

## INTRODUÇÃO

---

A revolução industrial gerou uma emergência social que repercutiu na degradação humana, conseqüentemente exigiu um novo papel ao qual o Estado deveria exercer dentro da sociedade. Os direitos conquistados nas revoluções burguesas que expressam e que em sua preponderância se restringiam a concepção dos preceitos da liberdade já não eram suficientes para garantir o desenvolvimento humano. A nova sociedade industrial incipiente que em um breve transcurso temporal experimentou de forma descontrolada a urbanização social, deparou-se com alijamento da sua condição humana em prol da industrialização desmedida, em que o clamor social exigiu por uma atuação ativa do Estado na busca pelos valores da igualdade, que em última análise, desagua no reconhecimento da contrapartida social que o Estado deve prover por meio da enunciação, promoção e efetivação dos direitos sociais.

A influência da vida social de forma dinâmica fornece a cada dia novos valores e o ser humano a partir das reflexões incutidas pelo direito que garantem a repercussão necessária para o desenvolvimento de uma vida digna com o vínculo essencial perpetrados pela liberdade e a dignidade humana.

Ao interpretar o direito deve-se extrair a plenitude de seus fins sociais, com o intuito de determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Na contemporaneidade o intérprete ou o hermeneuta contemporâneo necessita ter uma visão coerente entre a visão global que o direito comparado fornece para compreender e precisar a sua finalidade social no todo e o aprimoramento do direito.

### 1.1 O direito comparado e a reserva do possível.

A expressão “reserva do possível” foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão na decisão BVerfGE 3 33, 303 (numerusclausus) em que se analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970. Em razão do exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de medicina, foram estabelecidas limitações absolutas de admissão (numerus clausus).

O caso *Numerus Clausus* trata-se do direito ao acesso a uma vaga no curso de medicina humana, na universidade alemã. Em razão da limitação de vagas, os candidatos não aceitos nas Universidades de Hamburgo e Baviera (anos 1969 e 1970), entraram com recurso, solicitando ao Poder Judiciário o acesso ao curso, baseados no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã que dispõe “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Sob a alegação de que só é possível solicitar ao Estado aquilo que se pode esperar, o pedido foi negado, uma vez que o entendimento foi a não razoabilidade em oferecer vagas ilimitadas ao curso de medicina pelo Estado. O § 17 da Lei Universitária de Hamburgo, de 25 de abril de 1969, determinava: (1) A admissão para alguns cursos pode ser restringida, se e enquanto isso for necessário, em vista da capacidade de absorção da universidade, para garantir a regular realização de um curso na respectiva área do conhecimento. Antes da introdução de uma limitação da admissão, deve-se, sobretudo, avaliar se, e em que extensão, a universidade pode tomar medidas, principalmente na área da reforma do ensino, que sejam adequadas a evitar uma restrição da admissão. (2) Limitações da admissão serão regulamentadas por leis de admissão, nas quais devem ser estabelecidas regras sobre a escolha eo número dos candidatos a serem admitidos. A cada seis meses deve ser verificado se ainda está presente a condição do parágrafo 1º. (3) Leis de admissão serão estatuídas pelo Senado (Conselho) Acadêmico, depois da oitivados departamentos interessados. Sobre esta base, o Senado (Conselho) acadêmico da universidade estatuiu, para o semestre de verão de 1970, uma lei de admissão para o curso de medicina humana e odontologia. Segundo ela, as vagas disponíveis para candidatos alemães deviam ser distribuídas na proporção de 60%, “segundo fatores de desempenho (currículo do candidato) e 40% segundo o princípio do ano de nascimento; pôde ainda uma parte das vagas serem definidas a cada semestre ficar reservada a casos especialmente peculiares (difíceis). A escolha segundo os fatores de desempenho baseava-se fundamentalmente na nota média aferida do certificado de conclusão do curso secundário (Reifezeugnis). No caso da escolha segundo o princípio do ano de nascimento, eram admitidos prioritariamente candidatos que já tivessem prestado o serviço militar ou um serviço civil alternativo àquele. Tratando-se da Lei de Admissão às Universidades Bávaras – de 8 de julho de 1970 – distingua-

se da Lei Universitária de Hamburgo, apresentando a formulação de que seria possível limitar o número de estudantes para algumas áreas do conhecimento somente se fosse essencial à manutenção do funcionamento regular de um curso, ou seja, deveria levar em conta a capacidade de instalações da universidade (Art. 2 II da Lei de Admissão). Tal lei continha critérios para a oferta de vagas universitárias e, em seu artigo 3, é possível encontrar uma autorização (edição de um decreto pelo Ministério da Educação Bávaro) a fim de efetivar tais critérios. Baseado na apresentação do Tribunal Administrativo de Hamburgo, no caso *Numerus Clausus*, o TCF declarou sendo incompatível o § 17 da Lei Universitária de Hamburgo com a Grundgesetz, afastando somente a cláusula “filho da terra” (art 3 – II da Lei de Admissão) que antevia benefícios aos candidatos bávaros às vagas nas universidades da Bavária. A decisão (Urteil) do Primeiro Senado de 18 de julho de 1972 com base na audiência pública de 3 de maio de 1972 - 1 BvL 32/70 e 25/71 trata das Razões, Direito Constitucional e Liberdade Profissional, enfatizando a diferença da *Numerus Clausus* com a Grundgesetz, especialmente quando se trata de candidatos socialmente mais carentes, cuja possibilidade de espera por uma vaga é quase que totalmente nula. No que versa sobre a Liberdade Profissional, aponta que alguns dos aspectos essenciais para a proteção do direito fundamental no presente contexto foram negligenciados, encontrando-se o *Numerus Clausus* à margem do Direito Constitucional Material aceitável. Segundo o texto, é fundamental atentar-se ao quesito coletividade, melhorando a estrutura da universidade, uma vez que, todavia, não é possível prover ao candidato à vaga desejada, vista a quantidade de candidatos à vaga de medicina. Levando em consideração a teoria dos degraus citada no texto, a escolha profissional vai depender da escolha do curso de formação. Em sua acepção, é fundamental o princípio da proporcionalidade, visto efeitos como migração para outros cursos e debanda para o exterior. Um *Numerus Clausus* absoluto somente será constitucional se atender inúmeras condições, como prescrição dos limites necessários e critérios racionais de atendimento ao local. (SCHWABE, 2005, p. 652).

De acordo com a decisão ora analisada, a teoria da reserva do possível possui sua origem no Tribunal Constitucional Alemão, ela estabelece de forma cristalina que a efetivação dos direitos fundamentais não é absoluta, mas sim que admite a inserção de limites.

Não há direitos fundamentais absolutos e nem recursos públicossuficientes para dar moradia para todos, e esse é o principal motivo que encampa a tese da “cláusula da reserva do possível”, e acaba por ocasionar um retrocesso social, quando o Estado deixa de promover políticas públicas relacionadas à moradia e não encontra recursos para admiti-la. Assim, conforme Catanio e Siqueira (2019, p. 101), a falta de recursos para investimento não pode afetar a garantia do mínimo existencial de forma a minar a possibilidade de uma existência com dignidade, ponderando que não pode existir o retrocesso social. A reserva do possível é um assunto que está diretamente ligado à realização do direito à moradia. Essa expressão surgiu por conta de um julgamento no Tribunal Constitucional Federal Alemão, em um emblemático caso que versava sobre o acesso às vagas limitadas de universidades, que não era suficiente para cobrir a demanda de jovens interessados no ingresso em determinadas instituições. Assim, a decisão foi centrada em delimitar quando seria possível ao interessado pleitear a realização de seu direito, de forma a verificar se o pedido era ou não proporcional ou razoável, estabelecendo algo como uma limitação para a concreção desses direitos sociais. Contudo, ela não teve seu foco na questão financeira (diferentemente da forma como é tratada em nosso país), mas sim que a prestação de alguns serviços estaria limitada pela existência de recursos financeiros, de forma que, se tal serviço não fosse prestado, poderia se ter como fundamentação a inexistência de recursos.

A contribuição do direito comparado na construção de uma teoria que viabilize a efetividade dos direitos sociais na sociedade brasileira mostra-se imprescindível. A migração de teses do Tribunal Constitucional Alemão permitiu à academia jurídica brasileira compreender que o Estado Constitucional pode e deve buscar a justiça social e a efetividade dos direitos sociais, mas deve existir uma ponderação do quanto é capaz de suprir essa demanda social, para que não venha repercutir nas demais obrigações estatais.

No entanto, diferentemente do que a decisão do Tribunal Constitucional Alemão utilizou como fundamento (estabeleceu a possibilidade de limites à efetivação dos direitos fundamentais), tanto a doutrina como a jurisprudência brasileira aplicam a Teoria da Reserva do Possível buscando fundamentos no seu aspecto econômico, isto é, enfatizando a capacidade financeira e orçamentária do Estado no cumprimento dos direitos sociais.

Trata-se de um exemplo da aplicação do método dialógico empregado no transplante de fontes jurídicas estrangeiras. O método dialógico possibilita que a fonte transportada passe por um debate frente às condições sociais e econômicas do país receptor, isto é, admite-se uma adequação nas razões que fundamentaram a produção, criação ou reconhecimento da fonte na sua matriz original para que atenda as peculiaridades do país receptor. Ressalta-se, a exigência da aplicação dos métodos comparativos clássicos pelo direito comparado na importação de teses jurídicas, em determinadas situações, configuram-se como de imposição estéril, pois não podem servir como obstáculos ao livre desenvolvimento da ciência jurídica, pois toda construção histórica do direito foi permeada pelo debate de teses. Ressalta-se, como exemplo, que a ciência jurídica moderna estaria estanque e estática sem os embates jurídicos entre Dworkin e Hart.

Andreas Krell salienta que a dogmática jurídica alemã se apresenta em diversos casos transponível ou adaptável ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que muitos dos preceitos e formulações das Constituições de 1988 e anteriores foram inspirados pela Lei Fundamental Alemã. No entanto, convém ressaltar que a estrutura do texto constitucional de 1988, bem como os da Espanha e de Portugal, (os quais também sofreram a marca alemã), difere bastante daquela concatenada na Lei Fundamental de Bonn, já que naquelas predomina um alto número de normas programáticas, mandamentos, diretivas, fixação de metas e conferem um menor peso a uma normatividade estrita, à obrigatoriedade e justiciabilidade. Cumpre ainda destacar, que a Lei Fundamental da República Federal de 1949 optou por rejeitar a incorporação de uma sistematização dos direitos sociais (direitos dos trabalhadores, direito à educação, direito à saúde, direito à assistência) em sua estrutura normativa, fato ensejado devido às más experiências constituídas durante a vigência da Carta anterior de Weimar. (p.224)

Importa precisar, que para os países do Sul global, as experiências do Norte com o uso dos tribunais como instrumentos de mudança social podem ser construtivas na evolução do direito local. Pode ser que os estudiosos do Sul vejam a possibilidade de ação judicial como mais positiva e promissora do que a literatura norte-americana sobre determinado assunto. Como exemplo, aponta-se o dispositivo alemão de escrutinar a metodologia orçamentária como sendo uma ferramenta interessante para algumas jurisdições do Sul, não necessariamente para adotar a abordagem bastante rígida e não-problemática da Alemanha no atacado, mas sim como um ângulo potencial a ser explorado ao desafiar as omissões governamentais para fornecer bens ou serviços (HAILBRONNER, 2006, p. 261).

Rodrigo de Oliveira Kaufmann salienta que a importação de modelos jurídicos

estrangeiros nunca foi uma exceção no Brasil, mas ao contrário sempre foi compreendida como uma marca de maturidade no campo institucional e sinal de erudição e competência acadêmica. O autor lembra que o Brasil pré-constituição de 1988 apresentava um severo grau de déficit constitucional e democrático, isto é, existia um vácuo institucional que produzia um vácuo discursivo no direito constitucional que se socorria do direito civil para a produção do direito público. Seguindo a tradição do caminho empreendidos nos estudos em direito privado que tinha um forte apelo no direito comparado, autores estrangeiros vieram para preencher esse vácuo acadêmico passando a impactar e pautar os discursos e os debates em direito público no Brasil. É notória a influência do direito público francês, alemão e italiano nos livros de direito constitucional produzidos no país. Foram e são especialmente lidos, não como fonte histórica que já se produziu no campo do direito público, mas como celebrada fonte doutrinária atual de direito constitucional: os franceses Prélot, Duguit, Malberg e Hauriou; os alemães Laband, Anschütz, Heller, Kelsen, Schmitte e Jellinek; e os italianos Santi Romano, Biscaretti di Ruffia, Ranelletti, Mortari, Crisafulli e Virga. (KAUFMANN, 2011, p. 164).

Após a definição dos fundamentos originais da “reserva do possível”, apresenta-se a teoria da reserva do possível sob o ângulo que a doutrina e a jurisprudência brasileira elegeram como o mais adequado para a realidade e as dificuldades enfrentadas pelo Brasil no campo da efetivação dos direitos sociais, isto é, em uma perspectiva eminentemente econômica.

A teoria da reserva do possível parte da premissa relacionada ao custo financeiro e material gerado pelo direito social pleiteado, em que as prestações decorrentes com a implementação desses direitos por parte do Estado dependem dos recursos públicos disponíveis e da devida aprovação determinada anteriormente. Consubstancialmente, a teoria da reserva do possível busca manutenção da saúde financeira estatal, no intuito de preservar e resguardar o poder financeiro e material nas demais obrigações estatais, isto é, a atuação do Estado deve ser condicionada de forma diligente no cumprimento e concretização dos direitos sociais. Frise-se, não se trata de uma simples limitação ou da preterida cláusula de barreira que, em análise política social venham a conter os avanços alcançados pelo fortalecimento cada vez mais incisivo que o provimento de direitos sociais proporciona, mas, sim, da adoção de um regime sustentável que fornece segurança e equilíbrio para o desenvolvimento dos direitos sociais enquanto sistema forte e tendente a completude.

A teoria da reserva do possível tem uma finalidade de salvaguardar ao poder público a capacidade de recusar a efetivação de um direito social quando provado e fundamentada a impossibilidade de recursos e os prejuízos que podem ser causados com a exigência excessiva.

Observa-se que a finalidade é de resguardar ao poder público o dever de prestar apenas o que lhe é possível e sendo ultrapassados os limites, a prestação de outros direitos pode ser colocada em risco, motivo pelo qual poderá rejeitar a efetivação do direito social pleiteado.

Com o desenvolvimento da sociedade impulsionado pelas conquistas pulsantes dos direitos fundamentais como núcleo essencial para satisfazer os requisitos que colaborem por uma vida digna do ser humano surge uma nova visão da dogmática jurídica também com relação aos direitos sociais. A expressão “mínimo existencial” veio como uma pedra fundante para uma nova Teoria dos Direitos Sociais, em que se deve observar um mínimo de garantia, um mínimo de atuação, um mínimo de proteção que venha possibilitar que o ser humano se desenvolva de forma adequadamente digna dentro da sociedade e retirando, assim, o Estado de uma posição quase letárgica para uma atuação ativa democrática, isto é, todos os componentes de dada sociedade possuem odireito ao livre desenvolvimento digno.

A expressão originou-se em uma decisão do Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, em que um cidadão alemão contestava a falta de vagas no ensino superior, alegando que a educação consistia no mínimo vital para o ser humano atingir uma vida digna e concretizar sua cidadania.

A previsão constitucional da garantia do núcleo essencial no artigo 19, §2º da lei fundamental alemã observa que os direitos fundamentais podem ser restringidos desde que não venha a ser afetado o seu conteúdo essencial, isto é, o seu núcleo intangível de proteção. (OLSEN, 2011, p. 149).

A questão econômica passa a ser o coração dos direitos sociais, entretanto grande parte da doutrina não concorda com a afirmação de que a reserva do possível ser tornou elemento dos direitos fundamentais, uma vez que isso deflagra os preceitos constitucionais violando os direitos dos cidadãos, ainda mais sobre o prisma de que o Estado utiliza este argumento para se eximir de sua responsabilidade prestacional.

Sarlet (2007 p. 191) relata: O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção estatal e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.

Assim, o cidadão está à mercê da disposição financeira do Estado para realização de seus direitos, mas, em contrapartida, ao menos na teoria, esta afirmação não retira do Estado a responsabilidade de se organizar e promover a vida digna de sua sociedade. Significa dizer de forma mais ponderada que, a efetividade dos direitos sociais depende da soma de dois aspectos, quais sejam, recursos financeiros e uma boa atuação do poder público.

Assim, o Estado deve estar voltado a realizar o máximo possível, mas esse máximo será definido pelo próprio ente dentro de seu planejamento. No caso de uma demanda judicial, o Poder Público deve comprovar a insuficiência de recursos e que tal encargo acarretará mais danos do que vantagens, justificando fundamentadamente o motivo para não efetivação do direito social, cabendo ao juiz a decisão mais acertada.

Nesse diapasão, Olsen (2011 p. 188) relata sobre a definição da norma a partir do critério disponibilidade e escassez de recursos: A reserva do possível diria respeito justamente à apreciação desta escassez como condição de possibilidade de reconhecimento do direito; se for possível deduzir a viabilidade prática do âmbito normativo do direito, então se pode falar em direito subjetivo exigível do Estado; se não for possível fazê-lo, a pretensão não estaria dentro do âmbito normativo e, por esta razão, não gozaria de proteção jurídica.

## 1.2 O direito comparado e o mínimo vital

Já a teoria do mínimo vital possui estreita relação com a concretização dos direitos sociais que devem circundar a esfera de desenvolvimento social dos indivíduos, em que cabe ao Estado, o encargo de garantir e promover um mínimo existencial aos indivíduos de sua sociedade, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Impõe destacar que a garantia do núcleo essencial surgiu na Alemanha em um momento na qual a Constituição local não previa o controle de constitucionalidade, de modo que o Brasil importou essa teoria procurando identificá-la com o ordenamento jurídico pátrio, uma vez que é previsto expressamente na CF/88 meios de controle de constitucionalidade.

Com efeito, o mínimo vital é associado ao princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que este seja decorrente de outros princípios constitucionais, por este motivo, poder-se-á afirmar que deve existir um respeito a um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna, não se admitindo a sua violação, isto é, a sua esfera de proteção sobrepõe-se a qualquer outro interesse, em que se alicerça sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana. Vale ressaltar, que não há uma definição ou um conteúdo específico que seja objeto do mínimo vital, mas deslumbra-se nos estudos doutrinários especializados a existência de três direitos básicos que devem permear a sua composição: saúde, educação e moradia.

Destarte, o mínimo existencial se relaciona ao conjunto de direitos que cerca o indivíduo dentro da sociedade, em que a potencialização do núcleo mínimo dos direitos à saúde, educação e moradia colaboram de forma determinante na preservação e na

manutenção material e digna no desenvolvimento de uma vida saudável e permeada por uma instrução digna de forma equânime dentro de todas as classes que compõem uma dada sociedade. Também garantindo uma vida garantida em uma habitação adequada, que favorecerá na implantação e na possibilidade do ser humano usufruir dos demais direitos fundamentais celebrados e encartados nos textos constitucionais, ou seja, as necessidades mínimas do indivíduo, que só por tê-lo e para preservá-las deve-se observar a cada pessoa para assegurar uma vida digna, saudável e longa.

O mínimo existencial, em essência, visa garantir e ofertar um leque de oportunidades para que todos os indivíduos componentes da sociedade possam se autodeterminar na busca de uma vida digna, isto é, a tríade saúde, educação e moradia fornecem as ferramentas básicas para o desenvolvimento de uma sociedade digna para o enfrentamento das desigualdades sociais. Portanto, a defesa do mínimo existencial repercute diretamente na transposição do princípio constitucional da igualdade formal para o da igualdade material.

Fachin (2006, p. 43) descreve: “A noção de patrimônio, embora sua definição não esteja pacificada, diz respeito a um conjunto de direitos, relações ou bens que sejam aferíveis em pecúnia, ou seja, tenham valor de troca.”

A doutrina majoritária brasileira entende que em torno da dignidade humana gravitam os direitos fundamentais e afirmam que o mínimo existencial seria o núcleo da dignidade humana, sendo um núcleo intangível, que só se efetiva tendo bens materiais mínimos aos indivíduos. A Constituição Federal brasileira inspirou-se nas teorizações alemãs quanto à teoria reserva do possível, as discussões da garantia de um núcleo essencial dos direitos fundamentais, pretendendo concretizar o princípio da dignidade humana.

Nunes Júnior (2009, p. 71) cita, a título de exemplos, as disposições constitucionais que evidenciam a adoção do mínimo existencial: (...) primeiro, a indicação da cidadania como fundamento do Estado (art. 1º, III); segundo, a previsão da erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades sociais como objetivo do Estado (art. 3º, III); terceiro, a identificação de que nossa ordem econômica, calcada na propriedade privada e na livre iniciativa, deve ter por objetivo propiciar dignidade a todos, segundo os ditames da justiça social.

Nesse contexto, a doutrina entende que o Estado Democrático brasileiro está orientado a realizar o mínimo vital dos direitos dos cidadãos, e que este vem se consolidando em nosso ordenamento, revelando-se de grande utilidade, uma vez que os direitos sociais são carentes de determinação.

Importa ressaltar que o Brasil adota a teoria relativa do núcleo essencial que

advém da teoria subjetiva do conteúdo essencial. No caso da teoria subjetiva, o direito fundamental é relacionado e analisado quanto ao seu titular, diferentemente do que dispõe a teoria objetiva, compreendendo toda a sociedade. Partindo da teoria subjetiva, temos a teoria relativa do núcleo essencial, bem como, a teoria absoluta.

Com a adoção da teoria relativa do núcleo essencial que, segundo Olsen(2011 p. 150) “prega que o núcleo essencial de um direito fundamental é aquele resultante de uma preponderação pela proporcionalidade” deslumbra-se, assim, sua relação direta com o princípio da proporcionalidade que expõe duas funções insculpidas dentro do mínimo vital, quais sejam: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e critério para solução de conflitos constitucionais. Ressalta-se que, como critério de solução de conflitos, a proporcionalidade deve ser compreendida como proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente.

Vírgilio Afonso da Silva (2010, p. 522), esclarece que a utilização da proporcionalidade consiste em prática desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão:

A integração mediante a migração de critérios interpretativos. Há muito tempo, a ideia de proporcionalidade (com seus testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) tem sido um critério adotado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Mas essa ideia - esse critério interpretativo - migrou para outros países e outros tribunais nacionais. O exemplo inglês talvez seja o mais emblemático. Durante décadas, os tribunais ingleses aplicaram o critério da irrazoabilidade, desenvolvido na decisão *Wednesbury*, de 1948. Nos últimos anos, contudo, cada vez mais a proporcionalidade tem sido aplicada também pelos juízes ingleses. 31 A migração, nesse caso, foi indireta, já que intermediada pela jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos. A proporcionalidade primeiro migrou da Alemanha para a Corte Européia e, após a entrada em vigor do *Human Rights Act* na Inglaterra, continuou seu caminho em direção à jurisprudência dos tribunais ingleses. Se é possível afirmar que, em uma dada região, quanto mais os tribunais constitucionais empregam os mesmos critérios interpretativos, tanto maior será a integração jurídica entre eles - e parece-me que é possível afirmar isso - então a migração de ideias constitucionais pode ter um papel importantíssimo na integração jurídica dessa região, porque, mesmo que não haja muita legislação comum ou instituições comuns, os tribunais (e os ordenamentos jurídicos como um todo) aproximam-se por meio de uma aproximação no discurso jurídico. A mim me parece ser possível afirmar que isso é integração, uma integração por meio daquilo que alguns autores chamam de "discurso entre tribunais", ou seja, de uma "conversação ou um diálogo entre tribunais"

Olsen (2011 p. 150) disserta sobre a adoção da teoria relativa do núcleo essencial como consistindo na intervenção do núcleo essencial do direito fundamental que se justifica em virtude da dimensão de peso dos princípios fundamentais em conflito, isto é, em um determinado caso concreto, o núcleo essencial pode estar totalmente

protegido, em outros, pode sofrer uma série de mitigações em virtude do peso do outro princípio, podendo, inclusive, restar-se praticamente anulado. É certo que em se tratando de direitos fundamentais, far-se-á necessário que o fundamento para a ocorrência de medidas interventivas no núcleo essencial obedeça a critérios permeados pela racionalidade.

Com efeito, a adoção da teoria do mínimo vital representa para o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a falta de determinação das normas de direitos sociais, constituindo um mecanismo indispensável para efetivação dos direitos fundamentais sociais, garantindo aceitação e também limitação, com aplicação conjunta do princípio da proporcionalidade.

A Teoria da Reserva do Possível dispõe sobre a necessidade de recursos financeiros disponíveis e aprovados por lei orçamentária para efetivação dos direitos sociais, e em contrapartida, a Teoria do Mínimo Vital institui um núcleo intangível de direitos sociais básicos e necessários para a sobrevivência do indivíduo.

Antes de relativizar a teoria da reserva do possível com o mínimo vital, é necessário lembrar a relação deste último com os direitos sociais. Todos dos direitos sociais estão voltados à concretização da dignidade da pessoa humana, ou melhor, os direitos sociais conferem materialidade ao princípio da dignidade da pessoa humana e diante da dificuldade de exercício dos direitos sociais, procura-se proteger o chamado núcleo essencial dos direitos como uma porcentagem essencial do direito, sem a qual o cidadão não vive dignamente.

Entretanto, em alguns direitos sociais, o núcleo essencial é notável, enquanto em outros é mais difícil de ser identificado, como no caso do direito fundamental à participação nos lucros do empregador.

Olsen (2011, p. 319) define que o núcleo essencial corresponde à porção característica do direito oriunda da ponderação de princípios, interesses e bens jurídicos em conflito, a partir do postulado da proporcionalidade. Este núcleo pode ser identificado através de uma extensa carga argumentativa, que obriga o intérprete e o legislador a apresentar racionalmente a identificação de um núcleo intangível do direito fundamental social para determinado caso concreto.

É bem verdade que o poder público, antes de instituir qualquer benefício ou serviço, planeja a forma de custeio dos mesmos, e se existem fontes para custeá-los. Nesse sentido, é certo que, de alguma forma, já existe uma certa restrição aos direitos, mas, de todo modo, a Teoria da Reserva do Possível não pode se apresentar como um obstáculo à realização do Mínimo Existencial, uma vez que a prevalência da segurança orçamentária não pode afetar de forma crucial o mínimo para o ser humano sobreviver.

Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade humana, de

forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira subsistência; também a ponderação tem limites. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Nunes Junior (2009, p; 175) discorre sobre a aplicação da Teoria da Reserva do Possível sobre a observância de três requisitos: primeiro, a de que o mínimo vital esteja satisfeito (acesso à saúde, educação básica etc.); segundo, a de que o Estado comprove gestões significativas para a realização do direito social reclamado e terceiro, a avaliação de razoabilidade da demanda.

É importante frisar que o Estado deve, necessariamente, atender ao princípio da eficiência em toda prestação de serviço, buscando alcançar assim o melhor resultado possível realizado de forma célere, almejando a perfeição e saldos positivos, coibindo o desperdício de dinheiro, a indolência e a falta de qualidade.

Coelho (2010, p. 835) aponta a ineficiência no cumprimento das políticas estabelecidas como motivo para judicialização dos direitos sociais,

principalmente no direito à saúde: Após ouvir os depoimentos prestados em Audiência Pública por representantes dos diversos setores envolvidos com a questão, restou clara a necessidade de redimensionar a questão da judicialização dos direitos sociais no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre tendo em vista uma omissão (legislativa) absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas em razão de uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas.

É inegável admitir que os próprios poderes do Estado se confrontem nos seus objetivos, uma vez que o Judiciário determina de forma clara os direitos a serem cumpridos pelo legislativo e executivo, enquanto estes se recusam ao cumprimento das determinações de maneira procrastinatória.

De outra banda, é inegável que não só os direitos sociais são consolidados pela Constituição Federal, sendo pacífico o seu atendimento nas decisões do colegiado, como também está sedimentado nas jurisprudências o mínimo existencial de maneira a ser inaceitável o retrocesso.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é pacífico quando se trata de direitos sociais e do mínimo existencial:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil

representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e

unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importarem descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "Reserva do Possível". Doutrina.(RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIPv. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290)

Nesse sentido, quando se tratar de direitos sociais e do mínimo existencial já consubstanciado no ordenamento brasileiro, não cabe à administração pública optar por realizá-lo ou não, inexistente o critério de escolha, a atitude correta e pertinente é implantá-los imediatamente quando suscitados.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se repete uniformemente para todos os direitos sociais previstos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATO. NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA

DA AÇÃO. 1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 3768, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10- 2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-04 PP-00597 RTJ VOL-00202-03 PP-01096)

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O uso do direito comparado consistem em realizar uma incursão do significado que permeia a importância do empréstimo de fontes estrangeiras que buscam fazer justiça social, especialmente com relação aos direitos sociais, pois somente foram conquistadas com o desenvolvimento e o aprimoramento que a promoção desses direitos passou de eminentemente formalista para o plano material, como por exemplo a consolidação da teoria do mínimo vital, da teoria do reserva do possível, a aplicação dos direitos fundamentais imbuídas pela efetividade e não apenas como vetores a serem seguidos pelo poder estatal. E o direito comparado com o transplantes de normas jurídicas permitiu que os avanços alcançados na matéria social emergissem em diferentes partes do globo, em diferentes culturas, em diferentes realidades, possibilitando o compartilhamento das experiências de materialização de justiça social. O intercâmbio legislativo e de teorias sobre direitos sociais repercutiu dentro do Estado Constitucional, em que o Poder Judiciário com o seu protagonismo vem alterando a realidade social e concedendo efetividade a um grande número de direitos que até então estavam quase que camuflados, de forma letárgica dentro do texto constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005

BARRETO, W. de P. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Coordenada por Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. I, p. 99.

BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução Humberto Laport de Mello. – 3. reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BITTAR, C. A. **Os direitos da personalidade**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

BITTAR, C. A. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BITTAR, C. A. **Direito civil constitucional**. 3. ed. rev. atual. da 2ª edição da obra O direito civil na constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988:** Conteúdo Jurídico das Expressões. 1 Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, J.J.G; CORREIA, M.O.G; CORREIA, E.P.B. **Direitos Fundamentais Sociais.** São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico Patrimônio Mínimo.** 2 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAES, Rodrigo César de. **A Dignidade e Seguridade Social. Visão Jurídica,** São Paulo, n. 407, p. 36-40, 2010.

NOVAES, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra maioria.** São Paulo: Almedina, 2015.

NOVAES, Jorge Reis. **Direitos Sociais.** São Paulo: Almedina, 2015. NUNES

JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988:** Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais:** Efetividade Frente à Reserva do Possível. 3 Ed. Curitiba: Juruá, 2011.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos e Garantias Fundamentais.** 1.ed.. Curitiba, InterSaberes, 2021.