

A (IN) EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS FRENTE A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

¹Bárbara Paes Manfio

Sumário: 1. Evolução dos direitos fundamentais em alusão ao Estado brasileiro 1.1 Os direitos sociais na Constituição de 1988 2. Reserva do possível 3. Mínimo existencial

Resumo: No Brasil é recente o marco da introdução dos Direitos Sociais que ocorre com a Constituição Brasileira de 1988 e visto que a Carta Magna possui apenas 26 anos de vigência, surge à necessidade de analisá-los a fim de se compreender o papel que ocupam no ordenamento jurídico brasileiro e na sociedade. O estudo se apresenta sob a ótica da teoria da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial. Em primeiro momento delimita-se esta pesquisa ao estudo dos direitos fundamentais em alusão a evolução do Estado e do ordenamento jurídico brasileiro, utilizando-se como ponto principal as dimensões dos direitos fundamentais, e o momento histórico-estatal e constitucional que o Brasil se encontrava. Em segundo plano, estuda-se de maneira os direitos sociais vigentes no Brasil, sob a perspectiva das desigualdades sociais e sua (in) eficácia na sociedade brasileira com abordagem no papel do Judiciário visto como meio de otimização da aplicabilidade dos direitos sociais. Posto isso se inicia o estudo da teoria da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, como meio de medidas de urgência respectivamente como tese de defesa estatal e como tese de defesa do cidadão. Analisa-se também a temática em questão, sob a perspectiva crítica de que as desigualdades sociais e a aplicabilidade dos direitos sociais exigem mudanças na sociedade como um todo, sendo assim, conclui-se o estudo as citadas teorias como parte deste caminho de mudança e evolução.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direitos Sociais. Reserva do Possível. Mínimo Existencial.

INTRODUÇÃO

Já dizia Bobbio em sua obra “A Era dos Direitos” (1992, p. 25): “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

Diante da ineficácia dos Direitos Sociais, previstos no art. 6º da Constituição Federal surge à necessidade de analisá-los a fim de se compreender o papel que ocupam no

¹ Estudante de Direito – Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA. E-mail: barbaramanfio@hotmail.com.

ordenamento jurídico brasileiro e na sociedade. Sendo assim, far-se-á este estudo sob a ótica da teoria da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial. Neste diapasão, denota-se que os Direitos Sociais, fazem parte do rol de Direitos Fundamentais e também da segunda dimensão dos Direitos Humanos, que dizem respeito aos direitos de igualdade. Percebe-se que a incorporação dos direitos fundamentais – principalmente os direitos sociais – é recente, visto que a Carta Magna possui apenas 26 anos de vigência, restando para o Brasil um caminho longo a percorrer em busca de uma melhor eficácia dos direitos fundamentais.

No que tange aos direitos sociais, em primeiro momento há de se observar que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, estabelecido no art. 1º da Constituição Federal, é o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, alude-se a dignidade humana, como princípio que garante ao homem não apenas uma vida digna no sentido econômico, mas também, transforma o homem, como um fim em si mesmo, sendo que, sob ótica “Estado-Sociedade”, o Estado não mais, visualiza seus cidadãos como alguma “coisa”, mas, sim, como sujeito de direito. Desta forma, embasado na filosofia kantiana, a respeito da dignidade humana, Comparato diz (2003, p. 21):

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

Atualmente, no Brasil, para a efetivação do princípio da dignidade humana, o texto constitucional elenca vários direitos fundamentais e, dentre eles, os direitos sociais, expressos no já citado, art. 6º da Constituição Federal referentes à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, etc.

Entretanto, as dimensões territoriais do Estado brasileiro, aliado às marcantes desigualdades socioeconômicas e a ausência e o mau uso de recursos financeiros, causada pelos mais variados motivos, dentre eles eventuais desvios das verbas já pré-determinadas no orçamento público, impedem a efetividade dos direitos fundamentais sociais dos brasileiros. Deste modo, as políticas públicas do Brasil, não dão conta em um quadro onde há escassez de recursos públicos, frente as mais variadas necessidades sociais, crescentes a cada dia, devido ao nível extremo de desigualdade social, sendo que o Estado como um todo (legislativo, executivo e judiciário) é falho, e a população se vê obrigada a muitas vezes se socorrer no

judiciário, gerando em inúmeros casos a interferência do poder judiciário nas atividades e planejamentos do poder executivo.

Diante de tal situação, a discussão deste trabalho em relação aos direitos sociais, gira em torno da reserva do possível e do mínimo existencial, com abordagem feita em breves considerações sobre a origem e trajetória desses institutos no direito brasileiro.

1. Evolução dos Direitos Fundamentais em alusão ao Estado brasileiro.

A formação de grupos sociais, quando observada, pela ótica da natureza humana torna-se algo simples, e demasiadamente natural. Em outras palavras, isto significa que o homem, desde sua formação é fadado a viver em conjunto com outros seres humanos. Fato este, é perceptível em aspectos simples de sobrevivência, como por exemplo, em um recém-nascido que dificilmente viverá sem os cuidados de um adulto, bem como, em aspectos de comunicação visto que o ser humano comunica-se com outro ser humano até de forma involuntária. Neste sentido, há de se concluir que o ser humano é um ser social por natureza e sendo assim, através de pequenos grupos sociais, formados através de famílias, ou em outros tempos, clãs e tribos, formaram-se cidades, estados, países e nações.

Sendo assim, é fato que independente da teoria ou posição a ser considerado, tanto de forma natural ou de forma contratual, o comum é o homem ser social. E nesta generalidade é que justamente encontram-se as diversidades sociais (diferentes objetivos, costumes, linguagens, culturas, etc). Contudo, é diante destas diversidades de interesses nos seres humanos que surge a importância de ter determinada organização social e neste sentido, não há como falar em organização social sem falar do Estado, que, por conseguinte, atrela-se a realizada mediante regras, normas, leis e o Direito. Portanto, forma-se a tríplice: “Estado-Direito-Sociedade” que se completam, e se perfazem consubstanciados um no outro, a ponto de que um não teria sentido sem a existência e principalmente, sem a eficácia de outro.

Nos tempos modernos, esta organização social, tem como principal ponto de referência o Estado. A evolução e a transformação do Estado como instituição que organiza, garante direitos e cria deveres para o cidadão, quando analisada em sentido histórico mostra vários pontos em que se alude as evoluções e revoluções sociais em conjunto com a formação dos ordenamentos jurídicos de cada país. Como exemplo, é válido citar os regimes de governo, a participação social na formação do poder estatal, e a interferência do Estado na vida do particular, e também, do particular no sistema organizacional do Estado.

Posto isto, em primeiro plano delimita-se esta pesquisa ao estudo dos direitos fundamentais em alusão a evolução do Estado e do ordenamento jurídico brasileiro, utilizando-se como ponto principal as dimensões dos direitos fundamentais, e o momento histórico-estatal e constitucional que o Brasil se encontrava.

Com foco em âmbito nacional, o Brasil com 514 anos de história, carrega consigo várias mudanças em seu governo – Brasil Colônia, Brasil República, Brasil Ditatorial, Brasil Democrático Social –, e também as revoluções e evoluções do ordenamento jurídico estatal. Neste sentido, denota-se o ativismo da sociedade em momentos importantes do país para conquistar seus direitos desde a época da monarquia até os dias atuais. Assim, faz-se mister aludir em breves considerações a importância da Constituição, que é o pilar do ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre a Constituição é válida a observação de que o Estado Constitucionalista surgiu com determinados objetivos. De acordo com Dallari (2011, p.201) estes objetivos são “a afirmação da *supremacia do indivíduo*, a necessidade de *limitação do poder* dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da *racionalização do poder*”.

De fato, não foram todas as Constituições brasileiras (sete ao total) que houve a citada supremacia do indivíduo, racionalização e limitação do poder dos governantes, assim como, nem sempre a democracia e os direitos fundamentais foram garantidos, como remonta-se na Constituição vigente, sendo que para chegar ao patamar atual, há de se destacar um marco histórico em nível internacional que é o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e a Declaração de Direitos Humanos de 1948, que ampliaram o papel social do Estado, passando a proteger não só a liberdade, mas também a criar proteção para efetivação de direitos (DALLARI, 2011, p.202).

Ainda, em alusão a importância da Constituição e da inserção dos direitos humanos neste documento jurídico, é válido abarcar a principal diferenciação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, sendo que os direitos fundamentais se diferem dos humanos tanto em nível nacional como em nível internacional, pois, os fundamentais são na verdade os direitos humanos positivados em textos normativos como as Constituições e os tratados internacionais. Atribuindo-se também outra terminologia que consiste nos direitos fundamentais típicos (positivados) e os atípicos que são os direitos humanos não positivados nas normas. (COMPARATO, 2003, p.58).

Sabe-se que o marco da introdução dos direitos fundamentais no Brasil é a Constituição Federal de 1988, visto a data de sua promulgação (05 de outubro de 1988), é

notável quão nova é esta Carta Magna, que apenas possui 26 anos, diante dos 514 anos de história do Brasil.

Neste plano, diante das desigualdades sociais, dar-se-á enfoque na análise da evolução estatal e social, por meio das três gerações dos Direitos Fundamentais, com foco no Estado brasileiro, e por meio disto, denota-se o retrocesso constitucional do Brasil diante das evoluções dos direitos fundamentais com o período da Ditadura Militar e que por conseguinte o caminho para o Estado Social e Democrático brasileiro, está apenas iniciando.

Quanto as gerações dos direitos fundamentais, afirma Bonavides (p. 563, 2009):

Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII.

Assim, a primeira dimensão dos direitos fundamentais germinará principalmente, na Idade Média ressalta-se na Europa feudal com a promulgação da Magna Carta em 15 de junho de 1215, pelo conhecido Rei João Sem-Terra marco inicial da limitação do poder estatal, mesmo que em pequena escala e voltada para os nobres e religiosos. (CASTILHO, 2010 p.29). Ainda, no plano constitucional é notório um grande passo para a formação de um Estado de Direito bem como para a formação dos direitos de liberdade. Neste sentido, a primeira geração dos direitos fundamentais, será marcada pelo período de transição entre o Estado absolutista monárquico e o estado liberal em que os primeiros direitos fundamentais irão se fixar na ordem jurídica constitucional. Trata-se dos direitos civis e políticos, que visão proteger os direitos dos cidadãos diante do Estado (BONAVIDES, 2009, p. 563).

Quanto a segunda geração dos direitos fundamentais, ressalta-se em primeiro momento que trata-se da fase em que se formaram os direitos sociais, foco deste trabalho. Este período é marcado pelos direitos da igualdade, e representam fase histórica e jurídica em que o Estado, como instituição organizacional da sociedade, precisa ministrar as desigualdades econômicas, fazendo o direito como instrumentos para maior flexibilização estatal, em outras palavras, uma maior interação “Estado-Sociedade”, neste sentido, o ordenamento jurídico estatal passa a pensar em garantias sociais, para os seres humanos.

Já na terceira dimensão dos direitos fundamentais, vislumbram-se os direitos da fraternidade. Por ser a última dimensão do tripé “liberdade-igualdade-fraternidade”, nota-se que em questões jurídicas esta dimensão tem muito que ser revista e aplicada na sociedade,

encontra-se assim em extrema evolução. O início desta dimensão dos direitos fundamentais remete-se ao final do século XX, com o marco histórico mundial, que será o fim da 2ª grande guerra (1939-1945), que mostrou para a comunidade internacional um caminho no qual a humanidade não deveria seguir, que é o dos conflitos bélicos. Sendo assim, a evolução da esfera estatal, eleva-se a um patamar em que o ser humano passa a ser visto como um ser de direitos em âmbito internacional. Neste sentido, os direitos da terceira geração, possuem como referencia o desenvolvimento da paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2009, p.569).

Diante, das breves considerações a respeito das três principais dimensões dos direitos fundamentais, em alusão ao Estado brasileiro, percebe-se em primeiro plano que em 1824, o país dava um primeiro passo para seu crescimento jurídico com a promulgação de sua primeira Constituição. Contudo a primeira Constituição brasileira se formara nas mãos do Império, ainda com marcas absolutistas tendo em vista o Poder Moderador. Mas, com a proclamação da República em 1889, e a posterior promulgação da primeira Constituição republicana em 1891, iniciava no Brasil, introdução dos ideais liberais. Neste sentido, observa-se também que a Constituição de 1934 e 1946 abarca de forma significativa a Constituição de Weimar e iniciando-se a formação de um Estado Social brasileiro, que teve dois períodos de retrocesso o primeiro iniciado pela Ditadura do Estado Novo com a Constituição de 1937 e o segundo pelo golpe militar e a Constituição de 1967.

Deste modo, quanto a ditadura, denota-se que principalmente com Constituição de 1967, em relação aos direitos fundamentais, houve grande supressão dos direitos de liberdades, frisa-se os direitos individuais, gerando um retrocesso em plano constitucional e da dignidade humana. Porém observa-se que quanto aos direitos sociais, tanto em 1937 como em 1967 observa-se consideráveis e pequenas evoluções como, por exemplo, em 1937 vários avanços no Direito do Trabalho ou estagnação como em 1967 diante da proteção ao direito a educação.

Com isto, depreende-se que assim como as gerações de direitos fundamentais tiveram a fase opositora do cidadão perante o Estado, e em seguida a fase igualitária firmando melhor relação entre “Estado-Sociedade”, no Brasil, os períodos em que a evolução constitucional em sentido de um Estado Democrático-Social sofreram retrocessos e momentos de estagnação. Neste sentido, percebe-se também que com a Constituição de 1988, o Brasil, além da primeira e segunda geração dos direitos fundamentais, também abarca de forma significativa a terceira dimensão englobando em plano jurídico concretamente a dignidade da

pessoa humana, sendo necessário, nesta fase a busca da efetivação dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna vigente.

1.1 Os direitos sociais na Constituição de 1988.

A Constituição Federal de 1988 no que se refere à proteção dos direitos sociais traz um avanço em relação às antigas constituições do Brasil, antigamente os direitos sociais eram tratados no título “da ordem econômica e social“ nesse novo modelo os direitos sociais são tratados como direitos fundamentais.

Tem-se expresso na Constituição Federal em seu artigo 6^a de forma exemplificativa o seguinte: “Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Quando se diz de forma exemplificativa, quer dizer que não se esgota os direitos sociais nesse artigo, assim pode-se existir outros direitos sociais, como por exemplo, os criados com as emendas constitucionais 29/2000 e 54/2010, respectivamente, direito a moradia e alimentação. Ainda, além dos expressos dentro do artigo 6^o, existem outros direitos sociais espalhados dentro da Constituição Federal.

Vale-se destacar também, que os direitos sociais são chamados de direitos prestacionais, resumidamente explicados pelo professor Martins Filho²:

Os Direitos Sociais, dentro do quadro dos Direitos Fundamentais, pertencem ao grupo dos chamados "direitos positivos", ou seja, daqueles direitos a uma "prestação" do Estado ou do particular, diferentemente dos "direitos negativos", que dizem respeito à não intervenção do Estado. Na Constituição de 1988 é exemplo do primeiro grupo o rol do art. 7^o, enquanto exemplo do segundo grupo é o elenco do art. 5^o.

Ainda, deve-se levar em consideração que entre os direitos sociais não existe um rol de importância sob o aspecto jurídico, por que entre normas constitucionais têm-se o mesmo grau de prevalência, sendo assim os direitos sociais possuem a mesma força vinculante e a mesma eficácia. Já em relação aos aspectos fáticos, sempre haverá diferença de relevância entre os direitos sociais, como por exemplo, para uma pessoa o direito a educação é o mais importante, mas para outra pessoa tem maior importância o direito a saúde.

² MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Os Direitos Fundamentais e os Direitos Sociais na Constituição de 1988 e sua defesa**. Revista jurídica virtual: Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/direitos_fundamentais.htm> Acesso em 02/02/2015.

Os direitos sociais englobam tanto efetividade, como eficácia e aplicabilidade das normas sociais, à vista da íntima relação dos institutos.

A noção de eficácia social é proposta por Silva³, que distingue a eficácia em eficácia jurídica e eficácia social:

Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como meta. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. [...] Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social.

Por outro lado, em síntese, a efetividade trata-se do desempenho concreto da função social da norma, ou seja, a materialização dos preceitos normativos, estreitando a relação que existe em todas as normas que são as do “dever-ser” e a do “ser”. (BARROSO, p.79, 1993). Deste modo, os conceitos de efetividade e eficácia relacionam-se ainda com o de aplicabilidade, conforme esclarece Sarlet⁴:

Já no que diz com a relação entre a eficácia jurídica e a aplicabilidade, retomamos mais uma vez a lição de José Afonso da Silva para consignar que eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, já que a eficácia é encarada como potencialidade (a possibilidade de gerar efeitos jurídicos) e a aplicabilidade, como realizabilidade, razão pela qual eficácia e aplicabilidade podem ser tidas como as duas faces da mesma moeda, na medida em que apenas a norma vigente será eficaz (no sentido jurídico) por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade.

Com a positivação dos direitos sociais como fundamentais, leva-se a entender que o Estado fica obrigado a executá-los; a torná-los eficaz. Seja por meio do legislador, administrador público ou até mesmo do judiciário, o que se espera é que os direitos sociais sejam acolhidos pelo Estado tanto de modo preventivo por meio de políticas públicas ou por ações repressivas do judiciário. Sobre isto, completa Torres (1999, p. 154-155):

Os direitos sociais e econômicos estremam-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do status negativus, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia erga omnes e se subordinam à ideia de justiça social. Revestem eles, na Constituição, a forma de princípios de justiça, de normas programáticas ou

³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. 3d. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 66.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 03/02/2015.

de policy, sujeitos sempre à interpositio legislatória, especificamente na vida do orçamento público, que é o documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados.

Neste sentido, é certo que o Estado tem o dever de concretizar os direitos postulados na Constituição Federal e os Princípios ligados a ela, com o fim de garantir à pessoa humana uma vida digna. Dando ênfase aos direitos sociais frente aos direitos de defesa é válido abordar alguns pontos para que se obtenha melhor compreensão dos mesmos. A doutrina não leva em conta a dimensão econômica dos direitos de defesa, pois, o objeto de sua proteção, seja a vida, a intimidade, liberdade, etc., pode ser assegurado juridicamente, independente das circunstâncias econômicas. Entretanto, todos os direitos demandam custos para sua efetivação, os direitos de defesa indiretamente, e os direitos sociais, diretamente.

Deste modo, surgem às obrigações de fazer para o Estado, encarregando às políticas públicas um papel fundamental para a busca da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido posiciona-se Bucci⁵: “A necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais.”

Para melhor entender o que são as políticas públicas, segue o conceito de Bucci⁶: “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

Assim, a doutrina e a jurisprudência atual, defendem a supremacia dos direitos fundamentais, cuja a efetivação se sobrepõe a qualquer outro princípio ou fundamento de fato ou de direito. Nesse contexto, passamos para um tema que vem sendo discutido por muitos juristas do Brasil, a chamada Reserva do Possível.

2. Reserva do possível

⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de Política Pública em Direito**. In: Bucci, Maria Paula Dallari. (org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito de jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁶BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Política Pública**. São Paulo: Saraiva, 2006. P.241

A Reserva do Possível no Brasil se manifesta em situações onde a pessoa pleiteia o suprimento de algum direito para o Estado e o Estado alega que não tem condição para suprir a falta de tal direito. Em outras palavras o Estado alega insuficiência de recursos.

Esta teoria surgiu na Alemanha no ano de 1972, no Tribunal Constitucional Alemão, ante a pretensão⁷ de dois cidadãos alemães quanto ao acesso a vagas para o ensino superior do curso de medicina, sob o argumento de que a limitação de vagas implicaria na violação ao direito de livre escolha e exercício da profissão. A corte negou o pedido de acesso, alegando que a realização de direitos sociais ficaria condicionada à existência de recursos orçamentários suficientes para tanto.

Vale destacar, que ao contrario da nossa Constituição que abriga os direitos sociais como direitos fundamentais, a Constituição Alemã não tem a mesma previsão constitucional, abarcando somente os direitos fundamentais de defesa. Não obstante a leitura superficial do anúncio da Corte possa levar a um entendimento, de que o Estado somente estará obrigado a concretizar direitos fundamentais de prestação quando houver recursos públicos que viabilizem a prestação, tal como elucidado por Mânica, uma leitura mais criteriosa da decisão levará a conclusão de que⁸:

A teoria da reserva do possível, portanto, tal qual sua origem, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação.

Seguindo essa linha, segue as palavras do Professor Nunes Junior⁹:

Em outras palavras, contrapondo-se os limites materiais do orçamento ou aumento progressivo das exigências dos cidadãos em relação aos direitos de participação nos benefícios da vida associada (direitos fundamentais sociais), a teoria da reserva do possível, em sua concepção original, pode ser sintetizada na observância de dois pontos essenciais de seu regime jurídico:

- observância, intransigente e incondicionada, do mínimo vital;
- realização de outros direitos sociais condicionada às possibilidades do orçamento, desde que comprovados o esforço proporcional do Estados em dar resposta à respectiva demanda social.

Sendo assim a reserva do possível nasce como um fenômeno que impõe limites para a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, dentre eles os direitos sociais. Devido ao

⁷BverfGE n.º 33, S. 333. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Disponível em < http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-4-30.pdf> Acesso em 08/02/2015.

⁸MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais prestações e a intervenção de políticas públicas.** Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, n. 18, p. 169-186.

⁹NUNES JUNIOR, Vidal Serrado. **A cidadania Social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais.** São Paulo: Verbatim, 2009 p. 175/176.

crescimento muito elevado dos direitos fundamentais começou a surgir à falta de recursos do Estado para supri-los.

No Brasil ao contrário da Alemanha a reserva do possível não significa reserva do orçamento, pois é inaceitável o Estado como instituição que possui principal função, atender as necessidades sociais, alegar que não tem recurso, ele pode no máximo alegar que esta aplicando seus recursos em outra área. O Brasil é um dos países com a maior arrecadação tributária do Mundo, sendo assim não há inexistência de recursos, mais sim má administração destes. Ainda, há de se observar que para aplicar a reserva do possível, é necessário que se englobe a disponibilidade de recursos orçamentários, a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos e diante da questão de um titular de direito a de prestações sociais engloba-se a proporcionalidade (LAZARI, 2012, p.61-62).

Ademais, em enfoque jurista, uma parcela dos doutrinadores não acolhe a reserva do possível. Nas palavras de Lazari¹⁰:

Se considerável parcela da doutrina e da jurisprudência acolhe a “reserva” e estuda meios para a minimização dos seus efeitos, outra corrente rechaça qualquer validade da tese num âmbito em que as discrepâncias estamentárias são gritantes, como é o caso do Brasil. Aliás, esse é o primeiro argumento em prol da refutação da Reserva do Possível neste país: na Alemanha, berço do instituto, apesar da já prolatada ausência de previsões de direitos sociais na Lei Fundamental de Bonn, o nível de desenvolvimento da igualdade e da fraternidade mesmo dentro de uma economia neo-liberal pós-Guerra de sucesso faz com que a implementação de políticas públicas seja, por natureza maximizada. Assim, quando a “reserva” é alegada na Alemanha, é por que muita coisa antes já foi feita pelo Estado e o que se pede é sobrepujante. A briga, pois, é “pelo limite do teto”, e não “pela manutenção, ao menos, do chão”, como em tese ocorre no Brasil.

Assim, depreende-se que a reserva do possível, surgiu em um país onde a realidade econômica é muito superior à suportada pelos brasileiros, nesse contexto, devemos observar a importância da confrontação da reserva do possível com o mínimo existencial.

3. Mínimo Existencial

Quando se fala em mínimo existencial, é importante destacar do Título II – “Garantias e Direitos Fundamentais”, da Constituição Federal. Nesse Título encontra-se direitos tão fundamentais, sem os quais não há como viver.

Não é preciso ir muito a fundo na história do Brasil para perceber que a intensa desigualdade social, que se faz presente desde a época da colonização progride cada vez mais.

¹⁰ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e Mínimo Existencial**: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade. Curitiba: Juruá, 2012. P. 74/75

Com a intensa desigualdade social nota-se que o acesso da população aos direitos sociais é um problema constante para a população, suscitando assim, um debate mais político do que jurídico, já que envolve questões muito variadas como orçamento, alocação de recursos, fixação de despesas, discricionariedade do Poder Público e dignidade humana. Guerra e Emerique abordam¹¹:

Um dos problemas em relação ao aspecto prestacional do mínimo existencial consiste em determinar quais prestações de direitos sociais conformam o seu núcleo. Caso seja vencida esta etapa, ainda assim perdurará a dificuldade de saber em relação a cada direito particular qual a extensão da obrigação do Estado de prover ou satisfazer a necessidade ou interesse social ou econômico tutelados pelo direito. Quando um determinado direito social é reconhecido a certas pessoas ou grupos em uma determinada medida, fica a dúvida sobre a possibilidade de estabelecer juízos de comparação entre a situação dos beneficiários, controlando a legalidade e razoabilidade do fator de diferenciação utilizado pelo Estado ao prover, garantir ou promover seletivamente os interesses tutelados pelo direito.

Diferente da reserva do possível, a teoria do mínimo existencial possui em seu conceito uma auto explicação, sendo ela o “mínimo” que não se trata de qualquer mínimo e em complemento vem o “existencial” direcionando a exclusividade deste mínimo que seria um mínimo existencial, ou seja, é o mínimo para a sobrevivência do ser humano, e ainda com maior relevância ao conceito é o mínimo para que o cidadão tenha uma sobrevivência digna, garantida pelo Estado. Com isso fala-se de direitos, de um grupo qualificado que compõe o necessário a existência de uma vida digna.

A Constituição de 1988 é o marco da introdução dos Direitos Fundamentais no Brasil, sendo assim não há sentido algum em um texto constitucional e conseqüentemente em um texto infraconstitucional se não tiver a implementação de direitos em prol da dignidade da pessoa humana, neste sentido o mínimo existencial virá como forma de assegurar ao menos de uma forma mínima a dignidade da pessoa humana.

Tal como a reserva do possível, o surgimento do mínimo existencial também ocorreu na Alemanha, tendo como diferença o instituto onde foram criados. Sendo a Reserva do Possível no Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1972 e o mínimo existencial no Tribunal Federal Administrativo Alemão, onde é trabalhado desde a década de 50, sendo que a tese do mínimo existencial chegou à Corte Constitucional Alemã atingindo seu ápice na década de 1990 e desde então a tese vem sendo trabalhada no direito estrangeiro. Sendo

¹¹ GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana E O Mínimo Existencial**. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>>. Acesso 11/02/2015.

introduzida no Brasil através do professor Ricardo Lobo Torres em 1989, que foi o pioneiro do mínimo existencial no Direito brasileiro.

Após as observações acima, pode-se definir o mínimo existencial nas palavras de Ricardo Lobo Torres, como "um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas". Deste modo, foi tratado com um princípio capaz de assegurar as condições mínimas de existência digna. Em busca de um conceito convém falar que o mínimo existencial deve ser alegado pelo particular em face do Estado. Diferenciando a reserva do possível que é alegada pelo Estado em face do particular.

Em relação as diferenças entre o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível, perante o Estado, nas palavras do Professor Lazari:

Diferentemente do Princípio da Reserva do Possível, cuja alegação compete ao Estado, em primeiro lugar, o cenário comum é que o Mínimo Existencial seja utilizado pelo particular, já em seu requerimento de suprimento de direito fundamental social, não bastando, contudo, a mera invocação do instituto, tendo em vista a necessidade concreta de se visualizar a amoldagem da carência ao conteúdo "mínimo".

Com isso, observa-se que a cada vez que o Estado retira um valor para atender determinada demanda judicial, ele está deixando de aplicar esse mesmo valor, para um gasto que já estava em seu orçamento. Deste modo, quando se trabalha a ideia de escolhas trágicas, os custos do Direito, é preciso pensar na chamada "Lógica do cobertor pequeno" uma visão metaforizada: Uma pessoa grande que tem um cobertor, cobre a cabeça e descobre o pé e vice versa. Trocando a pessoa que vai ser coberta pela população e o cobertor pelo orçamento público, por aquilo que o Estado pode custear para a população. O resultado é população demais, é gente demais, é necessidade demais para o orçamento de menos, para dinheiro de menos, para a uma implementação de Direitos Sociais de menos (LAZARI¹²).

Há de se concluir que no Brasil, o fato do Executivo não equalizar satisfatoriamente os critérios quantitativos de estipulação da reserva, os cidadãos, em busca da satisfação de seus direitos transferem para o Judiciário a expectativa, na medida em que recorrem ao Estado por via deste Órgão, para fins de apreciação de suas pretensões resistidas no que tange as suas necessidades "mínimas", e para tanto, o melhor caminho para o magistrado é fazer a ponderação com base no princípio da razoabilidade¹³.

¹²LAZARI, Rafael José Nadim de. **Preâmbulo e Direitos Sociais**. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=dQTl8wbAte0&list=PLoAEgfUVQsXHku0s63HcUYCf9SoamkyjA>>

¹³SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2010.022073-7**. Relator: Des. João Henrique Blasi, 2010.

Assim, compreende-se que os direitos sociais são direitos fundamentais, e como tais, gozam de uma prioridade que implica em destinar o máximo de recursos possíveis para a satisfação das necessidades. E o grande conflito entre reserva do possível e mínimo existencial, deverá ser resolvido na prática com a ponderação.

CONCLUSÃO

Conclui-se que em um país como o Brasil, onde persiste extrema desigualdade social, é utópico pensar na efetivação total dos direitos sociais fundamentais para todas as pessoas, embora seja este um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro. Neste sentido observa-se que a efetividade do direito social é lenta e gradativa.

Sendo assim, é necessário vislumbrar o mínimo existencial como mecanismo jurídico aliado para uma melhor efetivação dos direitos sociais. Contudo, há de se observar também a reversa do possível como mecanismo que equilibra não apenas a interferência do poder judiciário no poder executivo, mas também, o avanço de uma cultura jurídica e estatal que admite as falhas e garante os acertos visando não apenas direitos individuais, mas a sociedade em geral.

Neste sentido, depreende-se que em um país marcado pelos extremos socioeconômicos das desigualdades, a reserva do possível e o mínimo existencial, quando utilizados através da ponderação indicam uma nova forma para que o direito brasileiro e, por conseguinte o Estado esteja agindo efetivamente e exclusivamente a favor e para a sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BOBBIO, Norberto (1909). **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de Política Pública em Direito**. In: Bucci, Maria Paula Dallar. (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito de jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BverfGE n.º 33, S. 333. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Disponível em < http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-4-30.pdf> Acesso em 08/02/2015.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado** – 30 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana E O Mínimo Existencial**. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>>. Acesso em 11/02/2015.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e Mínimo Existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais prestações e a intervenção de políticas públicas**. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, n. 18, p. 169-186.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Os Direitos Fundamentais e os Direitos Sociais na Constituição de 1988 e sua defesa**. Revista jurídica virtual: Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/direitos_fundamentais.htm> Acesso em 02/02/2015.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrado. **A cidadania Social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Caio Ramon Guimarães de. **Teoria Do Mínimo Existencial Como Fundamento Do Estado Democrático De Direito – Um Diálogo Na Busca De Uma Existência Digna**. Disponível em: <www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas> Acesso em 11/02/2015.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2010.022073-7**. Relator: Des. João Henrique Blasi, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** 10 ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 03/02/2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. 3d. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume III; os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.