANTIDOR DA DIGNIDADE
DA PESSOA HUMANA.**

Este trabalho de conclusão de curso de pós-graduação foi julgado adequado para obtenção do título de pós-graduada em direito aplicado e aprovado em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação de Direito da Escola da Magistratura do Paraná - EMAP.

Banca examinadora:

Presidente:

Membro:

Membro:

Curitiba, _____ de 2014.

Dedico este trabalho aos meus pais, à minha irmã e ao meu namorado, pelo inesgotável amor, carinho, compreensão e por estarem sempre ao meu lado. Dedico também à Deus, pois sem ele nada disso seria possível.

“Seja a mudança que você quer ver no mundo.” Dalai Lama

A aprovação do presente trabalho de conclusão de curso de pós-graduação não significará o endosso da Professora Dra. Renata Baganha, Orientadora, da Banca Examinadora e da Escola da Magistratura do Paraná à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

RESUMO

O presente trabalho analisa a (im)possibilidade de se aplicar a reserva do possível frente ao mínimo existencial, o qual garante a dignidade da pessoa humana. O Brasil, como Estado Democrático de Direito que hoje é, deve garantir a todos os seus cidadãos uma vida digna, dever este que está previsto na Constituição Federal de 1988 como princípio fundamental. Essa dignidade para a maior parte da população brasileira, a qual ainda vive sob condições precárias ou até mesmo abaixo da linha da pobreza, é garantida pelas políticas públicas, as quais, consistem, por sua vez, em sua grande maioria em direitos sociais. Tais direitos fundamentais são considerados por muitos doutrinadores o núcleo essencial do mínimo existencial, expressão incorporada do direito Alemão, a qual não ainda não possui um conteúdo definido no Brasil, haja vista as várias divergências e imprecisões acerca do tema. O que se afirma com unanimidade é que o mínimo existencial possui como finalidade implementar direitos que sejam capazes de garantir a vida digna de todo ser humano. A reserva do possível, instituto também criado na Alemanha, ingressou no Brasil como uma insuficiência de verbas públicas utilizada muitas vezes como justificadora da omissão do Estado no tocante as prestações públicas. No entanto, tendo em vista que o mínimo existencial é garantidor da dignidade da pessoa humana, não há que se falar em insuficiência de renda para sua implementação, haja vista que como princípio fundamental deve ser a prioridade buscada pelo Estado.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana; direitos fundamentais sociais; prestações públicas; mínimo existencial; reserva do possível; rendas públicas.

ABSTRACT

This paper analyzes the (im)possibility of applying the possible reserve against the existential minimum , which ensures the dignity of the human person . Brazil as a democratic state it is today, should guarantee all citizens a decent life , that this duty is provided for in the Federal Constitution of 1988 as a fundamental principle . This dignity for the majority of the Brazilian population, which still lives under precarious conditions or even below the poverty line, is guaranteed by public policies , which consist mostly in social law. These fundamental rights are considered by many scholars the core of the existential minimum , embedded expression of German law , which does not yet have a defined content in Brazil , considering the various discrepancies and inaccuracies about the subject. What it says is that existential minimum has as purpose to implement rights that are able to ensure decent life for every human being . The possible reserve also institute created in Germany , joined the Brazil as a failure of public funds used often as justifying the omission of the State regarding public benefits . However , considering that the existential minimum is guarantor of human dignity , there is no need to speak of insufficient income for their implementation, given that the fundamental principle should be the priority seek by the State.

Keywords: Dignity of the human person; fundamental social rights; public benefits; existential minimum; possible reserve; public revenues.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	111
1.1 A recente constitucionalização do Direito	111
1.2 A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.....	144
1.3 A implementação da dignidade da pessoa humana por meio das prestações positivas.....	17
2 O MÍNIMO EXISTENCIAL.....	233
2.1 Histórico.....	23
2.2 Conceito e natureza jurídica.....	26
2.3 Limites ao mínimo existencial.....	29
3 A RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE AO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	34
3.1 A recepção da reserva do possível pelo direito brasileiro	34
3.2 As dimensões da reserva do possível.....	37
3.3 Reserva do possível frente ao mínimo existencial	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá como escopo o estudo da possibilidade de ser aplicada a reserva do possível como justificadora para a omissão do Estado no tocante a implementação dos direitos fundamentais sociais, os quais consistem no mínimo existencial, que, por sua vez, garante a dignidade da pessoa humana.

Para isso, no primeiro capítulo, abordar-se-á a dignidade da pessoa humana, a partir da sua nova dimensão apresentada pela Constituição Federal. Necessário se faz analisar a recente constitucionalização do direito, fator este responsável por elevar a dignidade da pessoa humana a título de princípio fundamental. Também serão objeto de reflexão as prestações positivas por parte do Estado, haja vista que são através destas que a maioria dos direitos fundamentais sociais são alcançados e assim, conseqüentemente, garantida a dignidade da pessoa humana.

O segundo capítulo pretende abordar quase todos os aspectos do Mínimo Existencial, desde o histórico até os limites que hoje comporta. Em suma, analisar-se-á as principais características desse institutos, bem como se tentará conceituá-lo, haja vista a versatilidade e divergências doutrinárias que o cercam.

O terceiro capítulo tratará da reserva do possível, discorrendo acerca da sua entrada no ordenamento brasileiro e das dimensões pelas quais esse instituto se apresenta. Por fim, será enfrentada a questão do conflito existente entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

O tema em estudo é de extrema importância no cenário atual, haja vista a necessidade de em um Estado Democrático de Direito se garantir a todos os cidadãos uma vida digna. Além disso, outro problema a ser enfrentado e solucionado é a efetividade dos direitos fundamentais sociais, núcleo do mínimo existencial.

1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De início é necessário analisar a recente constitucionalização que o Direito na sua qualidade de ciência sofreu nos últimos anos, pois foi através desse processo que a dignidade da pessoa humana ganhou força e se tornou base de todo o ordenamento jurídico não só brasileiro, como mundial. A Constituição Federal de 1988 atende à essa proporção ganha pela dignidade da pessoa humana ao considerá-la um de seus princípios fundamentais. Indispensável é, portanto, o estudo das prestações sociais do Estado, pois estas são uma das formas de aplicação desse princípio perante os cidadãos.

1.1 A recente constitucionalização do Direito

O Direito Constitucional redefiniu seu lugar após a segunda guerra mundial, haja vista a necessidade de uma resposta à altura para as atrocidades cometidas pela política nazista difundida por Hitler. Nesse cenário os direitos humanos ganham notoriedade com a criação da Declaração dos Direitos Humanos, primeiro documento a prever que todas as pessoas possuem direitos independentemente da sua nacionalidade. Embora tal documento não seja de observância obrigatória este não pode ser considerado menos importante, haja vista que fora o marco mundial de uma nova visão do direito.

Uma das consequências do pós-guerra foi a democratização, movimento esse que também influenciou o momento histórico brasileiro, haja vista a Constituição de 1946 após a queda de Getúlio Vargas, a qual retomou os ideais democráticos de 1934. No entanto, o Brasil passaria ainda por um longo período de ditadura e supressão de todo e qualquer ideal de democracia.

No Brasil, portanto, o Direito Constitucional renasce com as eleições diretas, as quais puseram fim ao regime ditatorial dos militares. Essa redemocratização culmina no reconstitucionalismo brasileiro, o qual é caracterizado pela Constituição Federal de 1988.

Além do marco histórico destaca Luis Roberto Barroso que a constitucionalização do direito tem um marco filosófico:

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é a assinada pela superação - ou, talvez, sublimação - dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo (BARROSO, Luis Roberto. Em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalização_do_direito_pdf.pdf>. Acessado em 02/02/2014).

O pós-positivismo promoveu uma reaproximação entre direito e filosofia, uma vez que foi além da estrita legalidade, procurando fazer uma leitura moral do direito. Nesse sentido também é o pensamento de Pedro Lenza:

A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificadas sobre o fundamento da dignidade humana (2011, p. 63).

Outro marco histórico do neoconstitucionalismo é o teórico. Conclui Luis Roberto Barroso que:

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, Luis Roberto. Em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalização_do_direito_pdf.pdf>. Acessado em 02/02/2014).

A Constituição Federal ganha força normativa ao ser dotada de imperatividade, ou seja, em caso de descumprimento de suas normas há mecanismos que permitem o cumprimento forçado.

No tocante a jurisdição constitucional, ocorreu uma imunização dos princípios fundamentais em relação ao poder legislativo, haja vista que o controle constitucional passou a ser feito pelo próprio poder judiciário.

Já em relação a nova dogmática instaurada, os princípios passaram a ter natureza instrumental e não meramente material, deixando de ser aplicada apenas a interpretação jurídica tradicional. Em outros termos, os princípios deixaram de ser abstratos e passaram a ser pressupostos lógicos e finalísticos na aplicação da norma constitucional.

Nota-se, portanto, que a constitucionalização do direito fez com que as normas da Constituição Federal se irradiassem por todo o ordenamento jurídico, tendo os valores contemplados pelos princípios constitucionais passado a condicionar o sentido de todas as outras normas.

É indiscutível que esse fenômeno elevou os princípios, até então colocados em segundo plano a fundamento de todo o sistema judiciário. Hodiernamente, os princípios ocupam posição de destaque, ganharam normatividade e são as pilastres basilares para a manutenção da sociedade e resolução dos conflitos sociais.

Toda essa mudança de paradigma foi consolidada pela Constituição Federal de 1988, a qual, segundo conclui Pedro Lenza, passou a ser:

(...) o centro do sistema, marcada por uma imensa carga valorativa. A lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então, devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, o seu caráter axiológico e os seus valores destacados. A Constituição, assim, adquire, de vez, o caráter de norma jurídica, dotada de imperatividade, superioridade (dentro do sistema) e centralidade, vale dizer, tudo deve ser interpretado a partir da Constituição (2011, p. 61).

A Constituição passou a ter explicitamente em seu texto valores, sobretudo no que tange aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. É nesse contexto que a dignidade da pessoa humana é elevada a princípio constitucional, base do sistema jurídico, capaz de concretizar toda essa transformação.

Nas palavras de Walber Moura a constitucionalização do direito ou neoconstitucionalismo:

(...) tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implementação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionados: a) positivamente e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e regras; c) inovação hermenêutica; d) densificação da força

normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva (2008, p. 31).

Portanto, conclui-se que essa constitucionalização do direito nada mais busca do que um dirigismo estatal, o qual deve implementar suas políticas públicas a fim de que todo ser humano tenha seus direitos protegidos, pois somente assim o ideal constitucional será alcançado. Em outros termos, apenas quando todo ser humano tiver uma vida digna é que os valores constitucionais estarão concretizados na vida social.

1.2 A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental

A dignidade da pessoa humana é o que se chama de conceito jurídico indeterminado, por isso, a dificuldade em conceituá-la. Para tanto, é necessário que seja analisado o contexto histórico e social de cada sociedade em concreto, pois apenas assim é que se restará caracterizada a dignidade.

Segundo Pedro Lenza:

Dignidade da pessoa humana é a regra matriz dos direitos fundamentais (...) que pode ser definido como o núcleo essencial do constitucionalismo moderno. Assim, diante de colisões, a dignidade servirá para orientar as necessárias soluções de conflito (2011, p. 1153).

A dignidade da pessoa humana é intrínseca a todo ser humano, o qual por ocupar essa condição deve ter sua dignidade respeitada e protegido perante e contra os demais.

Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humana que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (2001, p. 60).

Como a dignidade é da condição humana não se pode deixar de destacar a relação entre dignidade e igualdade, isso porque a dignidade deve ser a mesma para todos os seres humanos, independentemente de origem, raça, sexo ou cor.

A ideia kantiana de que o homem existe como um fim em si e não como um meio caracteriza ainda hoje a dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Kant:

O homem e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim (1997, p. 69).

Corroborando a ideia kantiana, Willis Santiago Guerra Filho afirma:

O princípio mereceu formulação clássica na ética kantiana, precisamente na máxima que determina aos homens em suas relações interpessoais, não agirem jamais de modo a que o outro seja tratado como objeto, e não como igualmente um sujeito. Esse princípio demarcaria o que a doutrina constitucional alemã, considerando a disposição do art. 19, II, da Lei Fundamental denomina de núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais (1999, p. 33).

Nos termos do artigo 1º da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

(...)

Da leitura do artigo 1º da Carta Magna nota-se que a dignidade da pessoa humana foi elevada a princípio fundamental, princípio este que assumiu o lugar ocupada até então pelo princípio da isonomia.

Vale acrescentar a definição de princípio feita por Celso Antônio Bandeira de Melo:

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata

compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (1986, p. 230).

Não obstante a Constituição tenha dado tamanha importância e dimensão a dignidade da pessoa humana, não se pode esquecer que esta não precisa que haja um direito prévio para que seja reconhecida, já que inerente a todo ser humano.

Nesse sentido é o posicionamento de Ingo Sarlet:

(...) a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo direito e na medida em que este a reconhece, já que constitui dado prévio, não esquecendo, todavia, que o direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção (2001, p. 67).

Dessa forma, quando se discute ou busca a dignidade humana, na realidade o que se pretende é uma proteção desse direito que já pertence a pessoa e que está sendo violado.

Salienta-se que a dignidade da pessoa humana é por muitos doutrinadores considerada a base de todos os demais princípios. Nesse sentido é o posicionamento de Ingo Sarlet:

A relação entre a dignidade da pessoa humana e as demais normas de direitos fundamentais não pode, portanto, ser corretamente qualificada como sendo, num sentido técnico-jurídico, de cunho subsidiário, mas sim caracterizada por uma substancial fundamentalidade que a dignidade assume em fase dos demais direitos fundamentais. É nesse contexto que se poderá afirmar, na esteira de Geddert-Steinacher, que a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará sempre vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa humana (2001, p. 103-104).

Cumprido destacar ainda que de acordo com a interpretação de Sarlet feita por Fladimir Jerônimo Belinati Martins a dignidade da pessoa humana:

(...) constitui qualidade inerente de cada pessoa humana que a faz destinatária do respeito e proteção tanto do Estado, quando das demais pessoas, impedindo que ela seja alvo não só de quaisquer situações desumanas ou degradantes, como também garantindo-lhe direito de acesso a condições existenciais mínimas (2003, p. 120).

Sendo assim, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana possui duas vertentes, a primeira defensiva, uma vez que cabe ao Estado e as demais pessoas não atentarem contra a dignidade humana e a segunda prestacional, na qual devem existir condutas positivas que assegurem a dignidade por meio de recursos mínimos.

Ainda nas palavras de Flademir:

(...) a Constituição de 1988, ao instituir um amplo sistema de direitos e garantias fundamentais, tanto individuais quanto coletivos, o qual constitui o núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro, buscou não só preservar, mas, acima de tudo, promover a dignidade da pessoa humana, de tal sorte que – já se disse alhures – sempre se poderá extrair o princípio a partir deste amplo rol protetivo. Aliás, a Carta se preocupou não apenas com a instituição, mas também com a efetivação destes direitos, atribuindo um papel ativo ao cidadão e ao Judiciário. Buscou também superar a concepção de direitos subjetivos, para dar lugar a liberdades positivas, realçando o aspecto promocional da atuação estatal (2003, p. 52)

O primordial é que a dignidade da pessoa humana não fique sendo um objetivo a ser alcançado, devendo ser colocada em prática no cotidiano das pessoas. Não se pode aceitar apenas uma proteção jurídica idealizada, é essencial que esse princípio seja alcançado por todos os cidadãos. Para tanto, é necessário que haja uma prática social solidária, bem como um constante trabalho do judiciário e, por fim, é indispensável as prestações positivas de responsabilidade do Estado.

1.3 A implementação da dignidade da pessoa humana por meio de prestações positivas

Não há como falar sobre prestações positivas sem falar primeiro dos direitos fundamentais. Isso porque foi através dos direitos fundamentais de segunda dimensão que as prestações sociais foram elevadas a norma fundamental.

Os direitos fundamentais são para grande parte da doutrina divididos em três dimensões (primeira, segunda e terceira), teoria esta defendida entre outros por Alexandre de Moraes, Gilmar Ferreira Mendes, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino. Já para outra corrente doutrinária, está por sua vez defendida por Augusto Zimmermann, Paulo Bonavides e Pedro Lenza, os direitos fundamentais são divididos em 5 dimensões.

Com o liberalismo concretizado pelo Estado de Direito no século XVIII, o indivíduo pretendia condutas negativas por parte do Estado, haja vista que este deveria manter apenas a ordem interna e externa deixando que cada pessoa exercesse seus direitos sem interferência. Isso garantia um núcleo básico de liberdade abrangendo o exercício da política, da profissão, da religião, de associação e de propriedade. Contudo, nesse momento a única preocupação era com a possibilidade formal desses direitos.

Nos dizeres de Paulo Bonavides:

Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente (2011, p. 563).

Ocorre que isso pouco tempo depois tornou-se insuficiente, pois não havia como o indivíduo exercer seus direitos individuais sem que tivesse condições materiais mínimas para tanto. Não há como se implementar a liberdade de expressão se não há educação intelectual, não há como se falar em liberdade de profissão se não há profissionalização da mão-de-obra.

Como consequência eclodiram várias manifestações que reivindicavam esses direitos, principalmente pela classe proletária durante a Revolução Industrial, a qual buscava direitos trabalhista e previdenciários. Surge dessa forma, uma necessidade do Estado, até então não intervencionista, de se organizar em uma estrutura assistencial, a fim de que o indivíduo possua meios de ter uma vida digna, surgindo assim os direitos sociais de segunda dimensão.

Zimmermann enfatiza essa consequente ligação entre os direitos de primeira e segunda dimensão ao dizer:

[...] num primeiro momento, a vitória liberal sobre o absolutismo monárquico garantiu a existência dos direitos individuais. Os direitos de segunda geração, num segundo momento, demandariam a colaboração do Estado para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana. Porque, em linhas gerais, ficou comprovado que muitas pessoas não haviam se beneficiado da conquista da liberdade individual, na medida em que permaneciam carentes dos mais básicos recursos para a perseguição autônoma de suas próprias concepções (2006, p. 329).

Apenas a título de complementação, existem ainda os direitos de terceira dimensão - direitos transindividuais e coletivos, ou seja, direitos que pertencem a todos, como o direito ao meio ambiente.

Alguns autores defendem ainda a existência de direitos de quarta dimensão voltada para a genética e globalização, e até mesmo de quinta dimensão os quais assegurariam a paz (BONAVIDES, 2011, p. 584).

Aprofundando o estudo acerca dos direitos fundamentais de segunda dimensão e partindo do conceito estabelecido por André Tavares, segundo o qual os direitos sociais são aqueles:

[...] que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais (2012, p. 837).

Nota-se que tais direitos pressupõem uma conduta ativa por parte do Estado, haja vista que é através das políticas públicas e das ações governamentais que eles são efetivados.

De acordo com Celso Lafer:

(...) os direitos de segunda geração, previstos pelo "welfare state, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos - como o direito ao trabalho, à saúde, à educação - tem como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direitos, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva "ex parte populi", entre os direitos de primeira e de segurança geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômicos-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo (1988, p. 130-131).

Corroborando esse pensamento, Dirley da Cunha Junior afirma que:

(...) diversamente dos direitos de primeira dimensão, para cuja tutela necessita-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais não podem ser tão-somente atribuídos ao indivíduo, pois exigem permanentemente ação do Estado na realização dos programas sociais. Por isso, são direitos denominados positivos, que expressam poderes de exigir ou de crédito. (...) São direitos de crédito porque, por meio deles, o ser humano passa a ser credor das prestações sociais estatais, assumindo o Estado, nessa relação, a posição de devedor. Estes direitos fundamentais

sociais não estão destinados à garantir a liberdade frente ao Estado e a proteção contra o Estado, mas são pretensões do indivíduo ou do grupo ante o Estado (2004, p. 206).

Antes da Constituição Federal de 1988 os direitos econômicos e sociais ocupavam uma categoria própria, o que foi modificado com a atual Carta Magna, a qual erigiu os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais ao situá-los no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

A Constituição de 1988 – e isto pode ser tido como mais um de seus méritos – acolheu os direitos fundamentais sociais expressamente no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), concedendo-lhes capítulo próprio e reconhecendo de forma inequívoca o seu “status” de autênticos direitos fundamentais, afastando-se, portanto, da tradição anterior do nosso constitucionalismo, que, desde a Constituição de 1934, costumava abrigar estes direitos (ao menos parte dos mesmos), no título da ordem econômica e social, imprimindo-lhes reduzida eficácia e efetividade, ainda mais porquanto eminentemente consagrados sob a forma de normas de cunho programático (2001, p.106).

Ao inserir os direitos de segunda dimensão como direitos fundamentais (artigo 6º), a Constituição Federal de 1988 atendeu ao requisito formal de fundamentalidade, o qual, segundo Ana Carolina Lopes Olsen, decorre da:

(...) constitucionalização dos direitos, como analisado por Ingo Wolfgang Sarlet, e apresenta as seguintes dimensões: a) as normas de direito fundamental têm superioridade hierárquica em relação às demais normas do ordenamento jurídico; b) estão submetidas aos limites formais e materiais de revisão e emenda constitucional, previstos no art. 60 da CF; c) em virtude do disposto no §1º do art. 5º, têm aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes públicos (2010, p. 23).

Cabe ressaltar as discussões existentes acerca do status dos direitos sociais como cláusulas pétreas. Não obstante exista divergência, não há como negar aos direitos sociais essa blindagem a qual decorre da própria fundamentalidade dos direitos, isso porque estes devem ter uma maior proteção. Portanto, uma interpretação sistêmica deve concluir que os direitos sociais são cláusulas pétreas, sendo impossível, dessa forma, a supressão deles.

Além do critério formal de fundamentalidade os direitos sociais preenchem ainda o critério material:

[...] a fundamentalidade material está relacionada à correspondência havida entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores que informa a Constituição, especialmente os princípios enumerados no Título I da CF, dentre os quais vale destacar a dignidade da pessoa humana (OLSEN, 2010, p. 23).

Os direitos sociais são caracterizados por serem uma expressão do coletivo, no entanto, é o indivíduo o objeto final dessa proteção, o qual deve ter meios suficientes para ter uma vida digna, decorrendo dessa análise o aspecto fundamental material desses direitos. Conforme Jorge Miranda, os direitos sociais do ponto de vista material da fundamentalidade são:

[...] direitos inerentes à própria pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa [...] (1993, p. 9/10).

Ademais, o § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal prevê que o rol de direitos descritos no Título II não é exaustivo, sendo, portanto, possível encontrar direitos fundamentais ao longo de todo o texto constitucional. Destaca Fabiana Okchstein Kelbert que:

[...] se a própria constituição elegeu uma forma de Estado de cunho social, amparada em princípios de justiça social tendentes a reduzir desigualdades e voltados ao bem estar econômico de todos, a cláusula inculpada no § 2º, do artigo 5º abrange também os direitos sociais (2011, p. 42).

Na mesma tônica ensina Sarlet que:

Em que pese a localização topográfica do dispositivo, que poderia sugerir uma exegese restritiva, o fato é que, mesmo sob o ponto de vista da mera literalidade (o preceito referido é claro ao mencionar “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”), não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas na nossa Constituição, nem mesmo aos assim equivocadamente denominados direitos individuais e coletivos do art. 5º. [...] Aliás, a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto de nossa Lei Fundamental, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, § 2º, da CF (internet).

De todo o explanado até aqui, pode-se concluir que os direitos sociais consistem na sua maioria em prestações positivas, as quais são mantidas pelo Estado em um Estado Democrático de Direito como é o brasileiro. Estas

prestações visam garantir que todos os seres humanos tenham uma vida digna, ou seja, que seja assegurada a toda pessoa humana um núcleo de direitos fundamentais mínimos, denominados mínimo existencial, o qual será objeto de análise a seguir.

2 O MÍNIMO EXISTENCIAL

O Mínimo Existencial é termo importado da doutrina Alemã. No entanto, ele já existia muito antes dessa expressão que o configura hoje, sendo necessário, portanto, o estudo do seu histórico. Para melhor compreender no que consiste esse instituto faz-se a tentativa de conceituá-lo, tentativa porque o seu conteúdo é incerto e as divergências doutrinárias a respeito inúmeras. Ademais, é indispensável uma análise acerca da possibilidade de restrição sofrida pelo mínimo existencial.

2.1 Histórico

São Tomás de Aquino, no século XIII já defendia que o ser humano por ser criatura feita à semelhança de Deus deveria ser protegido por um direito, segundo ele, um direito natural.

Segundo Ricardo Lobo Torres (), no período feudal já existia imunidades tributárias, mas não para os pobres e sim para o clero e a nobreza. Nos dizeres do autor essa imunidade consistia em privilégios odiosos.

Com as teorias contratualistas, os governantes passaram a ter que exercer o poder sem que ultrapassem o direito natural, sendo possível, afirmar que implantou-se assim a primazia do indivíduo sobre o Estado.

No entanto, até então não existia uma preocupação com as ações estatais a fim de garantir meios de subsistência para os seres humanos. Esse papel de garantir as condições mínimas cabia as próprias famílias, as quais se preocupavam com os indivíduos que as compunham.

Com o passar do tempo, a Igreja deixa de ter a estrutura que manteve durante a Idade Média e passa também a desempenhar importante papel ao pregar a caridade, incentivando uma distribuição de riqueza entre os que possuem recursos e os que estavam marginalizados.

Tomando corpo essa política, a Lei dos Pobres é editada em 1601 na Inglaterra. Referida lei “estabelecia uma contribuição obrigatória arrecadada da sociedade e que teria como escopo a manutenção de um sistema protetivo em favor dos necessitados e das pessoas carentes” (ZAMBITTE, 2011, p. 10).

O Estado, até então, tributava da mesma forma todas as pessoas, independentemente da condição financeira que possuíam. Em outros termos, o Estado era patrimonialista e ao invés de implantar políticas para diminuir a desigualdade social apenas a acentuava, na medida em que o indivíduo que já estava a margem da sociedade também era obrigado a colocar seu patrimônio a disposição do Estado.

Ainda segundo Zambitte “[...] a primeira manifestação de proteção social foi em 1543 com as Santas Casas de Misericórdia mantidas pela Igreja, consideradas a primeira manifestação assistencial no Brasil, embora sem participação do Estado” (2011, p. 10-11).

O liberalismo, pouco depois, transferiu a responsabilidade ao Estado pelo combate à pobreza, mas foi apenas com o Estado Social que o Estado implementou as chamadas políticas públicas.

De acordo com Andreas Krell, todas as Constituições brasileiras asseguravam prestações mínimas para a subsistência humana. Em 1824 a Constituição Federal já previa os “socorros públicos”, que consistiam em um benefício assistencial (1999, p. 240. Acessado em 13/03/2014).

Em 1951 o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu a existência de um direito constitucional à assistência social. Contudo, foi em 1975 que esse Tribunal reconheceu um direito às condições mínimas de uma existência digna:

Certamente pertence a assistência aos necessitados como uma obrigação evidente do estado social. Isso encerra necessariamente ajuda social para os cidadãos que, por causa de suas carências corporais ou espirituais, estão impedidos para o desenvolvimento social e espiritual e não estão em condições de sustentarem-se a si mesmos. A comunidade estatal precisa, em qualquer caso, assegurar-lhes as condições mínimas para uma existência humana digna. Igualmente deve o legislador decidir, enquanto ele não tenha tratado das referidas condições mínimas, em qual medida ajuda social pode e deve ser garantida considerando os meios existentes e outras tarefas estatais de igual nível (LEIVAS, 2008, p. 295).

Portanto, o mínimo existencial é um termo emprestado da dogmática constitucional alemã. Conforme Kreeel:

[...] a Corte Constitucional alemã extraiu o direito a um 'mínimo de existência' do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1, I, da Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I, da LF). Assim, a Corte determinou um aumento expressivo do valor da 'ajuda

social' (*Sozialhilfe*), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nessa linha, a sua jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um 'mínimo vital' (2002, p. 61).

Seguindo os passos da Corte Alemã, o Tribunal Português em 2002 julgou inconstitucional uma norma por violar o mínimo da existência digna inerente à dignidade da pessoa humana.

Este tribunal pronunciou-se pela inconstitucionalidade da norma constante em decreto que, ao substituir o chamado rendimento mínimo garantido pelo rendimento social de inserção, estabeleceu como critério para o gozo do novo benefício a idade mínima de 25 anos, enquanto o diploma anterior reconhecia a titularidade do direito aos indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos (LEIVAS, 2008, p. 297).

No direito brasileiro, o mínimo existencial foi sustentado pelo Ministro Celso de Mello na ADPF 45, julgamento no qual ele reconhece a “necessidade de preservação em favor dos indivíduos da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’” (Supremo Tribunal Federal. Informativo. Brasília, 26 a 30 abr. 2004, nº 345. DJU de 4 de maio de 2004. Disponível no site www.stf.gov.br. Acessado em 10/04/2014).

Nota-se, portanto, que a Teoria do Mínimo Existencial se embasa nos direitos fundamentais, sendo um subsistema destes. A criação dessa teoria é simultânea à teoria da justiça, a qual se dá a partir da virada cultural kantiana, momento no qual os pensamentos filosófico-jurídicos de Kant voltam à tona. Grandes responsáveis pela teoria dos direitos fundamentais, bem como pela teoria do mínimo existencial, são Rawls e Alexy, os quais propagam essas ideias em suas obras. Baseada em tais estudos Maria Luíza Santa Assunção enfatiza que essas teorias são normativas, interpretativas, dogmáticas e vinculadas à moral, nos seus dizeres:

São normativas porque não se preocupa com a explicação de fenômenos, à moda das ciências sociais da realidade mas com a concretização, a eficácia e a validade do mínimo existencial não é uma teoria filosófica, já que alia aos aspectos axiológicos os deontológicos. É na verdade, uma teoria jurídica normativa.

É interpretativa, eis que projeta consequências sobre a interpretação dos direitos fundamentais. A natureza interpretativa acompanha hoje, de uma modo geral, a própria ciência do direito.

É dogmática porque lhe interessa concretizar os direitos fundamentais a partir de suas fontes legislativas e jurisprudenciais, tendo na Constituição a sua fonte de legitimidade, com acolhida nas Constituições dos Estados-membros e na própria legislação (2010, p. 82).

Após analisar o histórico e inserção do mínimo existencial no direito brasileiro, cabe uma tentativa de conceituá-lo, o que se passa a fazer a partir de agora.

2.2 Conceito e Natureza Jurídica

De início vale dizer que o mínimo existencial não possui previsão expressa na Carta Magna de 1988, bem como não possuiu em nenhuma anterior a esta.

No ordenamento jurídico brasileiro positivado encontra-se a expressão “mínimos sociais” na Lei 8.742/93 – Lei da Assistência Social, a qual não formula um conceito do que seria esse mínimos sociais, apenas prevê que devem ser implementados pelas políticas públicas a fim de garantir as necessidades básicas do cidadão.

John Rawls prefere o termo mínimo social, muito utilizado em sua obra “A Theory of Justice”. Já a corte alemã e a doutrina brasileira utilizam a expressão mínimo existencial.

Conceituar o mínimo existencial não é tarefa fácil, haja vista que ele não possui um conteúdo específico, sendo, portanto, uma incógnita extremamente variável.

Segundo Ricardo Lobo Torres (2008, p. 314), deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, no devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.

Referido autor da destaque para a intrínseca ligação existente entre o mínimo existencial e a liberdade, pois sem aquele não haveria como o homem ser livre. Há ainda, segundo ele, uma congruência entre a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, devido a impossibilidade de se retroceder aquém de um mínimo material.

Logo, um dos fundamentos do mínimo existencial é a dignidade da pessoa humana, haja vista que o ser humano precisa ter suas necessidades mínimas implementada para que exerça seus direitos e conseqüente sua dignidade.

Nesse sentido é o pensamento de Eurico Bitencourt Neto:

Cabe focar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do direito ao mínimo para uma existência digna, isto é, uma das normas fundamentais – a principal delas – na qual esse direito se encontra adscrito em boa parte das Constituições do mundo ocidental, incluídas aquelas que decompõem o princípio da socialidade em extenso rol de direitos fundamentais sociais (2010, p. 99).

No Brasil, tendo em vista que os direitos sociais prestam esse papel de garantir a dignidade da pessoa humana, pode-se dizer o mínimo existencial tem de certa forma previsão constitucional, o problema que esse rol é amplo e ilimitado, exigindo uma delimitação.

De acordo com Corinna Treisch:

O mínimo existencial é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural (apud LEIVAS, 2008, p. 301).

Já nos dizeres de Ricardo Lobo Torres: “Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas” (2008, p. 314).

No tocante a natureza jurídica do mínimo existencial há divergência entre os doutrinadores. Para Alexy o mínimo existencial teria natureza de direito fundamental, uma vez que estaria entre os direitos fundamentais sociais definitivos.

Para Ana Paula Barcellos a natureza jurídica é híbrida:

O mínimo existencial corresponde a um conteúdo básico do princípio da dignidade humana, que assume o caráter de regra e não mais de princípio. Para além desse núcleo, a norma mantém a sua natureza de princípio estabelecendo fins relativamente indeterminados, que podem ser atingidos por meios diversos, dependendo das opções constitucionalmente legítimas do Legislativo e Executivo em cada momento histórico (apud LEIVAS, 2008, p 298-299).

Para Ricardo Lobo Torres (2008, 315) o mínimo existencial na sua condição de direito fundamental tem duas facetas, a subjetiva e a objetiva. Pela

primeira, o cidadão pode invocar as garantias processuais e institucionais na defesa dos seus direitos mínimos. Pela segunda, o mínimo existencial é normal da declaração de direitos fundamentais, a qual cobre amplamente a cidadania.

Como direito fundamental o mínimo existencial apresenta aspecto tanto de direito fundamental originários ou da liberdade quanto de direitos fundamentais sociais.

Ele é enfático ao afirmar que o mínimo existencial não é valor nem princípio, mas sim conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o qual se aplica por meio de subsunção, constituindo direitos definitivos e não se sujeitando a ponderações. Em suas palavras:

O mínimo existencial não é valor, por não possuir a generalidade e a abstração de ideias como as de liberdade, justiça e igualdade. Além disso, o mínimo existencial pode se traduzir, para a sua garantia, em regra jurídica, o que jamais acontece com os valores [...] o mínimo existencial também não é princípio jurídico, por não exibir as principais características dos princípios, que são as de ser objeto de ponderação e de valer *prima facie*. De feito, o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente porque constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é irredutível por definição e insuscetível de sopesamento (2008, p. 316).

De acordo com o referido autor a natureza jurídica do mínimo existencial é de regra, ainda que seja fundamentado por valores e princípios, haja vista que não comporta ponderação. Isso porque o mínimo existencial já é uma ponderação em si dos direitos mínimos necessários para a existência digna do ser humano.

Se o mínimo existencial é, portanto, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, resta verificar o conteúdo de tal núcleo. Este é constituído por direitos sem os quais a vida humana não seria possível, quanto mais digna.

Segundo Krell, alguns desses direitos estão elencados no artigo 6º da Constituição Federal, os quais já foram objeto de estudo deste trabalho. Ademais acrescenta ele que [...] o texto da Carta traz um capítulo especial sobre a Ordem Social (título VIII), fazendo com que o jurista deva extrair, daqui e de lá, aquilo que constitui o conteúdo dos direitos relativos a cada um daqueles objetos sociais (1999, p. 241).

Esclarece Ricardo Lobo Torres que:

Os direitos fundamentais sociais, que também compõem o quadro do mínimo existencial, são direitos sociais tocados pelos interesses fundamentais e pela dignidade humana, e que se transforma em condições da liberdade.

Os direitos sociais, enumerados nos art. 6º e 7º da CF e um inúmeros documentos internacionais, que não sejam tocados pelos interesses fundamentais, permanecem como direitos não-fundamentais, estranhos ao campo do mínimo existencial (2008, p. 315-316).

Portanto, a conclusão inevitável que é o mínimo existencial corresponde a limites impostos ao Estado, limites estes tanto negativo (não ofender a esfera individual) como positivo (fornecer prestações mínimas).

A próxima etapa consiste em verificar se esses limites ao poder do Estado comportam limites, ou seja, se podem esse limites serem restringidos e, conseqüentemente, o Estado ter ampliada sua liberdade.

2.3 Limites ao mínimo existencial

O mínimo existencial foi muito estudado na Alemanha, onde de acordo com o art. 19 §2º os direitos fundamentais podem sofrer restrições pelo legislador ordinário, exceto no que toca ao conteúdo essencial desses direitos. No mesmo sentido é a previsão constitucional portuguesa.

Restringir direitos fundamentais pode significar uma intervenção estatal, a qual é proibida tanto na sua forma individual (decisão inter partes ou decisão administrativa individual) quanto na sua forma geral (lei ou ato normativo).

Nos dizeres de Peiroth e Schlink:

[...] quanto mais amplo se torne a compreensão do campo de proteção, tanto mais aparece a ação do Estado como intervenção; quanto mais restrito for o entendimento, tanto menor a possibilidade de conflito entre o Estado e os direitos fundamentais (apud TORRES, 2008, p. 317).

Em relação a possibilidade ou não de restrição dos direitos fundamentais duas teorias foram desenvolvidas, quais seja, a teoria interna e a teoria externa.

A teoria interna sustenta que os direitos fundamentais são insuscetíveis de qualquer restrição. Destaca Ricardo Lobo Torres:

Para a teoria interna, que defende os limites imanentes, o conteúdo de mínimo existencial não tem sentido. Se, segundo Häberle, o conteúdo essencial abrange a totalidade do ordenamento, segue-se que o mínimo existencial se confunde com o máximo social, ou, como fez o jurista germânico, entre direitos fundamentais e direitos fundamentais sociais a diferença é de grau, mas não de essência (2008, p. 319).

A teoria externa, por sua vez, defende que os direitos fundamentais suportam restrições, desde que essas sejam exteriores ao seu conteúdo essencial. Essa corrente é difundida por vários autores, dentre eles, Robert Alexy, segundo o qual essas possíveis restrições podem ser diretamente ou indiretamente constitucionais. Isso significa que restrições constitucionais são as previstas por normas formal e materialmente constitucionais. Já as indiretamente constitucionais, por óbvio, são as feitas por lei infraconstitucional, mas com previsão para tanto na Constituição Federal.

Conforme Borowski:

[...] a teoria externa pressupõe a existência de dois objetos jurídicos diferentes. O primeiro é o direito *prima facie* ou direito não limitado; o segundo, a restrição desse direito. Como resultado da restrição se obtém o direito definitivo ou limitado (apud TORRES, 2008. 318).

Sendo assim, de acordo com essa última teoria o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é um núcleo irredutível, resultado de restrições e ponderações. Para os defensores desta, esse núcleo coincide com a base do mínimo existencial, sem o qual não há que se falar em vida digna.

O maior propagador dessa teoria foi Alexy ao criar a teoria da ponderação, na qual ele estabelece três premissas: 1) os direitos fundamentais não tem caráter de regra; 2) possuem efeito que irradia para todo o sistema jurídico e 3) uma colisão de princípios só pode ser resolvido pela ponderação.

Ricardo Lobo Torres explica a teoria de Alexy:

[...] ele distingue entre o mínimo existencial ou direitos mínimo *jusfundamentais* sociais, que devem ser ponderados dentro de uma escala de estrutura de normas que vai de 1 a 8, na qual o maior grau de vinculação (1) entendida como possibilidade de controle jurisdicional, se aplica ao direito subjetivo ao mínimo existencial e o maior grau de discricionariedade (8) tomada no sentido de impossibilidade de controle judicial, aos direitos objetivos *prima facie*, isto é, aos princípios relativos aos direitos fundamentais sociais, que são comandos de otimização; o modelo de ponderação consistirá, conseqüentemente, em transformar os direitos *prima facie*, abertos, indeterminados ou excessivos, em direitos definitivo (2008, p. 319).

Destaca Alexandre de Castro Coura que: “[...] a ponderação de bens e interesses é relacionada à questão do fenômeno da colisão dos direitos fundamentais, que seria à aplicação normativa em uma construção principiológica” (2004, p. 422).

Como restrição ao poder Estatal o mínimo existencial se mostra uma garantia. Para verificar o caráter dessa garantia existem outras três teorias: a) teoria relativa (se o conteúdo essencial resulta da ponderação ainda que seja totalmente suprimido o direito fundamental não há que se falar em afrontamento a garantia desse núcleo); b) absoluta (cada direito possui um núcleo essencial, o qual não pode ser restringido nem mesmo pela ponderação) e c) mista (em regra os direitos fundamentais são absolutos, mas em determinadas circunstâncias podem ser restringidos, desde que até um certo ponto, pois existem direitos absolutos genuínos, os quais são intocáveis).

Por fim, cabe analisar se o mínimo existencial se sujeita a algum limite, ou seja, se esse limite a intervenção Estatal pode sofrer limites. Para Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial pode sofrer limitações de ordens fáticas, dentre elas a Reserva da Lei. Em suas palavras:

O mínimo existencial, como conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é o resultado de restrições realizada sob a reserva da lei. [...] A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária se realiza por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam o orçamento. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis. Na insuficiência da verba, o Executivo, desde que autorizado pelo Judiciário; não havendo a dotação necessária à garantia do direito, o Legislativo deve abrir o crédito especial, providenciando a anulação das despesas correspondentes aos recursos necessários (2008, p. 323).

Outro limite dos limites a ser destacado é a Judicialização da Política, a qual consiste na intervenção do Judiciário sobre questões políticas, principalmente no tocante ao controle de constitucionalidade. Nesse caso o juiz não só aplica a lei ao caso concreto como também passa a atuar como agente transformador da sociedade.

No tocante a esse fenômeno, salienta Luis Roberto Barroso:

[...] o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em deferentes partes do Brasil. Em suma: a democratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira (2009, p. 3).

Importa ressaltar que essa atividade atípica do Judiciário não pode ultrapassar os limites da política dos freios e contrapesos, não devendo ingressar na esfera cabível apenas ao Executivo e Legislativo.

Esses fatores fáticos afetam o mínimo existencial, segundo Ricardo Lobo Torres, de três formas, o que ele chama de tripla configuração.

Em seu aspecto negativo ou básico, ocorre limitações ao mínimo existencial em casos de extrema necessidade, como inseguranças decorrentes de subversão da ordem pública, de guerra e calamidades. Nessas situações não há como o Estado evitar que a dignidade da pessoa não seja violada, e justamente por não ter meios de evitar é que não possui responsabilidade civil nesses casos.

Como *status positivus* o mínimo existencial se realiza de diversas formas:

Primeiramente pela entrega de prestações de serviço público específico e divisível, que serão gratuitas pela atuação do mecanismo constitucional da imunidade das taxas e dos tributos contraprestacionais, como ocorre na prestação jurisdicional, educação primária, saúde pública, etc. O *status positivus* pode ser garantido também pelas subvenções e auxílios financeiros e entidades filantrópicas e educacionais, públicas ou privadas, que muitas vezes se compensam com as imunidades (TORRES, 2008, p. 330).

As limitações dessa vertente decorrem da limitação do orçamento público ou má gestão do dinheiro público.

No seu último aspecto, políticas públicas, é que o mínimo existencial deve ser a fundo analisado, haja vista que essas exigem uma programação orçamentária complexa. E é nesse cenário que aumenta cada vez mais a atuação do Judiciário, através da judicialização da política estudada acima.

Isso porque em um Estado Democrático de Direito deve-se implementar políticas públicas capazes de satisfazer a maximização do mínimo

existencial, no entanto, o orçamento público insuficiente ou má administrado faz com que não seja providenciado para muitos nem ao menos o mínimo do mínimo existencial.

3 A INOPERABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE AO MÍNIMO EXISTENCIAL

De início, necessário se faz verificar como se deu a recepção da reserva do possível no direito brasileiro, pois assim como o mínimo existencial, este instituto fora incorporado da Alemanha. Cabe também a análise das dimensões da reserva do possível, sendo enfatizadas as mais conhecidas e difundidas, quais seja, dimensão fática e jurídica. Por fim, o estudo recai sobre a impossibilidade da reserva do possível ser alegada para que não se concretize o mínimo existencial.

3.1 A recepção da reserva do possível pelo direito brasileiro

A reserva do possível, assim como muitos outros institutos importados pelo direito brasileiro, tem origem na Alemanha. Ela foi criada no julgamento do caso *Numerus Clausus I* pelo Tribunal Federal Alemão em 1960. Nesse caso os estudantes contestavam o artigo 12 da Lei Fundamental, o qual previa que todo alemão tem direito à livre escolha de sua profissão, seu posto de trabalho e seu centro de formação. No entanto, as Universidades não permitiam o ingresso de muitos estudantes que estavam habilitados mas que devido a alta procura por alguns cursos, tais como direito, medicina e farmácia, restavam não classificados.

Nessa decisão dois direitos foram analisados, quais sejam, o direito a participar das instituições educacionais, o qual foi considerado um direito *prima facie* e encontra-se sob a reserva do possível e o direito à criação de novas vagas.

Esclarece Paulo Gilberto Cogo Leivas que:

A colocação da reserva do possível junto ao direito fundamental *prima facie* diz nada mais que os direitos fundamentais sociais *prima facie* exigem a ponderação com os outros direitos fundamentais sociais: os princípios democráticos e da separação dos poderes, inclusive a competência do administrador e do legislativo para a proposta e aprovação da lei orçamentária, e os direitos fundamentais de terceiros. Aquilo que o indivíduo possa esperar razoavelmente da sociedade significa então que o indivíduo alcança um direito definitivo caso os outros direitos fundamentais em colisão com o direito fundamental social que lhe assiste não tenha peso suficientemente alto para restringir o seu direito fundamental (2008, p. 287).

Antes mesmo da decisão proferida pelo Tribunal Alemão, Häberle já havia concluído que:

O direito de acesso às escolas superiores é um “direito na medida que”, ou seja, ele fica sujeito desde o princípio – conforme a constituição – à reserva do Estado prestacional, as suas possibilidades de efetivação desse direito. Essa reserva “na medida de” permite uma graduação dos limites e de sua fundamentação jurídico-constitucional diferenciada (apud KERLBERT, Fabiana Okchsteins, 2011, p. 70-71).

Portanto, de acordo com referido autor os direitos prestacionais podem ser exigidos do Estado, o qual é obrigado a cumprir. No entanto, não se pode exigir deste o impossível.

Eros Roberto Grau destaca que no caso *Numerus Clausus* pode-se apreender que “[...] em qualquer caso a aplicação dos recursos públicos não há de depender de considerações unicamente individuais, sem que se leve em conta dos interesses coletivo” (apud ROCHA, Fernando Luiz Ximenes e MORAES, Filomeno. 2005, p. 125-126).

Ocorre que a reserva do possível ingressou no direito brasileiro no sentido da tradução literal do instituto, fazendo com que este seja equiparado apenas à dimensão econômica, não ressaltando também as suas outras dimensões, as quais serão estudadas mais a frente.

Tendo em vista a consideração apenas da dimensão econômica é que Ricardo Lobo Torres afirma que a reserva do possível foi desinterpretada pelo direito brasileiro. Segundo ele:

A reserva do possível não é um princípio jurídico, nem um limite dos limites, mas um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais, que na Alemanha não se consideram direitos fundamentais. Equivale a “reserva democrática”, no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela concessão discricionária pelo legislador (2008, 324).

Conforme Paulo Gilberto Cogo Leivas: “A reserva do possível, como cláusula restritiva ao direito *prima facie*, não significa a ineficácia ou não aplicabilidade imediata do direito. Ela expressa simplesmente a necessidade da ponderação entre princípios” (2008, p. 288).

O fato é que esse instituto foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro como um limite à realização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Ana Carolina Lopes Olsen, afirma que a reserva do possível: “[...] costuma estar relacionada com a necessidade de se adequar às prestações sociais com as reservas orçamentárias, bem como a real disponibilidade de recursos em caixa, para a efetivação das despesas” (2008, p. 72).

Em relação a natureza jurídica desse instituto diversas são os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Para Olsen é uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais. Já para Leivas, conforme visto acima, é uma cláusula restritiva dos direitos fundamentais sociais.

Segundo Ana Paula de Barcellos a reserva do possível é um limite de possibilidades materiais, nos seus dizeres:

[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas” No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado - e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta-, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos (2002, p. 236).

Conforme Krell, é uma teoria na qual as prestações materiais submetem-se à disponibilidade de recursos, os quais, por sua vez, ficam a escolha do Legislativo, através dos orçamentos públicos (2002, p. 52).

Por fim, cabe destacar a diferença entre a norma alemã e a norma brasileira no que tange a reserva do possível apontada por Fabiana Okchstein Kelbert (2011, p. 74).

Segundo ela, duas são as diferenças básicas. A Primeira é que a Lei Fundamental Alemã diz expressamente que “o orçamento deve espelhar todos os encargos do Estado” enquanto a Constituição Federal não faz tal vinculação, haja vista que apenas “ordena que alguns percentuais de arrecadação de tributos sejam destinados a certas atividades (saúde e educação, por exemplo)”. A segunda diferença consiste no fato da Lei Fundamental prever em seu texto apenas alguns direitos sociais ao passo que a Constituição prevê um rol, embora não exaustivos, de direitos prestacionais.

É necessário destacar que embora a Constituição não possua um dispositivo vinculando o orçamento às prestações positivas, uma interpretação sistêmica permite concluir esse dever do Estado.

Ressalta Olsen que os direitos sociais não existem porque existe disponibilidade de recursos, logo o Estado deve arcar com esses custos, dentro do razoável, haja vista que não se pode pleitear o impossível.

Conclui, Kelbert: “embora não se possa extrair um conceito de reserva do possível diretamente do direito constitucional brasileiro, ela existe como um limite fático e jurídico à plena realização dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais” (2011, p. 78).

Dessa forma, embora a reserva do possível seja um limitador à prestações positivas, é importante destacar que esse deve ser usado em casos excepcionais, pois a regra é que o Estado efetive esses direitos.

3.2 As dimensões da reserva do possível:

A reserva do possível apresenta dimensão tríplice, abrangendo: a) disponibilidade fática de recursos; b) disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos; e c) proporcionalidade na prestação (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 30).

De acordo com Caliendo (2008, p. 201), o instituto classifica-se em: a) reserva do possível fática, referente à falta de recursos e b) reserva do possível jurídica referente à ausência de disposição orçamentária.

No tocante a essas dimensões da reserva do possível, Ana Paula de Barcellos, esclarece:

A reserva do possível fática aproxima-se da exaustão orçamentária, sendo possível questionar a realidade dessa espécie de circunstância, tendo em vista as formas de arrecadação e a natureza dos ingressos públicos. Quando à reserva do possível jurídica, não há propriamente um estado de exaustão; há, sim, ausência de autorização para determinado gasto (2008, p. 262-263)

A dimensão fática da reserva do possível, portanto, consiste na vinculação à inexistência de recursos para efetivar os direitos sociais. No entanto,

não apenas nesse sentido deve ser compreendida, uma vez que é necessário analisar ainda o modo com que esses recursos (limitados) são distribuídos.

Logo, essa dimensão consiste na falta de recursos econômicos, humanos e materiais. Isso porque inúmeras vezes há destinação de verba para determinado setor, por exemplo, o da saúde, mas por má administração e gestão do dinheiro público deixa-se de contratar mais médicos, bem como de investir na infraestrutura dos hospitais. Em suma, de nada adiante ter receitas disponíveis se elas não são corretamente empregadas.

Outro exemplo de verbas utilizadas de maneira diversa da finalidade previsto é o caso levantado por Caliendo ao analisar o Orçamento Geral da União em 2006:

Assim, se fizermos, uma breve comparação entre o que o governo orça para gastar em saúde, educação e segurança e o que gasta pagando a dívida pública, veremos que existe uma reserva do possível geral do Brasil que impede os gastos sociais que se chama dívida pública. Enquanto não houver solução para este problema não haverá como reduzir o esforço fiscal do Estado, a carga tributária e o nanismo nos investimentos sociais. Não se trata, contudo, de um fenômeno novo, mais de uma servidão iniciada há muito tempo, que impede o desenvolvimento nacional e social (2008, p. 261).

Aqui, de acordo com Olsen, haveria uma violação da norma constitucional que vincula as dotações orçamentárias:

Assim, no caso brasileiro, existe uma obrigação constitucional expressa para o Estado destinar recursos necessários à satisfação dos direitos fundamentais sociais. Se, esta alocação de recursos não se verifica nos termos da Constituição, em respeito aos parâmetros nela previstos, tem-se uma clara violação do comando explícito de dotar determinada porcentagem do orçamento a despesas com a educação com a saúde, com a assistência social, com a previdência. Trata-se da violação a uma regra, em primeira análise, e, conseqüentemente, ao princípio instituidor do direito fundamental que seria realizado com aquela dotação orçamentária (2008, p. 224).

Conclui a autora que é necessário diferenciar escassez de recursos com a atividade orçamentária, a qual deve ser exercida nos moldes da Constituição Federal. No tocante a dimensão fática é preciso verificar se não houve atendimento por parte do Estado devido ao fato de realmente não existirem recursos, ainda que atendidas as determinações constitucionais, de modo que isso deverá ser comprovado.

No mesmo sentido posiciona-se Caliendo:

A ausência total de recursos necessários para o atendimento de um direito a prestações impede faticamente o cumprimento da demanda social, pouco restando para questionamento. Cabe esclarecer que essa insuficiência de recursos deve ser provada e não apenas alegada, sob pena de responsabilidade do administrador (2009, p. 204).

Sarlet, conclui, enfatizando que:

Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5, §1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos (2009, O. 354-355).

Passa-se, agora, a análise da outra dimensão da reserva do possível, qual seja, a dimensão jurídica. Esta relaciona-se a disponibilidade de meios e recursos para a efetivação dos direitos. Isso porque não basta existir recursos se não houver autorização para o destinatário da norma efetivar tais direitos prestacionais.

Nos dizeres de Sarlet:

Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes (2009, p.287).

Dessa forma, essa impossibilidade jurídica pode estar ligada ao fato de que uma vez aprovado o orçamento público este é imutável, com exceção aos casos previstos pela própria lei orçamentária, bem como ao fato da ausência de lei orçamentária autorizando a realização de gastos para efetivar determinados direitos.

Nesse último aspecto, ausência de previsão legal, deve ressaltar que o legislador possui certa discricionariedade para alocação dos recursos financeiros do Estado, no entanto, esta discricionariedade não é absoluta, na medida em que assim como os outros poderes o legislativo também está vinculado à promoção dos direitos fundamentais, dentre eles os prestacionais. Portanto, deve o legislador também respeitar e atuar para que sejam satisfeitas as condições existenciais mínimas.

O papel aqui desempenhado pelo Judiciário é de alocação correta do orçamento para satisfazer direitos sociais prestacionais, devendo sempre levar em

conta as consequências orçamentárias, políticas e sociais dessa atuação. Conclui Fabiana Okchstein Kelbert:

[...] a indisponibilidade de recursos encontra um limite no conteúdo mínimo inerente a todos os direitos, ou seja, mesmo o Judiciário estar legitimado a determinar uma despesa que vise à garantia do mínimo em conteúdo do direito pleiteado, sem que isso configure uma invasão na esfera de outro poder estatal (2011, p. 87).

Por derradeiro, Sarlet ressalta a dimensão negativa da reserva do possível, a qual, segundo ele, consiste em um impedimento à satisfação de uma prestação que leve ao comprometimento de outras. Em outros termos, essa última dimensão impede a concessão de direitos desproporcionais e irrazoáveis que inviabilizam a concretização de outros direitos tão necessários quanto.

Kelbert, nesse sentido, explica:

Assim, prestações que possam lesar a coletividade poderão deixar de ser satisfeitas, em face de uma potencial violação de outros direitos. Como por exemplo, no caso brasileiro, podem-se mencionar as demandas por cirurgias não realizadas pelo Sistema Único de Saúde ou mesmo tratamentos não disponíveis no país, que precisariam ser realizados no exterior. O deferimento dessas demandas pode esvaziar o orçamento previsto para satisfazer as prestações universais na área da saúde, ou seja, ao se conceder uma única prestação de tal monta, todas as outras se tornariam inexecutáveis, por falta de verbas (2011, p. 89).

Dessa forma, os direitos fundamentais devem ser garantidos a todos da forma mais ampla possível, no entanto, não se pode exigir da sociedade sacrifícios demasiados para que alguns direitos sejam implementados.

3.3 A reserva do possível frente ao mínimo existencial

Os direitos são ilimitados e os recursos limitados, logo, não há como implementar todos os direitos a todas as pessoas. No entanto, a ausência de recursos não pode ser utilizada como meio de barrar essas prestações por parte do Estado. Conforme visto anteriormente o Estado deve no mínimo provar que não possui recursos e que os que possui estão empregados nos termos da lei.

Resta analisar o que ocorre quando o conflito instaurado é entre o mínimo existencial e a reserva do possível sob o aspecto da falta de recursos.

Para iniciar a solução deve-se apontar a teoria da ponderação como um argumento passível de afastar o argumento da falta de recursos.

Nas palavras de Caliendo:

A ponderação deve ser considerada o método primordial para garantir a adequada e justificada alocação de recursos finitos em uma sociedade democrática. Somente assim poderão existir justificativas legítimas que impunham que determinado bem deva ser protegido ou promovido em detrimento de outro. É certo que essas justificativas devem encontrar guarida em fundamentos constitucionais, bem como irão refletir escolhas valorativas da sociedade sobre a ponderação de valores que deverão prevalecer. A escassez de recursos deve ser entendida como um dos elementos na fundamentação, mas não o único, visto que a própria noção de escassez é construída (2009, p. 208).

Kelbert ao citar Leivas reafirma esse posicionamento: “[...] a reserva do possível, limite à concretização dos direitos sociais, não pressupõe ineficácia ou inaplicabilidade imediata do direito, na formulação do referido autor ‘ela expressa simplesmente a necessidade da ponderação entre princípios’” (2011, p. 101).

Essa ponderação de interesses, portanto, funciona como uma evidência de qual direito deverá prevalecer.

Tendo em vista que o mínimo existencial é a porção nuclear dos direitos fundamentais necessária a garantir a vida digna do ser humano, pode-se afirmar que ele ganha um peso especial, isso porque seu conteúdo deve ser realizado ou protegido por todos os poderes estatais.

Ana Carolina Lopes Olsen, ao se referir ao processo de ponderação afirma que:

Para que seja possível afirmar que determinado direito corresponde a um mínimo existencial, e outro não, terá sido necessário realizar um processo de ponderação, no qual, de um lado, tem-se a prestação prevista na norma, fundada na dignidade da pessoa humana, na justiça material, e na igualdade fática, e de outro, outros direitos ou bens jurídicos que apontem para a não aplicação da norma (2010, p. 364).

Portanto, o mínimo existencial assume um caráter subjetivo, ou seja, a sua não aplicação é exceção, a qual apenas pode ser implementada pela ponderação orientado pela argumentação jurisdicional.

De acordo com Olsen: "É justamente para garantir esta realização mínima que a noção de mínimo existencial assume especial importância na ponderação entre direitos fundamentais sociais e a reserva do possível".

Deve-se apenas fazer uma ressalva no tocante ao conteúdo dos direitos fundamentais sociais. Embora o mínimo existencial tenha um núcleo em comum com esses direitos, não há como afirmar que se confundem. Isso porque os direitos fundamentais sociais através do seu caráter prestacional garante o mínimo existencial, eles não se restringem a esse, pois são muito mais abrangente.

Nesse sentido Clèmerson Merlin Clève:

[...] os direitos sociais não tem a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta a Constituição, portanto, para a ideia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade) (2003, p. 27).

Logo, nota-se que cabe ao Estado a busca do máximo do mínimo, devendo ao menos implementar o mínimo existencial. Isso quer dizer que deve garantir e implementar direitos necessários para que a pessoa tenha ao menos uma vida digna. O que não dizer que deve apenas garantir a subsistência, mas sim dignidade.

É indispensável ressaltar que o mínimo existencial não possui um conceito fechado e, sendo assim, deve ser analisado no caso concreto. É unânime que o mínimo existencial deve ter um núcleo homogêneo e universal, capaz de resguardar a vida digna do ser humano, no entanto, esse núcleo depende do caso em que está sendo aplicado, haja vista que sua implementação deverá ser diferente para cada direito pleiteado.

Olsen explica que o mínimo existencial possui, portanto, duas facetas a homogênea e a heterogênea. A primeira "seria definido naquele núcleo de necessidades vitais de sobrevivência" e a segunda seria "a porção envolvente, principalmente em relação à forma como estas necessidades vitais deveriam ser atendidas" (2010, p. 365).

Portanto, ao fazer a ponderação entre o mínimo existencial garantido da dignidade da pessoa humana, e as leis orçamentárias aquele sempre há de prevalecer. Não se pode deixar de destacar que muitas vezes a reserva do possível prevalecerá, haja vista os casos em que se verifica que o mínimo existencial

encontra-se garantido e o direito pleiteado excede ao dever do Estado em proporcionar uma vida digna. Segundo Kelbert:

[...] a reserva do possível só poderá atuar como argumento válido quando restar efetivamente demonstrado pelos poderes públicos que eventual restrição a direitos sociais foi o resultado de um exercício de ponderação entre princípios conflitantes, atendidos os requisitos da proporcionalidade e preservado o conteúdo mínimo necessário para a garantia de uma vida digna (2011, p. 106).

Ana Paula de Barcellos defende que o mínimo existencial é um regra, a qual violada gera inconstitucionalidade. Em outros termos, essa concepção rígida criada pela autora faz com que o mínimo existencial não seja passível de ponderação. Nos seus dizeres:

Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescente, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (2008, p. 252-253).

Conclui-se que segundo ela não há que se falar de prevalência da reserva do possível sobre o mínimo existencial.

Logo, seja pelo método da ponderação de interesses, seja pela rigidez dada ao mínimo existencial, a conclusão a que se chega é que o mínimo existencial, garantidor da dignidade da pessoa humana, deve prevalecer quando em conflito com a falta de recursos, pois esse núcleo fundamental escapa ao condicionamento imposto pela reserva do possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar a possibilidade de se aplicar a reserva do possível quando frente ao mínimo existencial. Isso é levantado geralmente nas hipóteses nas quais o Estado é demandado para implementar alguma prestação pública e alega não ser possível por ausência de verba nos cofres públicos.

A Constituição Federal de 1988 é produto da recente constitucionalização do direito, processo este que fez com que a dignidade da pessoa humana passasse a ser considerada princípio fundamental. O centro do ordenamento jurídico até então ocupado pela igualdade passa a ser ocupado pela dignidade da pessoa humana, a qual se irradia e fundamenta todo o sistema jurídico brasileiro.

O neoconstitucionalismo ainda dá espaço para uma maior importância dos direitos sociais, os quais devem ser considerados fundamentais tanto do ponto de vista forma, como material. O problema da atualidade, no entanto, tem sido a implementação desses direitos, o que se dá usualmente através das prestações positivas prestadas pelo Estado.

Esses direitos fundamentais sociais são por muitos considerados como núcleo essencial do mínimo existencial, instituto que garante a toda pessoa condições mínimas para se ter uma vida digna. O conteúdo do mínimo existencial encontra-se ainda incerto, uma vez que é muito abrangente, tomando forma apenas no caso concreto. É dever do Estado garantir esse mínimo existencial para que todos vivam com dignidade.

No entanto, os recursos do Estado são finitos e os direitos fundamentais sociais não. Isso faz com que o Estado, muitas vezes por insuficiência de renda, não concretize políticas públicas positivas, e, dessa forma, esses direitos mínimos não são garantidos aos cidadãos, que, por sua vez, passam a viver em condições desumanas.

Sendo assim, conclui-se que a reserva do possível é válida e deve ser, de fato, incorporada ao ordenamento brasileiro, no entanto, ela não pode ser obstáculo para a implementação do mínimo existencial, o qual na condição de garantidor da dignidade da pessoa humana – princípio e fundamento de todo o

ordenamento em um Estado Democrático de Direito – deve ser buscada como primeira necessidade, podendo o Estado apenas após alcançar tal objetivo utilizar o dinheiro público para as outras necessidades Estatais, desde que dentro dos limites constitucionais estabelecidos para uso dessa verba.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **O direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletivas e Abstratas**. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pdf.pdf. Acesso em 02/02/2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26^o ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988 [atualizada].

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU, 1948.

_____. Lei Orgânica da Assistência Social. Lei nº 8.742, de 7 de Dezembro de 1993 [atualizada].

_____. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – ONU, 1966.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação.** In: SARTLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais.** In: Revista Crítica Jurídica, n. 22, jul-dez 2003, p. 17-29

COURA, Alexandre de Castro. **Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do estado democrático de direito: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores”.** In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). Jurisdição e hermenêutica constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a. p. 422.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público.** São Paulo: Saraiva. 2004.

DOMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 2. tir. São Paulo: RTr, 2008.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1996.
GALDINO, Flávio, **O Custo dos Direitos**, in Legitimação dos Direitos Humanos, org. por Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

GIACOMONI, James. **Orçamento público.** 10^o.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Lisboa: Edições 70, 1997.

KELBERT, Fabiana Okchsteins Kelbert. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

KREEL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

_____. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: (uma visão comparativa).** Revista de informação legislativa, v. 36, n. 144, p. 239-260, p.240, out./dez. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/545>>. Acesso em: 13/03/2014.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial.** In: SARMENTO, Daniel;

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana. Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba. Juruá, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direitos administrativo**. São Paulo, SP: RT, 1986.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NEUNER, Jorg. **Os Direitos Humanos Sociais**. 2009. Revista edição ano
Disponível em:
<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/647/610>.
Acessado em: 03/09/2012.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais. Efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes e MORAES, Filomeno (coordenadores e coautores). **Direito constitucional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001

_____. **Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001, p. 17.
Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 10/05/2014.

STF. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: www.stf.gov.br/, acesso em: 30/09/2012.

STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: www.stj.gov.br/, acesso em: 28/08/2012.

STUMM, Raquel Denise. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais**. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

ZAMBITTE, Fábio. **Curso de Direito Previdenciário**. 16 ed. Niterói: Impetus, 2011.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006.