

A MIGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DO POSSÍVEL ENTRE A ALEMANHA E O BRASIL

*THE CONSTITUTIONAL MIGRATION OF “VORBEHALT DES MÖGLICHEN” FROM
GERMANY TO BRAZIL*

Matheus Gomes Setti

Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná.
E-mail: gomes.setti@gmail.com

Melina Girardi Fachin

Doutora em Direito Constitucional pela PUC-SP. Visiting researcher da Harvard Law School.
Professora do Departamento de Direito do Estado da Universidade Federal do Paraná.
E-mail: melinafachin@gmail.com

Recebido em: 10/06/2022
Aprovado em: 06//03/2023

RESUMO: Embora a reserva do possível já seja conhecida no direito pátrio há muitos anos, ainda não se conseguiu encontrar limites e parâmetros para a sua aplicação. Com vistas a contribuir, de alguma forma, à problematização, o presente trabalho se propõe a analisar as principais diferenças do conceito da reserva do possível em sua versão alemã, onde se originou, e brasileira. Para tanto, partirá dos estudos de direito constitucional comparado, sobretudo relativos à migração de ideias constitucionais, e utilizará o método de revisão bibliográfica de ambos os países, em português e alemão, sem pretensão exauriente. Será traçado um panorama do ordenamento alemão relativo aos direitos fundamentais e sociais – que lá não são dotados de fundamentalidade –, bem como exploradas as principais formulações germânicas acerca do mínimo existencial e da reserva do possível. Ao final, verificará que há de fato divergências essenciais entre os institutos, as quais derivam principalmente do sistema constitucional de direitos fundamentais e das formas de proteção à dignidade humana.

Palavras-chave: Reserva do possível. Mínimo existencial. Vorbehalt des Möglichen. Direito comparado. Migrações constitucionais. Direitos sociais.

ABSTRACT: Despite the German concept of Vorbehalt des Möglichen to limit ESC rights being already long known in Brazil, scholars are yet to determine its limits and define the parameters of its use. Aiming to somehow contribute to solving this issue, this paper seeks to analyze the main differences between the German version of the concept, where it originated, and the Brazilian one. For this purpose, we will derive from the comparative constitutional law studies, with an emphasis on the migration of constitutional ideas. The chosen method is limited to bibliographical research from both countries, in Portuguese and English. The work will draw an overview of the German fundamental and social rights system – in which the latter do not bear fundamentality –, as well as

explore the main German theories regarding the concept of minimum core and ESC rights limitations. Finally, it will conclude that there are in fact several fundamental differences between the institutes, which originate chiefly from the constitutional system of fundamental rights and the methods of human dignity protection.

Keywords: Minimum core. Social Rights. Comparative Constitutional Law. Vorbehalt des Möglichen.

SUMÁRIO: Introdução. 1 De *Vorbehalt des Möglichen* para Reserva do Possível: A origem germânica. 2 A migração: O conceito da reserva do possível no Brasil. 3 A reserva do possível: Aqui e acolá. Conclusões. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O conceito da reserva do possível surgiu há algumas décadas na Alemanha, sob a denominação *Vorbehalt des Möglichen*, por meio de uma formulação da Corte Constitucional, no célebre julgamento do *numerus clausus*. Na ocasião, ela entendeu que os direitos prestacionais face ao Estado estão limitados “àquilo que o cidadão pode razoavelmente exigir da sociedade”. Noutro momento, mais recentemente, consignou-se que essa restrição não poderia ser aplicada ao chamado mínimo existencial (*Existenzminimum*), que compõe o núcleo básico para uma vida de acordo com a dignidade humana.

Ambos os institutos foram adotados pelos juristas brasileiros e são hodiernamente utilizados, tanto em trabalhos doutrinários, como na praxe jurisdicional. Esse fenômeno – a transposição de uma formulação jurídica de um sistema nacional para outro – vem recebendo diversos títulos dos estudiosos do direito constitucional comparado, tais como empréstimos ou transplantes constitucionais¹, “irritações” legais² e, talvez mais adequadamente, migrações de ideias constitucionais.³

É certo que, nesse processo “migratório”, o conceito inicial sofre todo tipo de adaptações para se adequar ao seu novo *habitat*. Ao final, torna-se algo diverso. Ligado à ideia original, mas diferente em aspectos relevantes, os quais merecem sempre estudo, até para que visões simplistas não impeçam a sua devida compreensão.⁴

É também o caso da reserva do possível no Brasil. Cumpre questionar quais são as diferenças entre ela e o original *Vorbehalt des Möglichen*. Em primeiro lugar, para entender qual a sua razão de ser no nosso ordenamento – o que viabiliza uma análise mais crítica sobre o tema. Em segundo, para evitar que lições estrangeiras sobre o tópico sejam adotadas sem maiores ressalvas em nosso contexto quando, em verdade, não se adequam à sua *versão brasileira*.⁵

¹ WATSON, Allan. *Legal transplants: an approach to comparative law*, Ed. 2. Athens (US): University of Georgia Press, 1992.

² TEUBNER, Günther. *Legal irritants: good faith in british law or how unifying law ends up in new divergences*. The Modern Law Review (MLR 61:1), Oxford, 1998. p. 12.

³ SCHEPPELE, Kim Lane. *Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models*. I.CON, v. 1, n. 2, Oxford University Press and New York School of Law, 2003. p. 296.

⁴ Cf. LEGRAND, Pierre. *The impossibility of legal transplants*. Journal of European and Comparative Law, MJ 4, 111, Maastricht, 1997. CHOUDHRY, Sujit. *Migration as a new metaphor in constitutional law*. In: _____. The migration of constitutional ideas. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. FRANKENBERG, Günter. *Constitutional transfer: the IKEA theory revisited*. I.CON, v. 8, n. 3, Oxford University Press, 2010.

⁵ Cf. KRELL, Andreas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n.º 144, out-dez 1999. p. 239-260.

Preliminarmente, já importa mencionar que a Constituição de Bonn não positivou um rol de direitos sociais, os quais não são dotados de jusfundamentalidade no ordenamento alemão. Tal decisão – tomada em virtude de particularidades históricas e sociopolíticas germânicas⁶ –, por si só, há de levar a relevantes diferenças em todo o sistema de proteção e garantia dos direitos fundamentais com relação ao Brasil. Afinal, como se sabe, a nossa Constituição positivou amplo rol de direitos fundamentais sociais em seu artigo 6º.

Além disso, os alemães dividem esses direitos fundamentais entre aqueles de liberdade (*Freiheit*) e os de participação social (*Teilhabe*), conferindo tratamento muito diverso a cada espécie.⁷ A ordem brasileira – a despeito de vozes esparsas em contrário⁸ – não aceita mais uma divisão desse grau entre os diferentes tipos de direitos fundamentais. Vigê o entendimento de que devem ser tratados de forma relativamente igual.⁹

Ademais, a teoria germânica faz uma divisão forte entre o mínimo existencial fisiológico e o sociocultural¹⁰ – o que os diferencia inclusive quanto à possibilidade de judicialização – que parece não existir em intensidade semelhante no Brasil.

A presente discussão ainda possui potencial muito fértil. Embora muito já se tenha discutido sobre a reserva do possível, são escassas as efetivas conclusões sobre o tema. Os critérios e limites de sua aplicação permanecem incertos. Por isso, uma comparação mais aprofundada com o sistema germânico pode fornecer maiores balizas conceituais para a delimitação do tópico – tanto sobre o que ele é ou deve ser, quanto ao que não é ou não deve ser.

Diante disso, o presente trabalho tem por finalidade investigar as diferenças entre o conceito alemão e brasileiro de reserva do possível, partindo dessas divergências essenciais. Para tanto, partirá de uma perspectiva do direito constitucional comparado, em especial a análise de migrações constitucionais. A estudo se dará por meio de revisão bibliográfica, com intenso foco na análise doutrinária de ambos os países, em português e alemão, sem pretensão de exaurimento do tópico.

Com isso, esperamos lançar uma luz sobre as principais diferenças entre os conceitos utilizados em ambos os países e, assim, impedir que se adote uma visão reducionista sobre eles, a qual deixe de considerar seus meandros e complexidades.

1 DE VORBEHALT DES MÖGLICHEN PARA RESERVA DO POSSÍVEL: A ORIGEM GERMÂNICA

No presente capítulo, abordaremos o entendimento do *Vorbehalt des Möglichen* no cenário germânico. Para esse objetivo, iniciaremos expondo as linhas mestras do sistema de direitos fundamentais e sociais no ordenamento alemão, momento em que também delimitaremos sua área de incidência, a partir do conceito tedesco de mínimo existencial. Depois, faremos um breve resumo do julgamento do *numerus clausus* pela *Bundesverfassungsgericht* e de suas consequências

⁶ MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 9. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2011. p. 588-589; ZACHER, Hans. *Soziale Grundrechte und Teilhaberechte*. Menschenrechte - Ihre Geltung Heute. Berlin: Colloquium Verlag, 1982. p. 114-115.

⁷ EPPING, Volker. *Grundrechte*. Ed. 8. Berlin: Springer Verlag, 2019. p. 7.

⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, 1989.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Ed. 8. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; FACHIN, Melina Girardi. *Direito humano ao desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação*. Tese (doutorado em direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. p. 74; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Ed. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

¹⁰ Cf. NEUMANN, Volker. Menschenwürde und Existenzminimum. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Berlin, 1995; SORIA, José Martinez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter europäischem und innerstaatlichen Druck. *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, Berlin, n. 43, 2006.

para o sistema vigente. Em seguida, estudaremos o conceito da reserva, em seus vários tipos, funcionalidades e pressupostos.

Em 1972, a Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*), no julgamento intitulado *numerus clausus*¹¹, estabeleceu que os direitos a prestações estatais seriam limitados a “aquilo que o cidadão pode razoavelmente exigir da sociedade”, tendo em vista os demais objetivos do Estado e o seu equilíbrio jurídico-financeiro.

Para entender melhor o que essa decisão significou, é necessário primeiro contextualizar o sistema de direitos fundamentais no âmbito da Lei Básica alemã (*Grundgesetz*), o que se fará a partir da doutrina germânica, sem pretensão de exaurir o tema, mas apenas abordar os aspectos mais relevantes à presente discussão.

Como se sabe, a Constituição de Weimar havia previsto um extenso rol de direitos fundamentais sociais, até então praticamente desconhecidos nas legislações positivas.¹² Entretanto, o Estado falhou de forma retumbante em concretizar essas promessas, o que levou a um descrédito generalizado da ordem constitucional – o qual, por sua vez, é visto como um dos fatores que contribuíram para a ascensão do nazismo.¹³

Diante disso, o constituinte de Bonn decidiu, expressa e conscientemente¹⁴, por deixar esses direitos de fora da Constituição de 1949, para possibilitar ao Legislador determinar a sua abrangência de forma mais flexível, evitando que novas crises viessem desestabilizar a ordem jurídico-política outra vez.¹⁵ Assim, a Carta previu, majoritariamente, apenas direitos fundamentais clássicos do Estado liberal e condensou o seu compromisso social na cláusula do Estado social.¹⁶

Sobre o tema, esclarece Dietrich Musrwiek:

“O destino dos direitos sociais na Constituição de Weimar não incentivou a sua reprodução posteriormente: eles restaram promessas descumpridas. Quando a Constituição prometia um direito ao trabalho – ainda que como mero objetivo estatal – então a necessidade e o pavor da multidão de desempregados não levavam apenas à descrença da política, mas da própria ordem constitucional.

[...]

A rejeição da Constituição de Bonn aos direitos sociais não significa uma rejeição das ideias que os fundamentam. Esta é contida na cláusula do Estado Social. A decisão contra a inclusão dos direitos sociais se remete muito mais ao reconhecimento de que as prestações sociais não podem ser garantidas aos cidadãos da mesma forma que os direitos de liberdade, e que a sua normatização constitucional apesar do risco de falha é alheia à realidade.”¹⁷

Nesse passo, entende-se que os direitos se dividem entre os de liberdade (*Freiheit*) e os de participação (*Teilhabe*), que são as principais formas de interação entre o indivíduo e o Estado contemporâneo.¹⁸ *Freiheit* se refere aos direitos fundamentais de primeira dimensão e impõe a abstenção estatal face a determinadas condutas e posições individuais. *Teilhabe*, de seu lado,

¹¹ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht, 33, 303, 1972.

¹² ZACHER, Hans. *Soziale Grundrechte und Teilhaberechte*. Menschenrechte - Ihre Geltung Heute. Berlin: Colloquium Verlag, 1982. p. 114-115.

¹³ MURSWIEK, op cit, p. 588-589.

¹⁴ Cf. SORIA, José Martinez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter europäischem und innerstaatlichen Druck. *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, Berlin, n. 43, 2006. p. 2.

¹⁵ MURSWIEK, op cit. p. 588-590.

¹⁶ ZACHER, 1982, p. 115.

¹⁷ MURSWIEK, op cit, p. 588-590.

¹⁸ Ibid. p. 573.

garante a participação do cidadão em seu entorno econômico e sociocultural.¹⁹ Ela expressa o objetivo basilar do Estado social da divisão justa das riquezas.²⁰

Em sentido amplo, a *Teilhabe* confere direito ao acesso a órgãos públicos, à ação judicial, em conjunto com o devido processo legal, ao voto, e à proteção jurídica e policial, por exemplo. Com base na classificação de Georg Jellinek²¹, Murswiek afirma que esses são os *status activus* e *positivus libertatis* do direito.²²

Em sentido estrito – *status positivus socialis*²³ – trata-se de um direito a uma prestação estatal, visando a melhorar a condição de vida do indivíduo, possibilitar-lhe a participação na produção e o acesso a uma parte das riquezas sociais.²⁴ Desta forma, pode se consubstanciar em prestações pecuniárias, de transferência de capital, como o seguro social. Além disso, pode ter por finalidade proporcionar meios de subsistência, como água, luz, gás, tratamento médico. Outra feição, ainda, é a possibilidade de uso de bens públicos, como frequências de rádio, ruas e parques.²⁵

O direito a esses diferentes tipos de prestações pode, ademais, ser derivado ou originário. Na primeira acepção, trata-se do direito ao acesso a políticas públicas já existentes e regulamentadas em lei, como ao ensino superior estatal ou a determinado benefício social. Essa face se baseia, principalmente, no direito à isonomia (*Gleichheitrecht*). Aqui há pouca discricionariedade quanto à forma de concretização do exigido: ela já foi prevista em lei e já é fornecida a outros. O objeto, então, é apenas a inclusão ou não do demandante entre os beneficiados.²⁶

De outro lado, a *Teilhabe* originária provém diretamente de alguma previsão constitucional. Com maior frequência, ela se expressa na prestação de segurança contra violações de direitos fundamentais por terceiros.²⁷ Nesse ponto, Hans Carl Nipperdey explica que os direitos fundamentais, além de possuírem a chamada eficácia mediata – por meio da qual condicionam a edição das leis do direito privado, interpretação dos negócios jurídicos, entre outros – podem ser dotados de uma eficácia imediata, aplicando-se diretamente às relações interprivadas. O particular pode, assim, exigir também de outro na mesma condição o respeito a esses direitos básicos.²⁸

Entretanto, passou-se a admitir – não sem muitas opiniões em contrário – que a *Teilhabe* originária também conferiria, em casos muitos específicos, prestações materiais para garantir o mínimo existencial dos cidadãos. Mesmo adotando-se essa concepção, reconhece-se que aqui haveria uma discricionariedade muito maior para a Administração Pública e o Legislador decidirem como um tal direito seria propiciado.²⁹

Explica Volker Epping:

“Como direitos prestacionais originários, ou seja, como direito a uma determinada prestação estatal, os direitos fundamentais têm diversos efeitos: mais significativa na prática é a exigência de garantia de proteção contra-ataques de terceiros (direitos fundamentais como direitos de proteção). Essa proteção pode se dar por

¹⁹ Ibid, p. 570.

²⁰ ZACHER, Hans. Das soziale Staatsziel. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 1. Heidelberg: CF Müller Verlag, 1987.

²¹ JELLINEK, George. *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

²² MURSWIEK, op cit. p. 574.

²³ Ibid, p. 574.

²⁴ Ibid. p. 578.

²⁵ Ibid. p. 579.

²⁶ EPPING, op cit, p. 7.

²⁷ Ibid. p. 7.

²⁸ NIPPERDEY, Hans Carl. ALVES, Waldir (trad.). Direitos fundamentais e direito privado. In: DÜRIG, Günter; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen; HECK, Luís Afonso (org.). *Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2011. p. 59-60.

²⁹ Ibid. p. 6-7.

diversos mecanismos processuais (direitos fundamentais como direito ao devido processo legal). Em casos excepcionais muito específicos, os direitos de liberdade podem conferir pretensão a uma prestação estatal concreta, por exemplo, em dinheiro, que o Estado até então não fornecia a mais ninguém (direito ao mínimo existencial). [...]

Todos os direitos prestacionais originários têm em comum a instituição de uma obrigação ao Estado e um correspondente direito subjetivo do particular. Para o cumprimento desse dever, a Administração tem novamente um espaço de discricionariedade. Uma violação ao dever prestacional, portanto, só pode ser reconhecida quando o direito à prestação ou à proteção derivados do direito fundamental forem evidentemente desatendidos ou atendidos insatisfatoriamente (*Untermassverbot*). Ainda mais raro seria uma condenação do Estado a uma determinada prestação concreta. Apenas quando essa prestação específica for a única forma por meio da qual um direito fundamental possa ser exercido.”³⁰

É esse um dos aspectos de maior relevância para a discussão sobre a *Vorbehalt des Möglichen*: existe um direito originário de *Teilhabe* para garantir acesso às condições das quais depende a capacidade de usufruto da *Freiheit*? Mesmo em se tratando de participação derivada, como proceder quando os recursos simplesmente são insuficientes para atender a todos?

Com efeito, não é nova a constatação de que o direito à liberdade formal, típico do Estado liberal, frequentemente falha em garantir uma liberdade material verdadeira. Afinal, a autodeterminação por vezes esbarra em limitações fáticas, as quais podem ser tão relevantes, que a capacidade de escolha acaba por ser reduzida a quase nada.³¹ Isaiah Berlin destaca que a liberdade não se confunde com as condições para o seu exercício, mas, sem estas, aquela corre o risco de se tornar virtualmente inútil.³²

Nesse passo, alguns entendem que, em face do direito fundamental à liberdade previsto na Constituição, o Estado tem o dever de garantir, ao menos, a fundação mínima para que ela possa ser exercida.³³ Os direitos fundamentais, então, passam a requerer ações estatais que garantam pelo menos os pressupostos básicos de sua existência, sob pena de que eles se esvaziem de seu conteúdo.³⁴ A *Freiheit*, dessa forma, seria conquistada por meio da *Teilhabe*.³⁵

Esses pressupostos básicos podem, geralmente, ser compreendidos como o mínimo existencial (*Existenzminimum*), o qual representa as condições mínimas para a garantia da dignidade humana. Häberle afirma "*horribile dictu*" que a concretização desta passa a ser, também, um dos objetivos do Estado constitucional.³⁶

Volker Neumann ressalta que a tarefa estatal não é a construção da dignidade, mas a garantia das condições de vida mínimas para que ela possa ser usufruída. Trata-se de colocar o indivíduo necessitado em uma posição na qual ele possa, por si mesmo, viver uma vida que reflita a dignidade que lhe é inerente, uma “ajuda à autoajuda” (*Hilfe zur Selbsthilfe*).³⁷

³⁰ EPPING, op cit, p. 6-7.

³¹ MURSWIEK, op cit. p. 581.

³² BERLIN, Isaiah. *Two concepts of freedom*. In: BERLIN, Isaiah. HARDY, Henry (org.). *Liberty: incorporating four essays on liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 46. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Cia. das Letras, 2010.

³³ PAPIER, Hans-Jürgen. *Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Grundrechte*. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen. *Handbuch des Grundrechts in Deutschland und Europa*. V. 3. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2009. p. 1013.

³⁴ KIRCHHOF, Paul. *Mittel Staatlichen Handeln*. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 5. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2007. p. 40-41.

³⁵ MURSWIEK, op cit, p. 582-583.

³⁶ HÄBERLE, Peter. *Menschenwürde als Grundlage der Staatlichen Gemeinschaft*. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 2. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2004. p. 356.

³⁷ NEUMANN, op cit, p. 7-8.

Esse mínimo pode, ademais, ser dividido em fisiológico e sociocultural. O primeiro – que é o núcleo duro do mínimo existencial – representa as condições necessárias para a própria existência (*Dasein*), a vida, tão somente. Nele se compreende a garantia, entre outros, de alimentação, saúde, vestuário e moradia.³⁸ A *Bundesverfassungsgericht* reconhece que ele advém diretamente da cláusula da dignidade humana prevista no artigo 1º, parágrafo 1º da Lei Básica.³⁹

O segundo, por sua vez, trata-se da aspiração a que o beneficiado possa viver em pé de igualdade com aqueles que não necessitam de ajuda governamental e usufruir, na medida do possível, das mesmas oportunidades.⁴⁰ De acordo com José Martínez Soria, a Corte Suprema entende que ele deriva da cláusula da dignidade humana em conjunto com a do Estado social (art. 20 GG).⁴¹

O conteúdo desses direitos deve ser definido no caso concreto, a depender das condições econômicas vigentes e da condição de vida média da população – sobretudo as suas camadas mais pobres. Assim, o mínimo existencial, principalmente o sociocultural, pode crescer, em um momento de economia forte, e diminuir em uma crise.⁴²

Sobre tudo isso, vale citar José Martínez Soria:

“Com facilidade, pode-se definir o cerne do mínimo existencial como a proteção à própria existência física: o necessitado, nesse sentido, é quem não tem acesso a alimentos, roupas, moradia e saúde necessários para a própria sobrevivência, tampouco os meios para obtê-los. Assim, o mínimo existencial, em seu núcleo, pode ser definido como o fisiologicamente necessário. [...]

O mínimo sociocultural, protegido tão somente pela cláusula do Estado Social, é mais difícil de ser definido que o fisiológico. O beneficiário da ajuda estatal não deve ser excluído do âmbito social. Ele deve poder viver em meio àqueles que não necessitam de ajuda, de modo similar a eles. Nesse sentido, o direito ao mínimo existencial se equipara a um direito à igualdade material. O parâmetro não deve ser as condições médias de vida de alguém com emprego regular, mas aqueles vigentes entre as classes com menor poder econômico”.⁴³

De particular relevância para a presente discussão, todavia, é a concepção de que a dimensão fisiológica confere um direito subjetivo originário ao recebimento da prestação estatal necessária para sua manutenção, o qual pode ser requerido judicialmente caso não atendido.⁴⁴ Em tese, ainda, não pode sofrer limitações com base em aspectos econômicos ou financeiros.⁴⁵

Por outro lado, a dimensão sociocultural tem a sua conformação dada pelo Legislador, nos limites por ele estabelecidos. Logo, não propicia um direito subjetivo, tampouco pode ser alvo de demanda judicial, salvo no âmbito de *Teilhabe* derivada.⁴⁶ Excepcionalmente, como visto, também se entende que pode fundamentar um direito prestacional quando essa integração sociocultural for substrato de algum outro direito fundamental.

Esse último ponto, entretanto, não é de maneira alguma unanimidade entre os juristas alemães. Primeiramente, é de se lembrar que o constituinte muito conscientemente decidiu por excluir os direitos sociais da *Grundgesetz*, como abordado acima. Além disso, autores influentes,

³⁸ SORIA, op cit, p. 10.

³⁹ Ibid. p. 10.

⁴⁰ NEUMANN, op cit. p. 9.

⁴¹ SORIA, op cit. p. 11.

⁴² NEUMANN, op cit. p. 10-13.

⁴³ SORIA, op cit. p. 10-11.

⁴⁴ Ibid. p. 12.

⁴⁵ MURSWIEK, op cit. p. 579; LEIJTEN, Ingrid. The German right to an Existenzminimum, human dignity, and the possibility of minimum core socioeconomic rights protection. German Law Journal, Frankfurt, n. 1, v. 16, 2015. p. 39.

⁴⁶ SORIA, op cit, p. 15.

como Dietrich Murswiek⁴⁷, Herbert Landau⁴⁸, Hans Zacher⁴⁹, entre outros, manifestaram-se veementemente contra essa solução, que retira do âmbito político – e, portanto, do democrático – decisões basilares quanto à destinação de recursos públicos e a priorização do desenvolvimento de determinadas atividades estatais.

É nesse cenário que o Tribunal Constitucional julgou o *numerus clausus*. A sua conclusão mais importante, à época, não foi a existência da reserva do possível, mas a de direitos de *Teilhabe* originários, quando estes forem essenciais para a garantia de algum direito fundamental previsto expressamente na Constituição.⁵⁰

Em resumo, a controvérsia versava sobre a possibilidade de universidades estabelecerem pré-requisitos e limitações para o ingresso em certos cursos. Em especial, a demanda para medicina estava crescendo exponencialmente e, mesmo com a duplicação das vagas nos 10 anos anteriores, estas eram insuficientes para a admissão de todos que desejavam participar do curso.

A Universidade de Munique e a de Hamburgo, então, criaram o sistema do *numerus clausus* – até hoje vigente –, que utiliza a nota da prova de conclusão do ensino médio alemão (*Abitur*) como parâmetro de “corte” para o ingresso nos cursos mais requisitados.

Diante disso, alguns pretensos alunos ajuizaram ações pleiteando a determinação de sua admissão a despeito dessas limitações, uma vez que elas seriam inconstitucionais por violarem o direito ao livre trabalho. Afinal, sem a faculdade de medicina, não é possível seguir a carreira médica.

Em vista da eventual inconstitucionalidade das normativas atacadas, as cortes de direito administrativo (*Verwaltungsgericht*) de Hamburgo e Munique suspenderam os feitos de origem e suscitaram a *Bundesverfassungsgericht* para que instaurasse processo de controle constitucional concreto (*Konkrete Normenkontrolle – BvL*), nos termos do artigo 100 da Lei Básica.

Tratava-se, pois, de verificar se o §17 da lei sobre a Universidade de Hamburgo (*Universitätsgesetz – UniG*) e o artigo 4º. da lei sobre a admissão para o ensino superior bávaro (*Gesetz über die Zulassung zu den bayerischen Hochschulen – GVBl*) eram ou não inconstitucionais. Com base nesse juízo, os tribunais regionais julgariam posteriormente as demandas originárias.

Nesse contexto, em um primeiro momento, a Corte precisava determinar se a pretensão dos autores poderia ser veiculada. Isso é, se algo similar a um direito social poderia ser pleiteado judicialmente. De acordo com os juízes, sim. Inicialmente, eles destacaram que “quanto mais o Estado moderno se ocupa da proteção social e do incentivo cultural dos cidadãos, mais surge na relação entre ambos, ao lado do postulado inicial dos direitos fundamentais de liberdade, uma exigência complementar de garantia de participação nas prestações estatais.”⁵¹

Dessa maneira, a *Bundesverfassungsgericht* entendeu que, quando o exercício de um direito fundamental de *Freiheit* dependa de certos pressupostos, sobretudo aqueles cuja prestação é quase ou inteiramente monopolizada pelo Estado, surge um dever deste de garantir a *Teilhabe* do cidadão nessas prestações e o correspondente direito de ação em caso de descumprimento, com fulcro no artigo 20 da Lei Básica.⁵²

O Tribunal reconheceu, portanto, que *em alguns casos excepcionais*, direitos sociais poderiam ser requeridos independentemente de conformação pelo Legislador, diretamente perante o Poder Judiciário. Foi para viabilizar e operacionalizar esta substancial ampliação da proteção dos

⁴⁷ Cf. MURSWIEK, op cit.

⁴⁸ LANDAU, Herbert. Gesundheit als Staatsziel? Verfassungsrecht und Staatsaufgaben. In: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. (org.). *Volkskrankheiten - Gesundheitliche Herausforderungen in der Wohlstandsgesellschaft*. Freiburg: Herder Verlag, 2009. p. 590-592.

⁴⁹ ZACHER, 1982, p. 117-119.

⁵⁰ Cf. PAPIER, op cit, p. 1014.

⁵¹ ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*, 33, 303, 1972. Tradução livre.

⁵² Cf. RÜFNER, Wolfgang. Leistungsrechte. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (org.). *Handbuch des Grundrechts in Deutschland und Europa*. V. 2. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2006.

direitos dos cidadãos face ao Estado que os juízes conceberam o *Vorbehalt des Möglichen*: as prestações poderiam ser requeridas, mas a sua concessão deveria observar os parâmetros de razoabilidade e equilíbrio fiscal, bem como os demais objetivos estatais e direitos fundamentais do resto da sociedade. O exercício da liberdade individual, logo, não poderia ser garantido ao custo da coletividade, já que isso também seria contrário à doutrina do Estado Social.

O estudo desse contexto permite compreender, em alguma medida, a razão de ser do conceito. Indo adiante, cabe analisar a forma como se dá a sua aplicação quanto aos direitos fundamentais e em suas outras dimensões, que abarcam os demais Poderes em diversos aspectos.

Nesse passo, Otto Depenheuer explica que a *Vorbehalt des Möglichen* serve para amenizar as fricções entre o Direito e a realidade. Ele permite o reconhecimento do poder normativo, ainda que parcial, dos fatos. Assim, abre espaço para que a concretização dos direitos se dê da melhor forma possível, evitando encará-la como uma questão de tudo ou nada.⁵³ Estas barreiras fáticas à concretização das normas constitucionais podem ser relativas a diversos aspectos. Vale citá-lo:

“O normativismo constitucional ilimitado e com poder derogatório pode trombar em barreiras, as quais podem advir dos pressupostos contingentes de todo o direito positivo, da funcionalidade do sistema sociojurídico e das relações vinculadas à atual ‘posição’ política interna e externa. As soluções exigidas pela Constituição esbarram em limitações de possibilidades políticas de sua aplicação, podem ultrapassar a capacidade prestacional da comunidade solidária estatal e ameaçar retirar a capacidade de negociação política externa. Com o conceito da reserva do possível, a Corte Constitucional traz à luz essa tensão nos pontos de fricção entre norma e realidade.”⁵⁴

O autor ressalta, então, que a consideração do entorno fático para a aplicação das normas constitucionais é essencial para que o direito não recaia em um “autismo autocentrista”, bem como para evitar que a experiência de Weimar se repita.⁵⁵

Nesse contexto, os três Poderes devem agir para proteger o poder normativo da Constituição em face da realidade. Surge, todavia, a necessidade de definir qual deles é o responsável para cada tipo de impossibilidade e, entre estas, quais podem ser adequadas para se tornarem viáveis e como fazer isso.⁵⁶

Em primeiro lugar, é obrigação do Legislador criar leis compatíveis com as possibilidades atuais, por meio da discussão democrática dos representantes de todos os interessados. Nesse ponto inicial, portanto, a reserva do possível atua como limite à positivação de determinadas normas.⁵⁷

Assim, as exigências feitas pela lei em criação devem observar razoavelmente a possibilidade de que sejam cumpridas em face dos recursos sociais e estatais contemporâneos. Para tanto, é comum que se usem expressões para relativizar os comandos, sobretudo naquelas que estabelecem direitos a prestações, como “na medida do possível”, “razoavelmente”, “suficiente”, “até o esgotamento das possibilidades”, entre outros. Dessa forma, as disposições se mantêm flexíveis à interpretação e concretização, bem como desenvolvimento, pelos demais Poderes.⁵⁸

Por outro lado, o direito também se limita pela capacidade de compreensão e interpretação da sociedade. Logo, previsões excessivamente vagas ou sem sentido também terão a sua aplicação

⁵³ DEPENHEUER, Otto. *Vorbehalt des Möglichen*. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 12. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2014. p. 559.

⁵⁴ DEPENHEUER, op cit, p. 559. Tradução livre.

⁵⁵ Ibid. p. 561-562.

⁵⁶ Ibid. p. 567.

⁵⁷ Ibid. p. 567.

⁵⁸ Ibid. p. 567-568.

dificultada ou até mesmo inviabilizada.⁵⁹ Ademais, a lei não pode alterar situações passadas, mas deve voltar-se ao futuro, tendo a história em consideração. Sendo assim, deve garantir períodos de transição para a adequação às suas disposições, e não pode ignorar injustiças pretéritas.⁶⁰

Noutro ponto, a *Vorbehalt des Möglichen* serve de máxima interpretativa. Se cabe ao Legislativo criar leis possíveis, resta ao Executivo a tarefa de interpretá-las e implementá-las do mesmo modo. Tanto quando a lei estiver desconectada da realidade, para adequá-la, tanto quando estiver em conformidade com ela, para aplicá-la sem distorções na formulação das políticas públicas.⁶¹

Dessa forma, a mudança nas condições fáticas na sociedade pode levar a uma alteração nos possíveis sentidos e possibilidades de aplicação da norma. Uma conjuntura socioeconômica diversa impõe que as políticas públicas sejam formuladas de acordo, tanto para o efeito de ampliar como de restringir as prestações.⁶²

Quanto à tarefa do Judiciário, essa adequação também é frequentemente levada a cabo pelas cortes, por meio da interpretação com base nas possibilidades reais de incidência dos dispositivos analisados, bem como na viabilidade do cumprimento de suas decisões no âmbito político e econômico.⁶³

Depenheuer destaca que tal método é inevitavelmente utilizado, mas raramente de maneira expressa, o que pode levar a falsas concepções sobre o conteúdo da lei. O ideal, pois, seria que essa ponderação entre o contido no mandamento jurídico e a possibilidade de sua efetiva aplicação fosse abordado nas decisões judiciais, de modo que as conclusões pudessem ser verificadas pela “sociedade aberta de intérpretes”, cunhada por Häberle, e ficassem claros os motivos pelos quais a literalidade normativa fora preterida. Isso seria tanto mais necessário, quanto menos clara fosse a impossibilidade fática considerada.⁶⁴

Há diversos motivos fáticos que podem levar à inaplicabilidade de uma norma. Depenheuer os divide em fáticos propriamente ditos, funcionais, políticos e em face da práxis administrativa.⁶⁵ Kirchhof acrescenta a esse rol a impossibilidade ética.⁶⁶

Os funcionais se manifestam quando uma previsão legal é desde logo impossível, quando o Legislador a criar já defeituosa, como quando delega alguma função a um órgão público inexistente ou determina algo vedado pela Constituição.⁶⁷ Em adição, esse conflito pode surgir posteriormente, quando se verifica que a norma é incapaz de atingir seu objetivo ou quando, ao longo do tempo, ela se torna incompatível com a ordem jurídico-política vigente.⁶⁸

A impossibilidade política se remete à “constelação de poder político” presente no Parlamento e na Administração Pública. Ela ocorre quando os grupos políticos em tais entidades são incapazes de se comprometer com uma determinada solução. Depenheuer sustenta, porém, que isso não pode ser visto como elemento jurídico e que esses impasses, quando necessário, devem ser superados por determinação do Judiciário, o que não é incomum. O autor ressalta, nesse passo, que a política pode ser objeto do direito, mas este jamais instrumento daquela.⁶⁹

Kirchhof, de outro lado, destaca que é também importante levar em consideração a alocação de prioridades e o planejamento orçamentário definidos no âmbito político. Assim,

⁵⁹ KIRCHHOF, Paul. Die Identität der Verfassung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. V. 2. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2004. p. 279.

⁶⁰ Ibid. p. 279.

⁶¹ DEPENHEUER, op cit, p. 568.

⁶² Ibid, p. 568.

⁶³ Ibid. p. 569.

⁶⁴ Ibid. p. 569-570.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ KIRCHHOF, 2004, p. 280.

⁶⁷ DEPENHEUER, op cit, p. 572.

⁶⁸ Ibid. p. 573.

⁶⁹ Ibid. p. 573.

embora não devam ser vistas como absolutas, essas decisões devem ser tomadas em conta quando da análise de pleitos individuais.⁷⁰

Por sua vez, a práxis administrativa tampouco deve ser vista como vinculante para as cortes. Se ela violar direitos fundamentais ou deixar de implementá-los adequadamente, o Judiciário deve intervir. No entanto, é certo que todas as prestações estatais se dão por intermédio dela, de modo que a interpretação constitucional deve levá-la em consideração. Por isso, quanto mais consolidada uma prática, maior é o ônus argumentativo para justificar a declaração de sua inconstitucionalidade.⁷¹

Kirchhof ainda afirma que há barreiras éticas para a aplicação das leis: não se poderia colocar em prática disposições que violem a dignidade humana ou a forma republicana e democrática de Estado.⁷²

Provavelmente de maior relevância para a presente discussão é a impossibilidade fática propriamente dita. Além de seu aspecto temporal, abordado acima, ela se refere à inexistência ou escassez de recursos para a concretização dos direitos previstos na lei ou Constituição.⁷³ Como afirma Josef Isensee, vige a máxima de que onde nada há, o Estado Social perde o seu direito (*ultra posse nemo obligatur*).⁷⁴

Topologicamente, a impossibilidade fática pode ser dividida entre aquelas advindas da política externa e as da política interna. Aquela se remete, em geral, a compromissos assumidos perante a comunidade internacional, os quais podem, por vezes, representar uma menor proteção aos direitos em âmbito interno – como o direito ao trabalho. Assim, as prestações aos cidadãos nacionais passam a sujeitar-se àquilo aceitável em face das normativas supranacionais. Na Alemanha, isso adquire especial relevância, sobretudo em vista das normas da União Europeia.⁷⁵

Deve-se, nesse ponto, ter em vista o conceito de constitucionalismo multinível, como exposto por Pernice, que, no âmbito europeu, cria direitos e deveres aos cidadãos e conduz inclusive a uma preponderância das normas supranacionais frente às internas.⁷⁶

A impossibilidade fática advinda da política interna é a derivada da escassez de recursos da “comunidade solidária estatal” (*staatlichen Solidargemeinschaft*). Estes podem ser tanto referentes a bens a serem distribuídos, dinheiro a ser utilizado para financiar as ações ou pessoal para organizá-las.⁷⁷

Nesse passo, Kirchhof destaca que não se trata apenas de limitar os direitos dos potenciais beneficiados pelas prestações estatais, mas de proteger a coletividade, a quem inevitavelmente recai subvencionar as políticas públicas. Qualquer aumento nos gastos do Estado será refletido em um proporcional aumento de impostos, o que também é um fator limitador de direitos.⁷⁸

O limite, ainda, não tem por finalidade evitar a falência estatal, e sim garantir o equilíbrio entre as despesas públicas e a possibilidade de definição de prioridades pelo Legislador e do adequado cumprimento de todas as outras tarefas do Estado.⁷⁹ Explica Kirchhof:

“Por isso é necessário se atentar ao planejamento orçamentário realizado pelo Estado em sua função financeira, com seus instrumentos centralizados de

⁷⁰ KIRCHHOF, 2004, p. 280.

⁷¹ DEPENHEUER, op cit, p. 574.

⁷² KIRCHHOF, 2004, p. 280.

⁷³ Ibid, p. 571-572.

⁷⁴ ISENSEE, Josef. Rationierung von Gesundheitsleistungen - Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Kontingentierung. *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, Heidelberg, n. 93, 2004. p. 655.

⁷⁵ DEPENHEUER, op cit, p. 584-586.

⁷⁶ PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism in the European Union. *Walter Hallstein-Institut Für Europäisches Verfassungsrecht-Paper*, n. 5, Berlim, 2002. p. 3-4.

⁷⁷ Ibid. p. 575.

⁷⁸ KIRCHHOF, 2007, p. 69.

⁷⁹ Ibid. p. 69.

coordenação. Em termos de direitos individuais, deve-se proteger não apenas os demandantes de prestações estatais, mas também aqueles que financiam a capacidade prestacional dos entes públicos, os pagadores de impostos. A *Vorbehalt des Möglichen* é o princípio de proporcionalidade do Estado financeiro, que em virtude da fungibilidade dos meios e a dificuldade de definir os contornos dos objetivos específicos, atua como limite da atuação financeira estatal, e está estritamente ao lado tanto das leis orçamentárias, quanto da fundamentação do dever prestacional do Estado. A Constituição não quer obrigar os órgãos públicos a prestações impossíveis. Por esse motivo, os direitos sociais de participação devem ser interpretados de forma que seus objetos sejam garantidos apenas na medida do possível e proporcional. O limite do possível não é somente a capacidade de pagamento do Estado, mas a capacidade de planejamento e definição de metas orçamentárias pelo Legislador.”⁸⁰

Retomando a definição do conceito pela *Bundesverfassungsgericht* no julgamento do *numerus clausus*, o cidadão não pode exigir prestações irrazoáveis da comunidade solidária (*Solidargemeinschaft*). Ainda, destacou-se que:

“[...] deriva de uma compreensão errônea da liberdade, que se reconhecesse o direito a uma prestação em favor da liberdade individual, mas em oposição à funcionalidade e ao equilíbrio da coletividade, assim como um direito subjetivo ilimitado a prestações estatais às custas da comunidade, o que não é condizente com a doutrina do Estado Social”.⁸¹

Além disso, é essencial a constatação de que, diante da escassez dos recursos, priorizar um objetivo significa, obrigatoriamente, preterir outro. Realizar uma prestação, deixar de realizar outra. O Parlamento possui respaldo democrático para tomar essas decisões. As cortes, em regra, não.⁸²

Ademais, a tarefa do Estado social não é apenas a divisão das riquezas, mas também o seu crescimento e desenvolvimento. Tais objetivos não podem ser encarados separadamente, pois um depende do outro.⁸³ Contudo, a garantia de um direito ilimitado à participação nos bens sociais já existentes e produzidos pelos demais dificulta o crescimento econômico e o desenvolvimento da sociedade como um todo. Por isso, devem-se privilegiar as medidas que visem a possibilitar o autodesenvolvimento a partir da participação nas riquezas sociais (*Hilfe zur Selbsthilfe*), ao passo em que as demais devem ficar sob um controle mais estreito da *Vorbehalt des Möglichen*.⁸⁴

Como visto, uma limitação à aplicação do conceito é a garantia do mínimo existencial, tanto em sua vertente fisiológica, como sociocultural. Principalmente com relação a esta, porém, a definição desse nível mínimo é muito complicada e resta, em última análise, à definição do Legislador, dentro de seu espaço de discricionariedade.⁸⁵

Dessa forma, o mínimo existencial impõe uma barreira mínima para a qualidade e a quantidade das prestações estatais, abaixo da qual dificilmente se poderão alegar questões financeiras (*Untermassverbot*). Por outro lado, a *Vorbehalt des Möglichen* representa uma barreira

⁸⁰ Ibid. p. 69. Tradução livre. DEPENHEUER, op cit, p. 578.

⁸¹ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht, 33, 303, 1972. Tradução livre.

⁸² LANDAU, Herbert. Gesundheit als Staatsziel? Verfassungsrecht und Staatsaufgaben. In: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. (org.). *Volkskrankheiten - Gesundheitliche Herausforderungen in der Wohlstandsgesellschaft*. Freiburg: Herder Verlag, 2009. p. 591.

⁸³ ZACHER, 1987, p. 1078-1079.

⁸⁴ KIRCHHOF, 2007. p. 42; NEUMANN, 1995, p. 7-8.

⁸⁵ ZACHER, 1982.

máxima, acima da qual nenhum particular poderá exigir – e nenhum gestor poderá conceder – benefício (*Übermassverbot*).⁸⁶

Nesse contexto, a Corte Constitucional julgou, em 2010, o caso Hartz IV⁸⁷, no qual concluiu que todos têm direito à garantia do mínimo existencial fisiológico e sociocultural. Estes, porém, devem ser concretizados pelo Legislador, que possui alguma liberdade para definir os seus contornos, com base nas condições de vida gerais da sociedade e no seu senso de justiça.⁸⁸

A controvérsia inicial girava em torno da constitucionalidade dos §§20 e 28 do segundo livro do código de assistência social (*Sozialgesetzbuch*), que regulamentava as prestações de algo similar a um seguro-desemprego. A normativa havia modificado a lei anterior e previsto critérios gerais e abstratos para a definição do valor das prestações, deixando de fora do cálculo qualquer aspecto individual de cada beneficiário. Como explica Gärditz, os novos parâmetros encobriam as características individuais importantes para a compreensão do mínimo existencial de cada um.⁸⁹

Diante das diversas discussões sobre o tema, a *Bundesverfassungsgericht* foi provocada, na modalidade de controle difuso prevista pelo artigo 100 da GG, citada acima, pela corte social (*Sozialgericht*) de Hessen e pela corte social federal (*Bundessozialgericht*), para se manifestar sobre a constitucionalidade das referidas disposições.

Os juízes entenderam que as normas eram de fato inconstitucionais. Não pelo estabelecimento dos critérios gerais e abstratos, mas pela deficiência do método utilizado para definir os valores devidos a cada “grupo”.

Primeiramente, a corte concluiu, como dito, que o Estado deve garantir o mínimo existencial em suas duas faces. Para cumprir esse objetivo, tem uma certa liberdade – dentro das balizas constitucionais. Todavia, ao formular políticas públicas, no exercício dessa discricionariedade, deve se ater aos seguintes critérios, sob pena de que sejam julgadas inconstitucionais:

“(1) abarcar e descrever o objetivo de garantir uma existência alinhada ao artigo 1, §1º, da GG, em conjunto com o seu artigo 20, §1º; (2) selecionar – dentro de sua margem de discricionariedade – um procedimento adequado para calcular devidamente esse mínimo; (3) partir dos fatos e pressupostos necessários e corretos e (4) decidir dentro dos limites do justificável em vista do método utilizado e dos princípios estruturais, em todas as fases do processo de cálculo.”⁹⁰

Assim, a lei em questão era contrária à Lei Básica uma vez que não havia uma explicação clara sobre como se chegou aos valores definidos, de modo que também não era possível verificar se partiu dos fatos e pressupostos corretos para a realização do cálculo.

Tendo-se em vista os parâmetros estabelecidos neste julgamento, pode-se ainda afirmar que as prestações estatais – mesmo aquelas envolvendo o mínimo existencial fisiológico – devem se submeter aos princípios de economicidade e subsidiariedade. Com base naquele, os gestores devem utilizar os recursos da maneira mais eficiente possível, sem incorrer em gastos desnecessários, o que se aplica mesmo para prestações referentes à saúde, por exemplo.⁹¹

A subsidiariedade, de seu lado, impõe que o Estado não forneça, com recursos públicos, aquilo que o particular pode adquirir com os seus próprios recursos ou próprio esforço. De acordo com Soria, a Administração pode, até mesmo, negar-se a realizar prestações ou diminuí-las àqueles

⁸⁶ KIRCHHOF, 2007, p. 40-41; RÜFNER, op cit, p. 707.

⁸⁷ ALEMANHA, Bundesverfassungsgericht, 125, 175, 2010.

⁸⁸ Cf. GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. Das Verfassungsrechtliche Existenzminimum im “Hartz IV”-Urteil des Bundesverfassungsgericht. Bonner Rechtsjournal, Bonn, n. 1, 2020. p. 6.

⁸⁹ Ibid, p. 5.

⁹⁰ LEIJTEN, op cit, p. 31.

⁹¹ ISENSEE, op cit, p. 656.

que, injustificadamente, deixam de providenciar o sustento de si – desde que isso não cause uma ameaça ao mínimo existencial fisiológico.⁹²

Ressalte-se que, na concepção de diversos autores, a existência de um mínimo fisiológico não significa a possibilidade de requerer toda e qualquer prestação para os direitos a ele relacionados. Em algum ponto, até o direito à saúde, por exemplo, pode sofrer limitações. Sobretudo quando a eficácia do tratamento pleiteado for dúbia ou o custo for excessivo, o núcleo mínimo é ultrapassado, e a *Vorbehalt des Möglichen* pode ser aplicada.⁹³

Em resumo, essa é a forma como o conceito aqui estudado surgiu e se desenvolveu em seu *habitat natural*. A sua definição não é estanque, tampouco unânime entre os estudiosos. A discussão, assim, segue em pleno desenvolvimento.

Como explicado na parte introdutória deste trabalho, compreender perfeitamente o direito estrangeiro beira a impossibilidade. Tendo em vista essas limitações, fez-se o melhor para que o conceito e o contexto no qual ele surgiu possam ser entendidos. Os principais julgados da Corte Constitucional que o utilizam já foram objeto de ao menos duas exposições aprofundadas em português, às quais se remete o leitor.⁹⁴

É momento de analisar a sua migração para o direito brasileiro.

2 A MIGRAÇÃO: O CONCEITO DA RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL

Visto como o conceito surgiu e se desenvolveu na Alemanha, passaremos à exposição de como ele foi adotado pela ordem brasileira e, aqui, recebeu contornos próprios. Para tanto, iniciaremos traçando um breve panorama dos direitos sociais no Brasil – sobretudo para destacar os pontos em que difere da compreensão germânica. Em seguida, identificaremos as áreas de incidência da reserva do possível, a partir do conceito pátrio de mínimo existencial. Após, abordaremos a reserva em si, explorando seus pressupostos e subdivisões. Por fim, exploraremos os princípios da progressividade e do não-retrocesso, esclarecendo como eles podem ou não se aplicar em cada país.

Desde logo, cumpre identificar a maior e mais flagrante diferença entre o sistema brasileiro e o alemão: diferentemente da Constituição de Bonn, a Carta brasileira prevê um extenso rol de direitos sociais, tanto em seu artigo 6.º, como em outras disposições esparsas. Além disso, a Constituição brasileira traz de forma clara e expressa, em seu artigo 5.º, §1.º, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata - isto é, prescindem de concretização legislativa.⁹⁵

Assim, é importante ter em vista que a discussão, na Alemanha, tem por finalidade verificar se e como direitos sem qualquer previsão constitucional expressa podem ser pleiteados do poder estatal. No Brasil, de outra ponta, busca-se averiguar em qual medida direitos que estão delimitados na Constituição, com aplicabilidade imediata positivada, podem ser efetivamente exigidos.

⁹² SORIA, op cit, p. 19.

⁹³ Cf. ISENSEE, op cit. UDSCHING, Peter. Krankenversicherungsrechtliche Perspektive. In: *Gerecht Sorgen - Verständigungsprozesse über dem Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Lebensende*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2013. LANDAU, op cit. KIRCHHOF, Paul. Medizin Zwischen Ethik, Recht und Vorbehalt des Möglichen. In: KERN, Bern-Rüdiger; WADLER, Elmar; SCHROEDER, Klaus-Peter; KATZENMEIER, Christian. *Humaniora: Medizin – Rechte – Geschichte*. Berlin: Springer Verlag, 2006.

⁹⁴ GAIER, Reinhard; LEAL, Márcio Flávio Mafra (trad.) Pretensões positivas contra o estado e a reserva do possível na jurisprudência do tribunal constitucional federal. *II Seminário Internacional Brasil-Alemanha Thompson Flores*, Florianópolis, 2011. p. 13-21; PERLINGEIRO, Ricardo. É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais?. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 2, set-out 2013. p. 163-185; SANDRI, Andreas. Il vorbehalt des möglichen nella giurisprudenza delle corti tedesche. *gruppo di pisa – dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale*, Pisa, n. 3, 2012.

⁹⁵ Cf. OLIVEIRA, Luciano Moreira de. *Teoria jurídica da atenção primária à saúde*. São Paulo: Fórum, 2022. p. 113-114.

A despeito da positivação, Ricardo Lobo Torres sustenta, com forte influência na doutrina germânica, que os direitos sociais também aqui não poderiam ser caracterizados como fundamentais. De acordo com o autor – que cita textos de Hans Zacher e Josef Isensee, abordados acima –, assim como na Alemanha, esses direitos seriam dependentes de concretização pelo legislador, e a norma constitucional seria meramente programática.⁹⁶

Haveria, contudo, um direito originário à prestação do mínimo existencial, que também ficaria associada, tão somente, àquilo necessário para a existência e usufruto dos direitos de liberdade. Esse mínimo, nessa acepção, configura um *status positivus libertatis*, conforme a classificação de Jellinek, também utilizada por Dietrich Murswiek.⁹⁷

Como explica Andreas Krell, essa adoção sem maiores ressalvas dos conceitos germânicos é de todo inadequada para a realidade brasileira: embora a nossa Constituição se inspire na Lei Fundamental alemã em diversos momentos, isso não ocorre no que toca os direitos sociais, e a adoção de um determinado entendimento quanto a eles pode ter resultados muito diversos em países desenvolvidos e aqueles mais pobres. Nesse passo, destaca que “não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem levar-se em conta os condicionamentos socioculturais e econômico-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos”.⁹⁸

De fato, Murswiek defende que, na Alemanha, ainda sem direitos fundamentais sociais, tudo vai muito bem nessa área.⁹⁹ O Brasil, por outro lado, mesmo com a sua previsão, continua tendo baixos índices de desenvolvimento humano e sendo um dos países mais desiguais do mundo.¹⁰⁰

Nesse contexto, é importante citar a lição de Clemerson Clève quanto à importação da reserva do possível para o nosso direito:

“No que se refere à reserva do possível, concebida na experiência constitucional alemã, importa estudá-la com os cuidados devidos, inclusive porque ela não pode ser transposta, de modo automático, para a realidade brasileira. Com efeito, aqui, não se trata, para o Estado, já, de conceder o mais, mas, antes, de cumprir, ainda, com o mínimo. Ou seja, é evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a reserva do possível não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao mínimo existencial, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.”¹⁰¹

Indo adiante, tem-se que os direitos sociais são também fundamentais.¹⁰² Com efeito, a visão de que as normas constitucionais seriam meramente programáticas já foi superada, e

⁹⁶ TORRES, 1989, p. 43-44.

⁹⁷ Ibid. p. 39-41.

⁹⁸ KRELL, op cit, p. 244. Cf. também WASILEWSKI, Dione J.; GABARDO, Emerson. A insuficiência de tributação como fundamento para o afastamento da reserva do possível na garantia do mínimo existencial e da dignidade humana. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 1., 2021. p. 718. FREITAS, Leonardo Buissa; GOMIDES, Débora Barcellos Vieira. Mínimo existencial e direitos sociais fundamentais: políticas públicas de educação como caminho para a efetivação de liberdade. *Interesse Público*, ano 20, n. 109, Belo Horizont, 2018. p. 90.

⁹⁹ MURSWIEK, op cit, p. 595-596.

¹⁰⁰ Observatório das Desigualdades. A quantas anda a desigualdade de rendimentos no Brasil? Disponível em <http://observatoriodesigualdades.fjp.mg.gov.br/?p=1413>. Acesso em 01/07/2021. Para mais informações sobre os países mais desiguais do mundo: <https://diariodoestadogo.com.br/os-10-paises-mais-desiguais-do-mundo-78146/>. Acesso em 01/07/2021.

¹⁰¹ CLÈVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 54, 2006. p. 8.

¹⁰² Cf. SARLET, 2018. BARROSO, 2006. CLÈVE, op cit. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Ed. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. FACHIN, Melina Girardi. *Direito humano ao*

reconhece-se a força vinculante da Constituição.¹⁰³ Dessa forma, Ingo Sarlet, ilustrativamente, sustenta que os direitos sociais terão sempre eficácia imediata, na medida em que estiverem aptos a produzirem efeitos concretos.¹⁰⁴

Como afirmam Emerson Moura e Jamir Ribeiro, a discussão já não se situa na eficácia dos direitos fundamentais sociais, mas em sua efetividade. Isto é, já fixada a premissa de que eles geram efeitos jurídicos imediatos, busca-se compreender a sua natureza e extensão, e delimitar o que pode ser exigido do Estado pelo particular a partir deles.¹⁰⁵

Desse modo, também já se superou, em regra, a noção de uma separação forte entre direitos de defesa como negativos e direitos sociais como positivos. Isso adveio, principalmente, da obra de Holmes e Sunstein, que demonstrou que todos os direitos implicam custos, independentemente de seu “gênero”.¹⁰⁶

Apesar disso, a concepção de que os direitos de defesa, supostamente de “primeira geração”, teriam aplicabilidade imediata, enquanto os direitos sociais, de “terceira geração”, estariam totalmente submetidos às condições econômicas e à aplicação progressiva ainda vigoram em diversos âmbitos implica um rebaixamento destes últimos a direitos de “segunda classe”, sucedendo temporalmente os primeiros - como se hierarquicamente inferiores - o que é inaceitável em face do caráter universal e interdependente dos direitos humanos, que rechaça uma “compartimentalização arbitrária” como essa.¹⁰⁷

Assim, Gustavo Amaral, reconhecendo que a identificação de direitos sociais com prestações positivas é artificial, propõe a divisão dos direitos, no geral, em parcialmente e totalmente dependentes da ação estatal. Aqueles – liberdade de expressão, direito à honra etc. – não dependem necessariamente de subvenção pública e se submetem a “conflitos de delimitação”, no âmbito dos quais o Estado deve determinar qual prevalece no caso concreto, com efeitos retroativos¹⁰⁸.

Estes, todavia, entram em conflito pela divisão de recursos escassos, no qual deverá ser feita uma *escolha trágica*, atendendo-se a um e prescindindo-se do outro, para o qual não há recursos o bastante.¹⁰⁹ Como destaca Clemerson Clève, o Estado não dispõe de meios suficientes para atender todos os direitos – sobretudo os sociais. O cobertor é curto demais, “se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés.”¹¹⁰

É nesse cenário que a reserva do possível adquire especial relevância, como fator de limitação ou equalização dessas pretensões¹¹¹, de modo a adequá-las à escassez dos recursos existentes para a sua satisfação e, logo, à realidade. Nessa linha, Gomes Canotilho ressalta que a

desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação. Tese (doutorado em direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. p. 74. OLIVEIRA, 2022. p. 116.

¹⁰³ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e par metros para a atuação judicial. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. p. 12.

¹⁰⁴ SARLET, 2018, p. 289.

¹⁰⁵ MOURA, Emerson Affonso da Costa. RIBEIRO, Jamir Calili. Direitos fundamentais sociais, orçamento público e reserva do possível: o dever de progressividade nos gastos públicos. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 16, n.º. 7, jan-abr 2017. p. 227.

¹⁰⁶ HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: Norton and Company, 2000; GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. OLIVEIRA, 2022. P. 116.

¹⁰⁷ Ibid, p. 77 e p. 85-86.

¹⁰⁸ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez, escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Ed. 2. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 44-45.

¹⁰⁹ Op cit. p. 45.

¹¹⁰ CLÈVE, op cit, p. 6.

¹¹¹ SARLET, 2018, p. 295.

sua concretização deve ser efetivada tomando-se em consideração o entorno fático e socioeconômico, de modo a superar uma “introversão”, típica do universo jurídico.¹¹²

Por conseguinte, Sarlet defende que a reserva do possível tem por finalidade, inclusive, proteger outros direitos fundamentais, quando estes entrarem em conflito com alguma pretensão individual aos recursos escassos.¹¹³ Essas limitações fáticas, então, não poderiam ser vistas como meras questões ideológicas na frente do cumprimento dos deveres estatais, mas como aspectos importantes para a sua concretização.¹¹⁴

Desse modo, o autor argumenta que os direitos sociais, como os outros direitos fundamentais, têm eficácia imediata e surtem efeitos diretos, na medida de sua aptidão para tanto. Em regra, submetem-se à ponderação face à reserva possível. Entretanto, há uma zona em que tais limitações se restringem sobremaneira. Trata-se do mínimo existencial.¹¹⁵

Daniel Sarmento destaca que, embora usualmente se refira ao alemão Otto Bachof como o idealizador do conceito, ele já podia ser encontrado em Pontes de Miranda, ainda no início dos anos 30:

“Como direito público subjetivo, a subsistência realiza, no terreno da alimentação, das vestes e da habitação, o *standard of living* segundo três números, variáveis para maior *indefinidamente* e para menor *até o limite*, limite que é dado, respectivamente, pelo *indispensável* à vida quanto à nutrição, ao resguardo do corpo e à instalação.

É o *mínimo vital absoluto*. Sempre, porém, que nos referirmos ao mínimo vital, deve-se entender o *mínimo vital relativo*, aquele que, atentando-se às circunstâncias de lugar e de tempo, se fixou para cada zona em determinado período (...). *O mínimo vital relativo tem de ser igual ou maior que o absoluto*. O direito à subsistência torna sem razão de ser a *caridade*, a *esmola*, a humilhação do homem ante o homem. (...) Não se peça a outrem, porque falte; exija-se do Estado, porque êste *deve*. Em vez da súplica, o direito.”¹¹⁶

Ricardo Lobo Torres conceitua o mínimo existencial como as condições iniciais de liberdade para que o indivíduo tenha respeitada a sua dignidade humana. Embora não possua disposição constitucional específica, pode ser retirado “da ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.”¹¹⁷

Ana Paula de Barcellos explica – também de modo similar ao que se viu na doutrina alemã – que os direitos de liberdade, políticos e sociais não estão em confronto, mas formam um conjunto interdependente e que garante o respeito à dignidade humana. Como, porém, o Estado já não é mais o único opressor, estes últimos são por vezes necessários para que os dois primeiros possam ser efetivamente usufruídos.¹¹⁸

Partindo dos pensamentos de Rawls, Walzer e Habermas, a autora destaca que, além de o direito à dignidade estar amplamente positivado, ao menos um núcleo mínimo dos direitos sociais são condições não somente para o exercício pleno da liberdade, mas também para a possibilidade

¹¹² CANOTILHO, Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 39-40.

¹¹³ SARLET, 2018, p. 296.

¹¹⁴ Ibid. p. 363. Cf. também OLIVEIRA, 2022. p. 139-141.

¹¹⁵ Ibid. p. 365-366.

¹¹⁶ PONTES DE MIRANDA. *Direitos à subsistência e direito ao trabalho*. Rio de Janeiro: Ed. Alba Limitada, 1933. Apud. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e ideologia*. Ed. 3. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 213.

¹¹⁷ TORRES, 1989, p. 29.

¹¹⁸ BARCELLOS, op cit, p. 136-137.

de criação de uma sociedade verdadeiramente democrática, em que todos participem de fato das decisões públicas. Assim, esse cerne tem fundamentalidade tanto jurídica, como social.¹¹⁹

Sarmento acrescenta que há também um critério não utilitarista para a manutenção do mínimo, independente de servir ou não para a fruição de algum outro direito. É a noção elementar de justiça, que consagra a dignidade humana como um fim em si mesma. Assim, sujeitos que não tenham condições de exercer sua autonomia ou direitos políticos – como doentes crônicos ou crianças pequenas – têm igualmente direito à manutenção do seu mínimo existencial.¹²⁰

Adiante, Barcellos esclarece que esse instituto se compõe de duas vertentes, que demandam diferentes tarefas do Estado. A primeira é a garantia das condições mínimas para que as pessoas possam se desenvolver livremente na sociedade, em igualdade de oportunidades – similarmente ao conceito alemão de ajuda à autoajuda. A segunda é o fornecimento de assistência social aos desamparados, a garantia de um nível mínimo, abaixo do qual ninguém poderá cair. Afinal, destaca, a dignidade decorre da própria existência humana, e não das habilidades de cada um para prover o próprio sustento.¹²¹

A referida autora defende, nesse passo, que todos os direitos sociais fundamentais que se encontrem acima do mínimo existencial têm a estrutura de princípios, na compreensão de Dworkin e Alexy. Ou seja, devem ser utilizados como mandados de otimização e podem ser ponderados com fatores externos – como a reserva do possível. Aqueles que compõem o mínimo, todavia, têm estrutura de regras, e não podem ser limitados legitimamente por motivo algum.¹²²

Amaral, por outro lado, sustenta que não é possível traçar uma divisão clara entre o que compõe o mínimo existencial – e, portanto, não se submete à reserva do possível – e o que fica acima, a cargo da conformação política. Aduz que, na concepção tradicional, forma-se uma linha em degradê, na qual um extremo claramente faz parte do núcleo essencial à dignidade humana, o outro não, e toda região central depende de um julgamento puramente subjetivo, sem parâmetros definidos.¹²³ O autor, então, propõe que se imagine o tópico como um gráfico com as variáveis “essencialidade do direito” e “excepcionalidade das circunstâncias fáticas que permitiriam a sua limitação”, sendo ambas inversamente proporcionais. Isto é, um direito pouco essencial poderia ser mais facilmente limitado em vista do contexto fático e vice-versa.¹²⁴

Em sentido semelhante, Ingo Sarlet afirma que mesmo o mínimo existencial não deve ser tido como totalmente absoluto, uma vez que a ausência de recursos para atender a todos pode levar a conflitos entre os próprios direitos que compõem esse núcleo, o que, por vezes, pode embasar a limitação de um dos seus aspectos.¹²⁵

Daniel Sarmento, por sua vez, entende que a forma como o mínimo é prestado pode ser livremente estabelecida pelo legislador, sem se submeter, a priori e em regra, ao controle jurisdicional. Entretanto, o atendimento em si dessas necessidades básicas – da maneira que for – impõe-se aos poderes públicos, que não podem dele dispor.¹²⁶

Diante de todo o exposto, faz-se mister reconhecer que os direitos sociais também devem ser abarcados pelos princípios da universalidade, interdependência, indivisibilidade e integralidade. Dessa forma, deve-se garantir a sua exigibilidade imediata, em igualdade com os

¹¹⁹ Ibid. p. 175-176.

¹²⁰ SARMENTO, op cit, p. 230-231.

¹²¹ BARCELLOS, op cit, p. 226-227.

¹²² BARCELLOS, op cit, p. 243-244; HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 223. WASILEWSKI; GABARDO, 2021. p. 718-719.

¹²³ AMARAL, op cit, p. 118.

¹²⁴ AMARAL, op cit, p. 119.

¹²⁵ SARLET, 2018, p. 367.

¹²⁶ SARMENTO, op cit, p. 245-246

direitos de liberdade, superando-se o paradigma da “universalização parcial e relativa”, a qual permite a preservação de desigualdades e da pobreza.¹²⁷

Indo em frente, Gustavo Amaral observa que a indefinição de quais prestações específicas compõem esse núcleo da dignidade humana pode mitigar a efetividade do conceito.¹²⁸ Daniel Sarmiento também destaca que “o princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial também tem sido usado algumas vezes de forma retórica e inflacionada pelo Judiciário brasileiro.”¹²⁹

De tudo isso, pode-se extrair uma possível observação comparativa de que, na Alemanha, todo o aparato teórico do mínimo existencial serve para fundamentar a exigência de prestações para o atendimento de direitos que não possuem previsão constitucional. Ou seja, ampliam a proteção do cidadão face às ações e omissões estatais. Por outro lado, no Brasil, a adoção do conceito tem por finalidade limitar direitos que estão claramente positivados, estabelecendo até que ponto eles podem ser exigidos pelos particulares.

Atento a essa crítica, Sarmiento sustenta que ela só será verdadeira caso se adote uma concepção errônea do conceito estudado. Segundo o autor, o instituto tem duas funções principais que lhe dão razão de ser: fundamentar pretensões a prestações estatais não positivadas em direitos sociais – como acesso a água, energia elétrica e vestuário adequado – e servir como fator de peso relevante quando da eventual ponderação com outros direitos ou aspectos fáticos.¹³⁰

Convém sublinhar o acima já posto: o sistema jurídico alemão entende que o mínimo sociocultural não enseja um direito subjetivo originário, e está plenamente submetido à reserva do possível. Isto é, depende de concretização prévia pelo legislador, sem poder ser exigido diretamente com base na Constituição, salvo se for uma condição mínima para o exercício de algum direito de liberdade, tido como fundamental.

No Brasil, todavia, vige compreensão diversa. Com efeito, Clemerson Clève ressalta que a Constituição brasileira, ao positivar os direitos sociais, apontou para a ideia de um *máximo possível*, e não somente mínimo existencial. Dessa forma, embora as prestações abrangidas por este último sejam indubitavelmente fontes de direitos subjetivos desde logo, a ordem constitucional reclama um “horizonte eficaz progressivamente mais vasto” de atendimento aos direitos fundamentais.¹³¹

Nesse contexto, Ingo Sarlet destaca que a face sociocultural do mínimo existencial também faz parte integrante do conceito e embasa direitos subjetivos – ainda que demandem maior cautela por parte do intérprete para a sua concretização. Além disso, explica que os direitos sociais não se confundem inteiramente com esse mínimo, apesar das várias zonas de contato entre ambos. Há espectros desses direitos que vão além do núcleo básico para a dignidade humana, e ainda assim podem ser implementados pela via jurisdicional.¹³²

Corroborando essas ideias, Sarmiento explica que, no Brasil, não se pode excluir o mínimo sociocultural da análise pelo Judiciário. Esses elementos nucleares têm, então, força igual àqueles que compõem o mínimo fisiológico. Ainda, ressalta que esse conceito não define quais são as prestações sociais devidas, mas tão somente o seu piso mínimo, aquilo que os poderes jamais poderão deixar de observar. Ademais, aponta que há vários direitos sociais positivados que não se encaixam nesse parâmetro e, do mesmo modo, garantem um direito subjetivo ao titular, como “benefícios previdenciários superiores ao salário-mínimo, gratuidade das universidades públicas, 13º salário para trabalhadores e servidores públicos etc.”¹³³

¹²⁷ FACHIN, 2013, p. 93-94. A contrário: OLIVEIRA, 2022, p. 144-145.

¹²⁸ AMARAL, op cit, p. 118.

¹²⁹ SARMENTO, op cit, p. 216.

¹³⁰ SARMENTO, op cit, p. 234-235.

¹³¹ CLÈVE, op cit, p. 7. Cf. também WASILEWSKI; GABARDO, 2021, p. 716.

¹³² SARLET, 2018, p. 331-332; HACHEM, op cit, p. 221-223.

¹³³ SARMENTO, op cit, p. 234.

A princípio, então, podemos apontar que a principal diferença entre o conceito do mínimo existencial face à reserva do possível no Brasil e na Alemanha é que, por aqui, esta não se aplica aos aspectos socioculturais – ou, para alguns, aplica-se sem diferenciação específica do fisiológico. Observe-se que, em vista da inexistência de normas constitucionais puramente programáticas na ordem jurídica brasileira, não seria possível adotar a mesma concepção vigente entre os alemães de que esses elementos só poderiam ser fornecidos após previsão pelo legislador ordinário.

Para mais, diferentemente do que ocorre lá, aqui esse mínimo inviolável não é tido apenas como as condições necessárias para o exercício de direitos de liberdade, mas a todos os direitos que possam ser importantes para uma existência digna dentro da sociedade. Ou seja, em regra, a reserva só pode ser aplicada quando se estiver acima de qualquer mínimo. A isso, ainda, adiciona-se o fato de que há uma série de direitos sociais previstos expressamente na Constituição e que – mesmo sem compor o mínimo – podem ser exigidos imediatamente, já que foram positivados com suficiente minúcia pelo constituinte.

Isso é, ao menos em tese, a nossa ordem jurídica permite que o cidadão demande uma gama mais ampla de direitos sociais perante o Judiciário: aqueles que compõem o mínimo existencial sociocultural, independentemente de servirem ou não como pressuposto ao exercício de alguma liberdade, e aqueles previstos expressamente com suficiente detalhamento já na própria Constituição.

Sobretudo em relação à primeira hipótese, resta questionar, na prática, qual seria o efetivo resultado de uma demanda jurisdicional. Uma análise nesse sentido extrapola o escopo desta pesquisa. Todavia, sobressai a importância de se definir o conteúdo desse mínimo sociocultural como um fim em si mesmo, atrelado à dignidade humana¹³⁴, mas não diretamente a um direito de liberdade, e como ele poderia ser pleiteado judicialmente, com quais possíveis resultados aceitáveis.

3 A RESERVA DO POSSÍVEL: AQUI E ACOLÁ

Na Alemanha, a reserva do possível tem por finalidade, sobretudo, cercear as demandas individuais a prestações de direitos sociais àquilo que se pode “razoavelmente exigir da sociedade”. É cabível sustentar, em consequência, que se trata de uma limitação ao próprio reconhecimento do direito: naquilo em que ultrapassar a razoabilidade, ele não mais subsiste.

No contexto brasileiro, Ana Lúcia Pretto Pereira afirma que o conceito possui eficácia diversa. Segundo ela, a sua incidência não exclui a violação ao direito fundamental social, mas apenas legítima que o Estado “postergue” o seu completo atendimento para o futuro, em face das circunstâncias fáticas vigentes.¹³⁵ Assim, a autora defende que o instituto não é um princípio, já que não deve ser ponderado em face dos direitos fundamentais, tampouco servir como um “mandado de otimização”. A classificação mais adequada seria a de um argumento, o qual, no caso concreto, serve para convencer da impossibilidade de se realizar uma determinada prestação. Adicionalmente, a noção de cláusula também poderia ser adotada, haja visto que encerra as diversas dimensões pelas quais a *realidade* pode interferir na concretização das determinações constitucionais.¹³⁶

Jorge Reis Novais, de outra ponta, alega que a limitação de recursos invade o próprio plano jurídico dos direitos sociais, tratando-se de um limite imanente à sua concretização. Dessa

¹³⁴ Cf. CANDIDO, Antonio. O Direito à literatura. In: _____. *Vários escritos*. Ed. 5. Rio de Janeiro: Ouro Sobre Azul, 2011. p. 171-193; SCOREL, Eduardo. Direito ao cinema. *Revista Piauí*, ago. 2019. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/o-direito-ao-cinema/>.

¹³⁵ PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Reserva do possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 97-98. Cf. também OLIVEIRA, 2022. p. 139.

¹³⁶ PEREIRA, op cit, p. 88.

forma, como na Alemanha, não haveria violação à previsão constitucional naquilo que ultrapassasse a capacidade prestacional da coletividade.¹³⁷

Pereira aponta que tal concepção não pode ser aceita, ao menos no Brasil. Com efeito, a adoção da teoria interna, para esses casos, diminuiria a sindicabilidade judicial da limitação em si mesma. O ideal, por conseguinte, é encarar a reserva do possível como um limite externo, que não desconstitui a violação ao direito, mas apenas a legitima face à escassez dos bens necessários à sua concretização.¹³⁸

Como o conceito de escassez é essencial para a discussão, vale abordá-lo. Já se expôs a concepção de que todos os direitos têm custos. Sabe-se, porém, que os direitos fundamentais sociais dependem em maior grau, em sua dimensão principal, de dispêndios estatais, os quais não adquirem tamanha essencialidade para os direitos de defesa ou de liberdade.¹³⁹

Nesse ponto, exigem necessariamente uma maior interdisciplinaridade do direito, em especial, com a economia, a fim de se conceber as formas de alocar os recursos disponíveis e escassos para melhor atender aos direitos constitucionais.¹⁴⁰

De fato, Gregory Mankiw explica que a matéria é “o estudo de como a sociedade administra seus recursos escassos”.¹⁴¹ A escassez, por sua vez, “significa que a sociedade tem recursos limitados e, portanto, não pode produzir todos os bens e serviços que as pessoas desejam ter [...] cada indivíduo de uma sociedade não pode ter um padrão de vida tão alto quanto ao qual aspire.”¹⁴²

Assim, Clemerson Clève, ilustrativamente, utiliza a metáfora do “cobertor curto demais”: o Estado tem muitas tarefas, e os recursos não são suficientes para atender a todas em sua integralidade. Desse modo, “se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés.”¹⁴³

Nesse contexto, Novais bem observa que a escassez, nos estados contemporâneos, raramente será absoluta, uma vez que, no todo, sempre haverá recursos suficientes para cumprir exigências individuais. Todavia, nunca haverá o bastante para satisfazer *todas* elas. Ou seja, “nunca há dinheiro, mas sempre há dinheiro”.¹⁴⁴

Ricardo Lobo Torres, quanto a isso, ressalta que a insuficiência de recursos não poderia ser alegada no que toca aos direitos que compõem o cerne do mínimo existencial. Nesses casos, deve o Estado abrir linhas adicionais de crédito e, de uma forma ou de outra, garantir a sua satisfação.¹⁴⁵

A reserva do possível, por conseguinte, tem por principal finalidade proteger o equilíbrio na alocação desses recursos, bem como o respeito às escolhas democráticas legítimas quanto ao tema.¹⁴⁶

Nesse passo, a legitimidade da invocação do conceito pressupõe uma atuação eficiente por parte da administração pública. Ou seja, não é possível negar o atendimento a um direito fundamental social sob o pretexto de falta de recursos, quando estes são desperdiçados pela má condução da coisa pública. Dessa forma, ganha especial relevância o princípio da eficiência, no

¹³⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 91.

¹³⁸ PEREIRA, op cit, p. 246.

¹³⁹ NOVAIS, op cit, p. 98-100.

¹⁴⁰ AMARAL, op cit.

¹⁴¹ MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Ed. 6. São Paulo: Cengage Learning, 2016. p. 4.

¹⁴² Ibid. p. 4.

¹⁴³ CLÈVE, op cit, p. 6.

¹⁴⁴ NOVAIS, op cit, p. 115.

¹⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 95-96.

¹⁴⁶ OLIVEIRA, 2022. p. 140-142.

sentido de maximizar a utilidade dos recursos estatais para a obtenção dos objetivos públicos - e com isso minimizar os impactos da reserva do possível.¹⁴⁷

Portanto, cabe aos entes estatais comprovarem que estão utilizando os recursos existentes de maneira adequada e, ainda assim, não há o suficiente para atender à pretensão formulada pelo particular na hipótese concreta.¹⁴⁸

Diante disso, Pereira sustenta que o conceito pode ser dividido remetendo-se à possibilidade econômica, jurídica e política¹⁴⁹. Mariana Filchtiner Figueiredo e Ingo Sarlet, além de Daniel Sarmiento, por outro lado, defendem que a divisão mais adequada se dá entre a possibilidade fática, jurídica e relativa à proporcionalidade e razoabilidade.¹⁵⁰ Por sua vez, José Reinaldo de Lima Lopes e Ricardo Lobo Torres afirmam que o conceito pode ser dividido em possibilidade econômica e jurídica.¹⁵¹

A possibilidade econômica se relaciona com a inexistência ou insuficiência de recursos disponíveis para o atendimento de determinadas prestações. Ela se funda, como afirma Ingo Sarlet, na inviabilidade de ignorar a conjuntura socioeconômica e a realidade, propriamente dita, ao analisar as pretensões particulares.¹⁵²

Assim, o autor explica que “negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de - qual toque de Midas - gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real.”¹⁵³

Ana Paula de Barcellos ressalta que nenhuma norma – por mais clara, precisa e bem-intencionada – pode ser aplicada na ausência de recursos materiais para a sua realização.¹⁵⁴ Citando Barroso, a autora destaca que tais hipóteses caracterizam pura “insinceridade normativa”.¹⁵⁵

Lopes aponta que essa ponderação não tem por base apenas a impossibilidade empírica “*tout court*”, mas pode abranger também aspectos técnicos ou envolvendo a proporcionalidade e o custo-benefício da demanda.¹⁵⁶ Nesse passo, Pereira subdivide o conceito em possibilidade fática, técnica e financeira.¹⁵⁷

A fática remete-se à efetiva escassez de bens materiais para satisfazer o pleito. A técnica tem a ver com o progresso científico: por vezes simplesmente não há tecnologia avançada o bastante para garantir certo direito – como a cura da AIDS –, ou, mesmo havendo, a sua oferta é muito diminuta ou os preços, muitos altos.¹⁵⁸

Por sua vez, a financeira envolve, mais propriamente, recursos pecuniários. Pode haver bens suficientes para a satisfação do direito, entretanto o dinheiro é insuficiente para adquiri-los. Isto é, o Estado, por meio de sua estratégia orçamentária, destinou-o a fins diversos – os quais podem ser igualmente legítimos.¹⁵⁹

Como assevera Lopes, nesse último caso, o fornecimento é possível, porém indesejável. Em algum ponto, então, a discussão se desloca do plano fático-econômico para o político,

¹⁴⁷ SARLET, 2018, p. 373; GALDINO, op cit, p. 267. PEREIRA, op cit, p. 214.

¹⁴⁸ SARLET, 2018, p. 373; PEREIRA, op cit, p. 251. SCAFF, op cit, p. 44. CARVALHO, Humberto Lucchesi de; SENA, Roberto Miglio. Princípios de Direito Administrativo: evolução, releitura e perspectivas no mundo pós-pandêmico. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 97.

¹⁴⁹ PEREIRA, op cit, p. 69.

¹⁵⁰ SARLET; FIGUEIREDO, op cit, p. 30. SARMENTO, op cit, p. 256.

¹⁵¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Ed. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 279-282. TORRES, 2009. p. 110.

¹⁵² SARLET, 2018, p. 363.

¹⁵³ Ibid. p. 363.

¹⁵⁴ BARCELLOS, op cit, p. 275.

¹⁵⁵ BARROSO, 2006, p. 59.

¹⁵⁶ LOPES, op cit, p. 182.

¹⁵⁷ PEREIRA, op cit, p. 50.

¹⁵⁸ Ibid. p. 60.

¹⁵⁹ Ibid. p. 55.

abrangendo a forma como o Legislativo e Executivo priorizam alguns setores e objetivos estatais em relação a outros.¹⁶⁰

A escassez de recursos impõe que, por vezes, façam-se escolhas trágicas, atendendo-se a uma necessidade e prescindindo-se de outra. Não se trata, aqui, de negar a existência de um ou outro direito, mas tão somente de priorizar a realização de um deles – tendo em vista que não se podem concretizar todos ao mesmo tempo.¹⁶¹

Desse modo, Amaral aponta que as necessidades humanas são infinitas, dinâmicas e “devoram os recursos”, de forma que não há um futuro em que todos estejam plenamente satisfeitos em todos os âmbitos.¹⁶² Nesse sentido, também Barcellos ressalta que pode haver várias formas igualmente legítimas de satisfazer certo direito social, e a escolha do legislador ou administrador entre elas, por si só, não deve ser alterada pelo Judiciário.¹⁶³ Clève, assim, explica que um orçamento bem organizado, com decisões racionais quanto ao que será priorizado, é essencial para a própria realização dos direitos fundamentais pelo Estado – o qual dificilmente atuará de forma satisfatória caso suas finanças não estejam saudáveis.¹⁶⁴

Observe-se, aqui, como já mencionado, que um dos principais motivos pelos quais os direitos sociais não foram positivados na Constituição alemã é a intenção de manter a discussão com relação a eles nas mãos dos agentes com suposta legitimação democrática. Dessa forma, ganha também especial relevância a separação de poderes, a qual impede que o Judiciário intervenha nessas decisões, salvo em casos muito específicos.

No Brasil, todavia, tais direitos foram amplamente previstos na Constituição. Logo, não se deve aceitar uma discricionariedade irrestrita por parte dessas instituições. Com efeito, ainda que se tenha em vista a importância da legitimidade democrática atribuída a elas, a Constituição impõe, desde o princípio, parâmetros a serem seguidos e objetivos sociais a serem perseguidos. Assim, o Estado democrático de direito não admite um governo exercido puramente pela maioria. É necessário respeitar os direitos fundamentais de todos os cidadãos, independentemente dos anseios majoritários. Nessa área, revela-se essencial o controle judicial dessas escolhas – justamente o que se busca evitar no plano germânico.¹⁶⁵

Pelo modelo constitucional brasileiro e também pelo sistema internacional de direitos humanos vinculado, refutar a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais pela via judicial atende a padrões ideológicos e não técnicos. As garantias judiciais são um importante mecanismo para romper com a dicotomia e ambivalência instauradas de que a categoria dos direitos civis e políticos merece acatamento e plena realização enquanto os direitos sociais ficam à mercê da boa-vontade e caridade estatal.¹⁶⁶

Nesse passo, Sarlet destaca que não se pode admitir uma inversão hierárquica, em que as normas orçamentárias definidas pelo legislador se sobreponham às previsões constitucionais, a fim de promover objetivos diversos ou simplesmente manter os “cofres cheios”.¹⁶⁷ Nesta esfera, Barcellos defende que, quando uma decisão política for claramente contrária à realização de um objetivo constitucional ou atentar contra o mínimo existencial, ela pode ser modificada na via judicial.¹⁶⁸

Moura e Ribeiro, por sua vez, sustentam que “na construção do orçamento público, não basta mais a análise meramente técnica entre obtenção de recursos e gasto público, mas deve-se

¹⁶⁰ LOPES, op cit, p. 182-183.

¹⁶¹ Cf. AMARAL, op cit, p. 45-46. OLIVEIRA, 2022. p. 142.

¹⁶² Ibid, p. 16.

¹⁶³ BARCELLOS, op cit, p. 242.

¹⁶⁴ CLÈVE, op cit, p. 3.

¹⁶⁵ Ibid. p. 266; FACHIN, 2013, p. 100-101.

¹⁶⁶ FACHIN, 2013, p. 102-103.

¹⁶⁷ SARLET, 2018, p. 376.

¹⁶⁸ BARCELLOS, op cit, p. 242-243.

considerar sua construção dentro de um sistema deontológico orientado pela Constituição Federal e direcionado à justiça social”.¹⁶⁹

Para tanto, é necessário, entre outros, adotar medidas para corrigir as distorções causadas pelo caráter regressivo do sistema tributário brasileiro – no qual as classes mais baixas pagam proporcionalmente mais impostos que as mais altas. Quanto a isso, Gabardo e Wasilewski apontam que, na maioria dos casos, a ausência de recursos é uma opção política, tanto pela destinação a fins diversos do atendimento aos direitos fundamentais, quanto pela arrecadação intencionalmente insuficiente da parte mais privilegiada do espectro econômico.¹⁷⁰

Nesse contexto, é paradigmática a decisão do Min. Celso de Mello na ADPF 45, que fixou pela primeira vez parâmetros para a análise da alocação de recursos escassos pelos poderes e a reserva do possível. Na ocasião, o ministro asseverou que a reserva não pode ser utilizada como “obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.”¹⁷¹

Segundo o Ministro, seria necessário utilizar o binômio, já referido, de razoabilidade da pretensão do particular ante a disponibilidade de recursos públicos para o seu atendimento. Abaixo do mínimo existencial, contudo, não seria mais cabível qualquer ponderação, haja vista a necessidade absoluta de sua implementação.

Em sentido semelhante, Saulo Lindorfer Pivetta argumenta que o controle jurisdicional pode se dar, independentemente da reserva do possível, quando houver abuso ou exclusão indevida dos particulares por parte dos formuladores das políticas. Não se pode, dessa forma, utilizar a escassez como véu para encobrir tais condutas. Quando, porém, verificar-se que os recursos são de fato insuficientes – cuja demonstração será sempre ônus do poder público –, é ainda necessário averiguar se a alocação que ocasionou tal fato é legítima.¹⁷²

Indo adiante, Paulo e Adriana Schier ressaltam que há uma descrença generalizada – advinda dos mais diversos fatores históricos e socioculturais – na capacidade dos poderes Legislativo e Executivo para formularem políticas públicas de modo a atender verdadeiramente os interesses coletivos. Por outro lado, também já se constatou que o Judiciário não é o âmbito mais adequado para se discutirem questões de interesse geral, no contexto macro.¹⁷³ Surge, então, uma aporia, em que nenhuma solução pode ser levada às suas últimas consequências.¹⁷⁴

Em resposta a esses problemas, tanto Amaral, quanto Barcellos e Pereira, defendem a importância do desenvolvimento de métodos coletivos de solução de conflitos na esfera judicial, que permita maior diálogo entre todos os possíveis atingidos, bem como com os próprios poderes responsáveis pela alocação dos recursos.¹⁷⁵ Melina Fachin e Caio Bueno destacam que, para tal fim, deve-se adotar e implementar o conceito de decisões estruturantes, que desloca o foco processual da ação processual para a coletiva, e do interesse privado para o público.¹⁷⁶ Sarmento, quanto a esse ponto, cita como exemplo o já abordado julgamento Hartz IV da Corte Suprema

¹⁶⁹ MOURA; RIBEIRO, op cit, p. 238.

¹⁷⁰ GABARDO; WASILEWSKI, 2021. p. 717-719.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº. 45. Relator: Min. Celso de Mello. DJu: 05/04/2004.

¹⁷² PIVETTA, Saulo Lindorfer. Restrições à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais e a relevância jurídica da escassez de recursos financeiros. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. *Direito administrativo e suas transformações atuais*. Curitiba: Editora Íthala, 2016. p. 129-131.

¹⁷³ AMARAL, op cit, p. 18.

¹⁷⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 18, n. 74, 2018. p. 90.

¹⁷⁵ AMARAL, op cit, p. 18. BARCELLOS, op cit, p. 251-260. PEREIRA, op cit, p. 216.

¹⁷⁶ FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMAN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, 2018.

alemã – que definiu parâmetros objetivos para o eventual controle judicial da distribuição de recursos por parte do legislador.¹⁷⁷

Como se vê, embora o conceito de reserva do possível tenha migrado diretamente da Alemanha para o Brasil, há diferenças substanciais entre a ideia originária e a que vige em nosso país. Estas, em regra, derivam de diferenças essenciais quanto ao próprio sistema de direitos fundamentais e sociais – ou fundamentais sociais – adotados em cada ordenamento. Os efeitos práticos dessas divergências teóricas certamente demandam análise, a qual poderá se dar por uma comparação aprofundada da jurisprudência de cada nação sobre o tema. Tal fértil tarefa, porém, não será objeto deste trabalho.

CONCLUSÕES

Quando a migração de uma ideia constitucional ocorre, o instituto “migrante”, invariavelmente, sofre todo tipo de transformação para se adaptar ao novo ambiente. Assim, quando se fala na transferência do *Vorbehalt des Möglichen* alemão para o Brasil, recebido aqui como reserva do possível, é certo que há diferenças salutares entre a ideia germânica e a nossa.

O presente trabalho não buscou, de forma alguma, demonstrar a superioridade de uma em relação à outra. Analisar tais divergências é de grande importância para compreender a razão de ser do instituto em nosso país, bem como para lançar um olhar crítico sobre a sua aplicação. Além disso, tê-las em mente demonstra que não se podem receber, sem ressalvas, os ensinamentos germânicos ou lusos sobre o tema. Deve-se, antes, atentar-se para as peculiaridades entre os sistemas, fazendo as devidas adaptações.

Partindo para a análise comparativa em si, propomos as seguintes conclusões:

A diferença entre a reserva do possível no Brasil e na Alemanha parte, desde logo, de cenários muito diversos. Aqui, os direitos sociais foram expressamente positivados na Constituição, a qual também previu que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata. Lá, ao contrário, os direitos sociais não têm previsão na lei fundamental, e compreende-se que carecem de concretização legislativa.

Os direitos fundamentais alemães costumam ser divididos entre os de liberdade (*Freiheit*) – que podem ser exigidos por meio do Judiciário e têm eficácia direta – e os de participação (*Teilhabe*) – que, em regra, não. De acordo com o decidido pela Corte Constitucional no *numerus clausus*, estes podem, todavia, adquirir essa justiciabilidade, de caráter originário, quando forem pressupostos para o exercício de uma liberdade, em seu aspecto material.

A *Vorbehalt des Möglichen*, no cenário germânico, surge então como uma maneira de controlar e viabilizar uma ampliação significativa dos direitos exigíveis pelos cidadãos – o reconhecimento de direitos de *Teilhabe* originários –, limitando-os “àquilo que possa ser razoavelmente demandado da comunidade”. No Brasil, por outro lado, o conceito tem por finalidade limitar a exigibilidade daquilo que está expressamente positivado na Constituição, restringindo direitos fundamentais.

Nesse contexto, ambos os países adotam a concepção de que a reserva não pode se aplicar ao mínimo existencial. Os alemães dividem o conceito em mínimo fisiológico e mínimo sociocultural – o que também costuma ser adotado por aqui. Na visão deles, o primeiro é totalmente imune a ponderações de ordem financeira, ao passo em que o segundo está submetido à reserva do possível, salvo no essencial para o exercício dos direitos de liberdade.

Por outro lado, a sistemática brasileira não comporta uma distinção forte quanto à exigibilidade do mínimo fisiológico e sociocultural. Este pode ser exigido e limitado com a mesma lógica daquele – ou ambos estão sujeitos à reserva do possível, ou nenhum, ainda que em graus diversos. Além disso, ao menos em tese, não abrange apenas o núcleo mínimo necessário para os

¹⁷⁷ SARMENTO, op cit, p. 263.

direitos de liberdade, mas também outras prestações sociais e culturais que contribuam para uma existência digna.

É importante ressaltar que todo o aparato do mínimo existencial e da reserva do possível na Alemanha serve para fundamentar e viabilizar a exigência de direitos não previstos na Constituição. Enquanto isso, no Brasil, tem por finalidade limitar os direitos efetivamente elencados pelo constituinte – o que não significa que não tenham outras utilidades, como mencionado acima.

Indo adiante, a formulação germânica permite compreender que a reserva do possível é tida como um limite imanente ao direito. Quando a pretensão do particular deixar de ser razoável, ele não mais subsistirá. De outra ponta, a maior parte da doutrina brasileira a enxerga como um limite externo, o qual pode servir como critério de ponderação, sem descaracterizar o descumprimento do direito em sua integralidade.

A principal razão elencada pelos alemães para lastrear a inexigibilidade dos direitos sociais perante o Judiciário e submetê-los à reserva do possível é a manutenção das decisões quanto a eles no âmbito do Legislativo e do Executivo, os quais, a princípio, possuem legitimação democrática para dispor sobre os recursos da coletividade.

No direito pátrio, contudo, a decisão já foi tomada pelo constituinte e deve ser respeitada pelos poderes constituídos na formulação das leis orçamentárias e das políticas públicas. Portanto, sobretudo os direitos fundamentais devem ser preservados mesmo que em caráter contramajoritário, de modo que os argumentos quanto ao respaldo democrático e à separação dos poderes não subsistem por aqui.

Nesse passo, vários autores brasileiros propõem a adoção de métodos coletivos de resolução de conflitos, em uma concepção de macrojustiça, com a utilização de decisões estruturantes. Para esse fim, torna-se especialmente relevante a decisão *Hartz IV*, proferida pela *Bundesverfassungsgericht*, que estabeleceu parâmetros objetivos para o controle da alocação de recursos e da formatação das políticas públicas pelo legislador.

Como se pode verificar, a migração para nosso país acarretou mudanças essenciais no conceito do *Vorbehalt des Möglichen*. Todavia, a reserva do possível ainda carece de compreensão e desenvolvimento mais profundos nesse novo lar, que a tornem uma *cidadã brasileira* mais consciente, mais atuante, mais eficaz. Ao a colocarmos frente a frente com a sua versão alemã “original”, esperamos ter contribuído para essa finalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez, escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Ed. 2. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Ed. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e par metros para a atuação judicial*. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Ed. 8. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERLIN, Isaiah. *Two concepts of freedom*. In: BERLIN, Isaiah. HARDY, Henry (org.). *Liberty: incorporating four essays on liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002

CANDIDO, Antonio. O direito à literatura. In: _____. *Vários escritos*. Ed. 5. Rio de Janeiro: Ouro Sobre Azul, 2011. p. 171-193.

CANOTILHO, Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CARVALHO, Humberto Lucchesi de; SENA, Roberto Miglio. *Princípios de Direito Administrativo: evolução, releitura e perspectivas no mundo pós-pandêmico*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

CHOUDHRY, Sujit. *Migration as a new metaphor in constitutional law*. In: _____. *The Migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CLÈVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 54, 2006.

DEPENHEUER, Otto. Vorbehalt des Möglichen. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 12. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2014.

EPPING, Volker. *Grundrechte*. Ed. 8. Berlim: Springer Verlag, 2019.

ESCOREL, Eduardo. Direito ao cinema. *Revista Piauí*, ago. 2019. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/o-direito-ao-cinema/>.

FACHIN, Melina Girardi. Direito humano ao desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação. Tese (doutorado em direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMAN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, 2018.

FRANKENBERG, Günter. *Constitutional transfer: The IKEA theory revisited*. I.CON, v. 8, n. 3, Oxford University Press, 2010.

FREITAS, Leonardo Buissa; GOMIDES, Débora Barcellos Vieira. Mínimo existencial e direitos sociais fundamentais: políticas públicas de educação como caminho para a efetivação de liberdade. *Interesse Público*, ano 20, n. 109, Belo Horizont, 2018. p. 83-100.

GAIER, Reinhard; LEAL, Márcio Flávio Mafra (trad.) Pretensões positivas contra o estado e a reserva do possível na jurisprudência do tribunal constitucional federal. *II Seminário Internacional Brasil-Alemanha Thompson Flores*, Florianópolis, 2011. p. 13-21.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. Das Verfassungsrechtliche Existenzminimum im “Hartz IV”-Urteil des Bundesverfassungsgericht. *Bonner Rechtsjournal*, Bonn, n. 1, 2020. p. 4-11.

HÄBERLE, Peter. Menschenwürde als Grundlage der Staatlichen Gemeinschaft. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 2. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2004.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240.

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: Norton and Company, 2000.

ISENSEE, Josef. Rationierung von Gesundheitsleistungen - Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Kontingentierung. *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, Heidelberg, n. 93, 2004. p. 651-673.

JELLINEK, George. *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

KIRCHHOF, Paul. Die Identität der Verfassung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 2. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2004.

KIRCHHOF, Paul. Mittel Staatlichen Handelns. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 5. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2007.

KIRCHHOF, Paul. Medizin Zwischen Ethik, Recht und Vorbehalt des Möglichen. In: KERN,

Bern-Rüdiger; WADLER, Elmar; SCHROEDER, Klaus-Peter; KATZENMEIER, Christian. *Humaniora: Medizin – Rechte – Geschichte*. Berlin: Springer Verlag, 2006.

KRELL, Andreas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n.º 144, out-dez 1999. p. 239-260.

LANDAU, Herbert. Gesundheit als Staatsziel? Verfassungsrecht und Staatsaufgaben. In: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. (org.). *Volkskrankheiten - Gesundheitliche Herausforderungen in der Wohlstandsgesellschaft*. Freiburg: Herder Verlag, 2009.

LEGRAND, Pierre. *The impossibility of legal transplants*. *Journal of European and Comparative Law*, MJ 4, 111, Maastricht, 1997. p. 111-124.

LEIJTEN, Ingrid. The German Right to an Existenzminimum, Human Dignity, and the Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection. *German Law Journal*, Frankfurt, n. 1, v. 16, 2015.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Ed. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Ed. 6. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. RIBEIRO, Jamir Calili. Direitos fundamentais sociais, orçamento público e reserva do possível: o dever de progressividade nos gastos públicos. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 16, nº. 7, jan-abr 2017. p. 225-241.

MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 9. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2011.

NEUMANN, Volker. Menschenwürde und Existenzminimum. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Berlim, 1995.

NIPPERDEY, Hans Carl. ALVES, Waldir (trad.). Direitos fundamentais e direito privado. In:

DÜRIG, Günter; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen; HECK, Luís Afonso (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. *Teoria jurídica da atenção primária à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

PAPIER, Hans-Jürgen. Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Grundrechte. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (org.). *Handbuch des Grundrechts in Deutschland und Europa*. V. 3. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2009.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Reserva do possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

PERLINGEIRO, Ricardo. É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais?. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 2, set-out 2013. p. 163-185.

PERNICE, Ingolf. Multilevel constitutionalism in the european union. *Walter Hallstein-Institut Für Europäisches Verfassungsrecht-Paper*, Berlim, n. 5, 2002.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Restrições à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais e a relevância jurídica da escassez de recursos financeiros. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. *Direito administrativo e suas transformações atuais*. Curitiba: Editora Íthala, 2016. p. 117-133.

PONTES DE MIRANDA. *Direitos à subsistência e direito ao trabalho*. Rio de Janeiro: Alba Limitada, 1933.

RÜFNER, Wolfgang. Leistungsrechte. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (org.). *Handbuch des Grundrechts in Deutschland und Europa*. V. 2. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2006.

SANDRI, Andreas. Il vorbehalt des möglichen nella giurisprudenza delle corti tedesche. *Gruppo di Pisa – Dibattito Aperto Sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, Pisa, n. 3, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Ed. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Ed. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e ideologia*. Ed. 3. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Argumentum – Revista de Direito*, Marília, n.º 6, 2006. p. 31-46.

SCHEPPELE, Kim Lane. *Aspirational and aversive constitutionalism: the case for studying cross-constitutional influence through negative models*. I.CON, v. 1, n. 2, Oxford University Press and New York School of Law, 2003.

SCHIER, Paulo Ricardo. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 18, n. 74, 2018. p. 67-96.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia. das Letras, 2010.

SORIA, José Martinez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter europäischem und innerstaatlichen Druck. *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, Berlin, n. 43, 2006.

TEUBNER, Günther. *Legal Irritants: Good faith in british law or how unifying law ends up in new divergences*. The Modern Law Review (MLR 61:1), Oxford, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, 1989. p. 29-49.

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

UDSCHING, Peter. Krankenversicherungsrechtliche Perspektive. In: *Gerecht Sorgen - Verständigungsprozesse über dem Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Lebensende*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2013.

WASILEWSKI, Dione J.; GABARDO, Emerson. A insuficiência de tributação como fundamento para o afastamento da reserva do possível na garantia do mínimo existencial e da dignidade humana. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 1., 2021. p. 710-731.

WATSON, Allan. *Legal transplants: an approach to comparative law*, Ed. 2. Athens (US): University of Georgia Press, 1992.

ZACHER, Hans. Das soziale Staatsziel. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 1. Heidelberg: CF Müller Verlag, 1987.

ZACHER, Hans. *Soziale Grundrechte und Teilhaberechte*. Menschenrechte - Ihre Geltung Heute. Berlin: Colloquium Verlag, 1982.