



UNIFACS
UNIVERSIDADE SALVADOR
LAUREATE INTERNATIONAL UNIVERSITIES*

UNIVERSIDADE SALVADOR
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS
CURSO DE DIREITO

CARLOS COLAVOLPE BRITTO
GABRIEL DE CARVALHO GONÇALVES

**ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A ESCASSEZ DE RECURSOS,
OS CUSTOS DOS DIREITOS, A RESERVA DO POSSÍVEL E A
CONTRAPARTIDA DO MÍNIMO EXISTENCIAL: OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS VISTOS DE UM NOVO ÂNGULO**

SALVADOR
17 DE JANEIRO DE 2012

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A ESCASSEZ DE RECURSOS, OS CUSTOS DOS DIREITOS, A RESERVA DO POSSÍVEL E A CONTRAPARTIDA DO MÍNIMO EXISTENCIAL: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS VISTOS DE UM NOVO ÂNGULO

**Autores: Gabriel Carvalho de Gonçalves¹
Carlos Colavolpe Britto²**

Resumo: O presente artigo tem como escopo maior a elucidação de estudiosos do Direito para uma nova – ainda que óbvia – visão acerca dos direitos fundamentais, relacionando-os com os conceitos, ainda pouco explorados em nossa doutrina, da escassez de recursos, dos custos dos direitos, da reserva do possível e do mínimo existencial, terminando por demonstrar que não há mais falar na dicotomia direitos negativos/direitos positivos. Para tanto, foram utilizados os métodos indutivo e dedutivo, retirando-se as informações mais importantes dos livros de doutrina, bem como de artigo científico. Ao longo do trabalho os resultados encontrados foram no sentido de que tais considerações ainda não são levadas em conta, pelo menos de maneira mais contundente, quando da apreciação dos direitos fundamentais, principalmente dos sociais. Concluiu-se que a junção de tais conceitos à maneira de lidar com os direitos fundamentais, tanto no momento de criação legislativa, quanto no momento de sua aplicação, faz com que os mesmos sejam bastante eficazes, principalmente os direitos fundamentais sociais.

Palavras-chave: Escassez. Custos. Reserva. Mínimo. Direitos fundamentais.

¹ Aluno do 5º ano do Curso de Direito da Universidade Salvador – UNIFACS – e-mail: biel.gcg@hotmail.com

² Aluno do 5º ano do Curso de Direito da Universidade Salvador – UNIFACS – e-mail: carlos_britto@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, nos encontramos frente a frente com um verdadeiro descaso, não só por parte do governo, mas também de uma parcela da própria sociedade, com a questão da efetiva implementação e concretização dos direitos fundamentais, principalmente os direitos fundamentais sociais.

Se há uma possível explicação a tal realidade, a mais plausível seria a da inexistência de recursos financeiros suficientes para o atendimento de todos os direitos e, conseqüentemente, de todas as pessoas, traduzindo-se na chamada escassez de recursos, que é agravada pelos custos dos direitos.

Havendo escassez de recursos e uma demanda infinita por atendimento por parte da população, nos deparamos frente ao problema da alocação de recursos, que é nada mais, nada menos, que uma consequência lógica dessa desequilibrada realidade.

Desse jeito, surgem as escolhas trágicas, que são escolhas eminentemente disjuntivas, no sentido de que quando um for atendido, alguém estará sofrendo com essa falta de recursos em outro lugar.

Ainda que haja escassez, aquilo que é considerado como essencial ao indivíduo deve ser sempre garantido, por isso a teoria do mínimo existencial como contrapartida a toda a argumentação que gira em torno da escassez de recursos. O conteúdo essencial dos direitos aparece como limite ao discurso governamental de impossibilidade de atendimento da população.

2 UM NOVO VIÉS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. A ESCASSEZ DE RECURSOS

Quando falamos de direitos fundamentais, mormente dos direitos fundamentais sociais, os ditos de segunda dimensão, há uma série de considerações que, ultimamente, ainda que de maneira não satisfatória, tem sido suscitada nos meandros da doutrina e jurisprudência brasileiras.

É o pouco conhecido viés quase econômico de observação do mundo jurídico, mais especificamente, dos direitos e, nesta seara, dos direitos fundamentais sociais. É o despertar para questões tão óbvias, mas que, ao que parece, não se faziam claras diante dos olhos atentos dos cientistas jurídicos e também sociais do Brasil. Algo que para os economistas

sempre existiu, para a comunidade jurídica, ao menos em tese, não fazia parte do corpo de matérias que deveria ser levado em consideração.³

São expressões como “escassez de recursos”, “custos dos direitos”, “reserva do possível” e “mínimo existencial”. Expressões tais que vêm ganhando mais força no meio que envolve a discussão sobre os direitos fundamentais sociais, justamente com o surgimento de alguns modelos teóricos como o “modelo teórico dos custos dos direitos” que supera a dicotomia positivo/negativo (relacionada à questão das dimensões dos direitos fundamentais), esta intimamente jungida à realidade da escassez de recursos e dos custos dos direitos.⁴

Quando se fala em escassez de recursos, o que se pretende evidenciar é, com supedâneo em noções básicas de economia, que os bens e recursos existentes não são satisfatórios para prover as nada limitadas necessidades (num viés econômico) humanas. Tais bens (materiais ou imateriais) devem ser considerados como qualquer um que seja passível de utilização para suprimento de alguma realização do indivíduo, e para isso são necessários recursos.⁵ Se não há o suficiente para atender a todos, então, pode-se dizer que um bem é escasso.⁶

Os bens, economicamente observados e, também, sob a ótica da escassez de recursos, podem ser considerados como livres (a) e econômicos (b). Estes estão susceptíveis ao problema da escassez, já que composto de utilidade, tendo a comida como exemplo. Aqueles são os que, em certo momento, por algum motivo, não sofrem os efeitos da escassez, como o ar atmosférico. Havendo bens – e sendo estes livres – e ilimitados recursos, não teríamos economia e talvez nem mesmo tal ciência existiria. Isso, na prática, é impossível e, portanto, faz-se necessário ter em conta a preocupação de como serão distribuídos aqueles que existem.⁷

É a limitação de recursos que proporciona o surgimento do fenômeno da escassez, o que acaba por impor ao Poder Público a tarefa de distribuí-los e redistribuí-los entre os que deles (dos recursos) necessitam. A mesma escassez gera disputas entre os homens em torno dos mencionados bens. Seja qual for a sua natureza, o conflito surgirá. Tal conflito deve ser observado de duas óticas: uma relacionada ao estudioso do Direito, e a outra ao ente político,

³ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 346.

⁴ Ibid., p. 181.

⁵ Ibid., p. 155-156.

⁶ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 73.

⁷ GALDINO, op. cit., p. 156.

sendo para aquele um problema de colisão de normas e, para este, a escolha de uma opção.⁸ A questão é saber em que local, programa ou direito os recursos serão alocados. A solução encontrada no ramo político sempre envolverá uma opção e, com a escolha de uma dentre muitas, irreversivelmente a outra sucumbirá em detrimento da que foi escolhida. Em diversas situações, a escolha será trágica. Um exemplo disso é a escolha entre a construção de um hospital e uma escola.⁹ Como afirma Flávio Galdino, “as decisões alocativas são, via de regra, disjuntivas, implicando atender a uns e não atender a outros”.¹⁰

São os chamados **trade-offs**, os quais são feitos pelo Estado todos os dias. Já que escassos os recursos do Estado, a realização de escolhas sempre sacrificará, ainda que parcialmente, outras opções que estavam disponíveis.¹¹ Já no mencionado plano jurídico, onde as escolhas representam colisões entre normas, pode-se afirmar que a questão da escassez e dos custos dos direitos praticamente não é levada em consideração.¹²

Dessa maneira, pelo menos de acordo com o entendimento dominante que paira entre nós, para o plano jurídico, a escassez de recursos só gerará embates quando as colisões de direitos disserem respeito aos chamados direitos sociais, ou de segunda dimensão, já que, para eles, somente essa categoria de direitos é que demandam prestação do ente estatal, ou seja, demanda recursos. Em síntese, para esse tipo de pensamento, os direitos individuais, ou os chamados direitos de liberdade (os negativos), não integram as opções dadas às escolhas trágicas.¹³

3 OS CUSTOS DOS DIREITOS E A SUPERAÇÃO DA RETRÓGRADA DICOTOMIA DIREITOS NEGATIVOS/DIREITOS POSITIVOS

É com base no argumento contrário a essa dicotomia que, além da inexorável existência da escassez de recursos, outro problema que, como dito anteriormente, apesar de estar logicamente ligado à efetividade dos direitos fundamentais sociais, não é de primeira enxergado, surge, é a questão dos custos dos direitos.

Falar sobre os custos dos direitos nos remete à antiga e equivocada dicotomia: direitos negativos e direitos positivos. Com notável inocência, aqueles que tomavam conta dos estudos e análises do Direito pensaram, durante muitos anos, que os direitos humanos –

⁸ Ibid., p. 156-158.

⁹ Ibid., p. 158-159.

¹⁰ AMARAL, op. cit., p. 110.

¹¹ GALDINO, op. cit., p. 160.

¹² Ibid., p. 161.

¹³ Ibid., p. 162.

muitos deles, na verdade – seriam caracteristicamente negativos, ou seja, aqueles que dispensavam atuação estatal, tornando-se realizáveis apenas com a abstenção daquele ente (o Estado).¹⁴ É uma denúncia que Amartya Sen faz à ingenuidade da estrutura conceitual que fundamenta o discurso sobre os direitos humanos, não dando endosso à citada dicotomia.

A verdade é que todos os direitos fundamentais geram despesas. Sejam eles negativos ou não, todos possuem custos. A distinção jurídica entre direitos fundamentais negativos e positivos não é natural, sendo motivada por razões de ideologia que não se fazem claras. Não há mais a possibilidade de sustentar a afirmativa de que existe um determinado direito fundamental sem levar em conta a questão acerca dos seus custos, comportamento tal que acabaria por causar um caos generalizado quando descobrissem as promessas irrealizáveis constantes, por exemplo, da Constituição Brasileira de 1988. Dessa maneira, levando-se em consideração a ideia dos custos na conceituação de direito fundamental, será possível falar em um “conceito pragmático de direito fundamental”.¹⁵ Seria um tratamento mais sincero em torno da possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais.

Com base na dicotomia direitos positivos/direitos negativos tem-se como bastante corriqueira a elaboração que refere os custos financeiros e econômicos como simples obstáculos à observância somente dos direitos fundamentais que reclamam prestação positiva do ente estatal, ou seja, os direitos econômicos e sociais. Com isso, costuma-se afirmar que uma pessoa tem direito a certas prestações sem a mais superficial análise das possibilidades materiais de concretude das mesmas.¹⁶

Para Gustavo Amaral “há direitos cuja efetividade social pode ser apenas ‘jurídica’, pois correspondem a pretensões de abstenção, ao passo que outros, para serem cumpridos, para sair do papel, necessitam intrinsecamente da existência de um aparato público, vale dizer, demandam recursos materiais”.¹⁷ É que este autor acredita que existem direitos que não necessitam de financiamento por parte do Estado, alegando que os chamados direitos de liberdade apenas demandam um comportamento estatal omissivo.

Ainda na mesma linha de pensamento, o referido autor afirma que a assimilação dos direitos de segunda dimensão (direitos econômicos e sociais) como positivos não é natural. Para ele, existem direitos que não reclamam qualquer conduta estatal inseparavelmente conexa, como o direito de greve e o direito de sindicalização. Crê o renomado autor que a

¹⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 261.

¹⁵ GALDINO, op. cit., p. 338-339.

¹⁶ Ibid., p. 193.

¹⁷ AMARAL, op. cit., p. 35.

liberdade de expressão e de credo são bons exemplos daqueles direitos tidos como negativos, ou seja, que não precisam de uma conduta do Ente Público.¹⁸

Ocorre que, a denominação dada por esse autor aos direitos, levando em consideração as ligações mais fortes ou não destes com a questão dos custos, não é correta, já que acaba por incorrer em contradição. Desse modo ele divide os direitos em duas categorias, chamando-os de “direitos parcialmente independentes” e de “direitos dependentes”. Estes últimos seriam aqueles segundo os quais o consumo de recursos seria inexorável. Quanto aqueles, sustenta o autor que não existem questões orçamentárias que impeçam o seu cumprimento, como, por exemplo, uma ordem de habeas corpus.¹⁹ Porém, tal distinção não se mostra correta, já que se o direito é “parcialmente independente”, é porque ele tem um viés que dependerá da existência de recursos.

Não é à toa que o mesmo autor valeu-se da afirmativa sustentada por Sunstein e Holmes de que “levar os direitos a sério significa também levar a escassez a sério”.²⁰ Se há escassez é porque os bens são finitos e estes demandam recursos financeiros.

Desse modo, é possível afirmar que nada que demande dinheiro pode ser incondicional. Nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores angariados dos contribuintes pode ser unilateralmente protegido pelo Poder Judiciário sem considerações às consequências orçamentárias, pelas quais, em última análise, os Poderes Executivo e Legislativo são responsáveis. Direitos são relativos e, como já foi dito, não pretensões absolutas. Por isso, prestar atenção aos custos é um caminho paralelo a outros mais comumente trilhados, para o melhor entendimento da natureza qualitativa de todos os direitos, até mesmo os constitucionais. A atenção aos custos dos direitos revela a extensão em que a concretude dos direitos é feita através de trade-offs.²¹

Nesse ponto, ganha força a teoria desenvolvida por Sunstein e Holmes quando afirmaram que, - como anteriormente dito - a dicotomia direitos positivos/direitos negativos não deve mais existir.²² Ao passo em que o Estado é imprescindível ao reconhecimento e concreção dos direitos, e tendo-se em conta de que ele apenas funciona com base nas reservas de recursos econômico-financeiros coletados junto aos indivíduos pontualmente considerados,

¹⁸ Ibid., p. 44.

¹⁹ Ibid., p. 46.

²⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999, p. 94. (tradução nossa)

²¹ Ibid., p. 97. (tradução nossa)

²² Ibid., p. 14-15. (tradução nossa). No mesmo sentido: QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 7.

desemboca-se na conclusão de que os direitos somente vivem onde existe fluxo orçamentário que o permita²³, o que acaba por nos remeter ao problema dos custos e da positividade.

Constatando-se, então, que a ideia dos custos, ou melhor, os custos propriamente ditos, são indispensáveis para o momento de caracterização dos direitos, os autores (Sunstein e Holmes) sustentam que **todos os direitos são positivos**.²⁴ Deste modo, conclui-se que todo e qualquer direito depende de prestações estatais positivas, não havendo direitos puramente negativos. E se tal é válido para todos os direitos, quanto mais para os ditos direitos econômicos e sociais.

Os direitos demandam, minimamente, os recursos necessários para manter a complexa estrutura judiciária que oferece às pessoas uma esfera especializada em prover a tutela de seus direitos.²⁵ Além do mais, pensar que, tomando como base o argumento sustentado por Holmes e Sunstein, as prestações positivas passaram a integrar a lista daquelas sujeitas às escolhas (opções políticas do legislador, sempre trágicas, pois se atender a um, desatenderá, inexoravelmente, a outro), não é correto. Os direitos individuais sempre foram positivos. O ponto de distinção, agora, é o reconhecimento desse fato, e não a sua gênese.²⁶

Na contramão do que acima fora exposto, defende Gustavo Amaral que:

[...] há uma diferença intrínseca entre pretender que o Estado abstenha-se de algo e pretender que algo seja feito. Em ambos os casos se fará necessário um aparato para apreciar o pedido, ainda que instantaneamente, aparato esse que poderá ser custoso, como o judicial o é, mas apreciado o reclamo, **o acatamento de uma pretensão de abstenção é sempre possível**, pois não há o consumo de meios para sua execução. Concedida a ordem, a liminar, o salvo conduto, e comunicada a concessão, não há mais questões de recursos escassos que possam justificar a não-abstenção do Poder Público.²⁷

E continua:

Já quanto às prestações positivas, mesmo depois de apreciado o pleito será necessário o consumo de recursos para seu atendimento. Será necessário haver o efetivo policial para garantir o direito de ir e vir daquelas pessoas presas em um dado prédio por manifestantes, será necessária a intervenção do aparato estatal para garantir o direito de ir e vir dos moradores daquele edifício cuja entrada de garagem é diariamente bloqueada por barracas de vendedores ambulantes, ou a entrada de pessoa de cor em locais em que seu acesso é vedado. São também necessários recursos para fazer uma cirurgia ou fornecer um medicamento.²⁸

²³ Ibid., p. 20.

²⁴ GALDINO, op. cit., p. 204.

²⁵ HOLMES; SUNSTEIN, op. cit., p. 45. (tradução nossa)

²⁶ GALDINO, op. cit., p. 229.

²⁷ AMARAL, op. cit., p. 63.

²⁸ Ibid., loc. cit.

É claramente perceptível o diferente posicionamento adotado pelo referido autor, já que resiste em entender os direitos, pelo menos aqueles tidos como negativos – em sua concepção clássica – como não sujeitos aos custos.

Antagonicamente, e na mesma linha dos autores americanos, é o pensamento de Flávio Galdino, quando sustenta que não pode mais ser deixado de lado, pelo pensamento jurídico brasileiro, o conceito de que todos os direitos fundamentais gozam de positividade. A ideia da pura obrigação de não fazer, gratuita, jungida à tutela dos direitos da liberdade (ditos direitos de primeira dimensão) já não mais pode ser levada em consideração, já que guarda consigo um grande equívoco, pois ela contém, sempre, um agir, um posicionamento comissivo. Qualquer ação ou omissão do Estado é sempre custosa, não negativa.²⁹

Dessa maneira, é menos artificioso e mais fecundo definir os direitos como poderes individuais derivados da qualidade de membro ou afiliado a uma comunidade política e como investimentos seletivos de recursos coletivos escassos, criados para alcançar desideratos comuns e solver o que é sentido como um problema comum imperioso.³⁰

É com supedâneo nas ideias sustentadas por Sunstein e Holmes, em sua referida obra, que é imprescindível seja compreendido que todas as atuações administrativas gozam de caráter prestacional, postulando agentes públicos e atos materiais que as concretizem, sendo indubitável que todas elas insinuam custos para a sociedade, que devem ser levados em consideração, mormente no momento em que as decisões devem ser tomadas.³¹

Pensar de outro modo é considerar apenas os direitos sociais, mais particularmente, os direitos que demandam prestações estatais de não abstenção, como sendo aqueles únicos sujeitos à chamada **reserva do possível** e, destarte, suscetíveis às escolhas trágicas, estando os direitos da liberdade fora dessa seara, como se pudessem ser concretizados sem levar em consideração as referidas escolhas (trade-offs – escolhas disjuntivas).³²

4 O ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL

É exatamente no momento em que as opções surgem, que as escolhas, ditas trágicas deverão ser feitas, o que, inexoravelmente, está umbilicalmente ligado à chamada reserva do

²⁹ GALDINO, op. cit., p. 225-226.

³⁰ HOLMES; SUNSTEIN, op. cit., p. 123. (tradução nossa)

³¹ GALDINO, op. cit., p. 217.

³² Ibid., p. 227.

possível, tendo esta, em seu bojo, as possibilidades materiais, ou seja, as possibilidades econômico-financeiras, as possibilidades orçamentárias.³³

Especialmente pelo fato de terem por objeto as prestações do Estado, essas ligadas diretamente às questões de destinação, distribuição e redistribuição dos recursos, é que os direitos sociais são conhecidos por terem um caráter economicamente relevante. Porém, como já alertado alhures, todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva, reclamando uma posição comissiva do Estado no sentido de prover tais demandas, o que, por conseguinte, atesta que também eles têm relevância econômica.³⁴

Em outras palavras, por necessitarem, os direitos, de um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, e aqui entra a ideia brevemente exposta da alocação de recursos, é que a chamada reserva do possível surge e se torna real. Se todos os direitos fundamentais implicam um custo, como sustentado, em parte, também por Ingo Wolfgang Sarlet³⁵, recursos materiais e humanos, inescapavelmente, terão que, de alguma forma, ser utilizados, e para isso há uma determinada possibilidade.

Ainda segundo o renomado autor, se abarcada em sentido lato, a chamada reserva do possível pode ensejar tanto a possibilidade de recursos, quanto o poder de fruição e gozo por parte dos destinatários da norma, ou seja, daquele direito fundamental específico.³⁶ Nesse ponto, guarda algum vínculo, ainda que relativo, com as ideias do professor Miguel Calmon Dantas, quando afirmou este haver uma “pertinente distinção” entre a reserva do possível e a reserva orçamentária, afirmando que aquela seria ligada à conjuntura da sociedade e da economia existente no local, enquanto que a segunda estaria mais jungida à limitação dos recursos financeiros estatais.³⁷

Diante do exposto, sustenta, ainda, Sarlet que:

[...] a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema

³³ Ibid., p. 192.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 284.

³⁵ Ibid., p. 285.

³⁶ Ibid., p. 287.

³⁷ DANTAS, Miguel Calmon. O tempo da expansão do possível: solidariedade dirigente sobre a reserva orçamentária. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; DANTAS, Miguel Calmon (Coord.). **Desafios do constitucionalismo brasileiro**. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 127.

da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.³⁸

Por outro lado, quando pensamos na relação entre os direitos fundamentais e a reserva do possível, percebemos que esta, além do que já fora dito, também se exprime, na realidade, em espécie de limite fático e jurídico daqueles, podendo atuar, dependendo do caso concreto, como garantidora dos próprios direitos humanos positivados, já que tem a possibilidade de, algumas vezes, invocar a falta de recursos para proteger o **núcleo essencial** de outro direito fundamental que se mostre mais urgente (a sua efetivação, na verdade) do que outro (grifo nosso).³⁹

Entretanto, não há razão em aceitar a tola ideia da reserva do possível como argumento ou agente impeditivo para a realização e efetiva concretude dos direitos fundamentais, já que tal atitude acabaria por se configurar em mera redução, a um aspecto puramente econômico, do “relevo ético-jurídico da sua fundamentação”. Apesar de exigirem custos, os direitos fundamentais não podem ser rebaixados a números. O “possível da reserva” é que tem que ser ampliado, tendo como desdobramento, a diminuição do alcance da reserva do possível.⁴⁰

Na mesma linha de argumentação é o pensamento dos autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, quando afirmam que: “Não há possibilidade de mitigar os efeitos da norma definidora do direito fundamental social como sugere a não fundamentada – e da discussão alemã mal importada – figura da **reserva do possível**”.⁴¹

5 A CONTRAPARTIDA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E O NÚCLEO INTOCÁVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sem prejuízo de parte do que foi alhures afirmado, é possível sustentar que, é com a determinação ferrenha da área de proteção de cada direito que, tanto o aplicador como o intérprete do direito devem se preocupar, e não com a reserva do possível em si mesma. O que

³⁸ SARLET, op. cit., p. 287.

³⁹ Ibid., p. 288.

⁴⁰ DANTAS, Miguel Calmon. O tempo da expansão do possível: solidariedade dirigente sobre a reserva orçamentária. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; DANTAS, Miguel Calmon (Coord.). **Desafios do constitucionalismo brasileiro**. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 127.

⁴¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 92.

é decisivo, nevrálgico, é saber o que **exatamente** a nossa Constituição avaliza aos titulares de determinado direito fundamental, seja ele social ou não.⁴²

Tal consideração guarda íntima relação com a questão do chamado **mínimo existencial**, e esta com o **conteúdo essencial** ou **núcleo intangível** dos direitos fundamentais, que serão brevemente tratadas a seguir.

Primeiramente, cabe salientar que essa noção de um direito fundamental às condições materiais que garantissem uma existência com dignidade, teve sua gênese na Alemanha.⁴³ Como afirmam Ingo Wolfgang Sarlet e Giovanni Agostini Saavedra:

Na doutrina do Pós-Guerra, o primeiro publicista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana [...] não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social [...].⁴⁴

Nesse sentido, há que deixar claro, de logo, que o mínimo existencial diz com a possibilidade de uma ação específica, relacionada aos direitos fundamentais, atender às necessidades mais básicas do ser humano (como água, abrigo, alimentação), dizendo, portanto, com o princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁵, este insculpido no inciso III do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ricardo Lobo Torres defende o respeito a um mínimo existencial como diretriz, como regramento, aplicável por trabalho de adequação da lei ao caso concreto (subsunção) e não por ponderação,⁴⁶ o que proporcionaria uma maior segurança para a sua existência. Limita-o (o mínimo existencial) o autor à camada “aquém da qual desaparece a possibilidade de se viver com dignidade”, sendo, portanto o núcleo intangível derradeiro dos direitos fundamentais.⁴⁷

Há quem teça considerações acerca da possível distinção entre as expressões “mínimo existencial” e “mínimo vital ou de sobrevivência”, alegando que aquela diz respeito a uma vivência com um mínimo de dignidade e esta guarda relação com a garantia da vida do

⁴² Ibid., p. 95.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Constitucionalismo e democracia: breves notas sobre a garantia do mínimo existencial e os limites materiais de atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). **Constituição e processo: entre o direito e a política**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 115-137.

⁴⁴ Ibid., p. 123.

⁴⁵ GALDINO, op. cit., p. 291. Cf. também SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. op. cit., p. 121.

⁴⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 84.

⁴⁷ Ibid., p. 88.

ser humano, sem necessariamente manter conexão com as condições para uma vida com qualidade. A expressão “mínimo existencial” tem prevalecido.⁴⁸ É a necessidade de se atentar para o fato de que não são somente aquelas necessidades vitais que estão abarcadas pelo mínimo existencial, mas também aquelas consideradas como importantes para o âmbito social, como a educação fundamental, por exemplo.

Segundo os referidos autores, diversas maneiras há de concretizar as disposições que compõem o mínimo existencial, sendo papel do legislador definir sobre a forma de aplicação e execução, o montante de recursos que deverá ser utilizado, as condições para fruição etc., sendo permitido aos tribunais o controle e até mesmo a revisão das decisões pelo Legislativo tomadas. Nesse sentido, é possível afirmar que a liberdade de conformação do legislador encontra fronteira no momento em que o patamar mínimo não for desrespeitado. Por isso, necessário será manter uma “sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana [...]”.⁴⁹ Não é uma liberdade que deve ser exercida de maneira irrestrita, pois o legislador tem que estar adstrito ao que foi disposto no contrato maior.⁵⁰

O problema maior reside em definir quais seriam as ditas disposições do mínimo existencial. Para Gustavo Amaral, por exemplo, a unidimensionalidade do ângulo de visão acerca do mínimo existencial não é algo positivo, já que engessaria o que poderia ser considerado como necessário. Para o referido autor, as características ônticas da necessidade não devem servir, somente elas, de base para a aferição do que é preciso naquele instante, já que um desastre natural, por exemplo, pode tornar exigível o que antes não o era.⁵¹ Decidir o que compõe o mínimo do mínimo não é uma tarefa fácil.

Neste contexto, sustentam Sarlet e Saavedra que:

[...] mesmo não tendo um conteúdo que possa ser diretamente reconduzido à dignidade da pessoa humana ou, de modo geral, a um mínimo existencial, os direitos fundamentais em geral e os direitos sociais nem por isso deixam de ter um núcleo essencial. Que este núcleo essencial, em muitos casos, até pode ser identificado com o conteúdo em dignidade destes direitos e que, especialmente em se tratando de direitos sociais de cunho prestacional (positivo) este conteúdo essencial possa ser compreendido como constituindo justamente a garantia do mínimo existencial, resulta evidente. Por outro lado, tal constatação não afasta a circunstância de que, **quando for o caso**, este próprio conteúdo existencial (núcleo essencial = mínimo existencial) não é o mesmo em cada direito social (educação, moradia, assistência social, etc.) não dispensando, portanto, a necessária contextualização em cada

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. op. cit., p. 126.

⁴⁹ Ibid., p. 127-128.

⁵⁰ SAMPAIO, Marcos. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: **REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UNIFACS**. Porto Alegre: Síntese, v. 11, 2011, p. 18-35.

⁵¹ AMARAL, op. cit., p. 119. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. op. cit., p. 131.

oportunidade que se pretender extrair alguma consequência jurídica concreta em termos de proteção negativa ou positiva dos direitos sociais e do seu conteúdo essencial, seja ele, ou não, diretamente vinculado a alguma exigência concreta da dignidade da pessoa humana.⁵²

É que, sendo o mínimo existencial aquele conjunto de garantias básicas para uma sobrevivência digna, seria o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a sua necessária delimitação o meio através do qual se poderia chegar ao próprio conteúdo do mínimo existencial. A definição do núcleo intangível seria a segurança para a definição do mínimo existencial.

Tal formulação guarda forte relação com as ideias desenvolvidas por Afonso Virgílio da Silva, que tentou aferir a extensão desse núcleo dito essencial e qual seria a sua natureza, elaborando considerações acerca das dimensões do conteúdo essencial (objetiva e subjetiva), bem como dos seus valores, explicitando, para tanto, a construção doutrinária em torno das chamadas Teorias Absoluta – esta ainda podendo ser dinâmica ou estática – e Relativa⁵³, as quais serão, sem a pretensão de esgotar o assunto, analisadas.

Como abaliza o referido autor, o direito fundamental, tomando como base a dimensão objetiva, será levado em consideração como um todo, ou seja, para a vida social, sendo a coletividade considerada, como se dissesse “que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles”.⁵⁴

É importante atentar para o fato de que o ângulo objetivo do direito fundamental não o particulariza, “mas o compreende como valor de caráter objetivo, formador de uma unidade material que concebe os direitos fundamentais como ordem de valores objetiva. Uma fundamentação objetiva de um direito fundamental tem em vista o seu significado para a coletividade, para a vida comunitária”.⁵⁵ Não é dizer que seria uma nova categoria de direitos, individualizada, mas sim direitos fundamentais de âmbito mais geral, extensivo. O problema que se percebe, nessa perspectiva, é o de que muitas vezes, a circunscrição, do âmbito de um direito individual, será bastante intensa, privando aquela pessoa da sua real possibilidade de fruição.⁵⁶

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. op. cit., p. 130.

⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 185-202.

⁵⁴ Ibid., p. 185.

⁵⁵ SAMPAIO, op. cit., p. 26.

⁵⁶ Ibid., loc. cit.

Já no que diz com a dimensão subjetiva do conteúdo essencial, aditiva da dimensão objetiva, tal dimensão define que é o sujeito, e não a coletividade, o titular daquele direito fundamental determinado. Isso tem explicação pelo fato de que, diante de um determinado caso real, o direito fundamental cavalaramente restringido, talvez não afete a dimensão coletiva, a do coletivo, mas poderá, muito provavelmente, enfadar o núcleo essencial desse direito individual naquele caso concreto em específico.⁵⁷

Lembra Virgílio Afonso da Silva⁵⁸ que, ainda que nada reste de um direito fundamental, em determinados casos, ainda assim perdura a tarefa de proteger o mencionado conteúdo tomando como ponto de partida uma perspectiva subjetiva e individual, justamente a partir de um modelo não absoluto de conteúdo essencial.

O que foi visto até agora, em relação ao conteúdo essencial, girou em torno dos critérios determinadores do mesmo, o seu objeto. Agora, falar-se-á, ainda que de maneira bastante breve, do valor do conteúdo essencial. Para o atendimento de tal escopo, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre a Teoria absoluta – tanto a estática quanto a dinâmica – e a Teoria relativa.

A primeira ensina que, independentemente das situações e nuances do caso concreto, o conteúdo essencial dos direitos humanos positivados (direitos fundamentais) é sempre o mesmo. Para essa teoria, há um horizonte, de aparência previamente posta, que limita e constitui uma barreira não ultrapassável. Dessa maneira, existe, para os direitos fundamentais, um espaço interior insusceptível de **toda** intervenção estatal. Todavia, apesar disso, as circunstâncias do momento podem fazer com que aquele conteúdo se flexibilize, não se exprimindo num núcleo imutável, surgindo, por conta disso, as teorias absoluta dinâmica e estática.⁵⁹

Explica Marcos Sampaio que o conteúdo essencial pode ser dinâmico e, ainda assim, absoluto. Não obstante haja uma área inexpugnável em qualquer circunstância, o seu conteúdo pode ser transformado com o decorrer do tempo. Logo, a característica absoluta, no conteúdo absoluto-dinâmico, não revela imutabilidade ou conteúdo incólume no tempo, mas, aqui, insinua que o que é protegido não sofre relativizações por conta das mudanças que o dia-a-dia da vida impõe.⁶⁰

Como ressalta Virgílio Afonso da Silva, “a característica absoluta do conteúdo essencial não significa nem exige, portanto, imutabilidade. Absoluto, nesse contexto, implica

⁵⁷ Ibid., p. 27.

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. op. cit., p. 187.

⁵⁹ SAMPAIO, op. cit., p. 30-31.

⁶⁰ Ibid., p. 31.

apenas que aquilo que é protegido pelo conteúdo essencial não sofre relativizações de acordo com a urgência e contingências”.⁶¹

Já o conteúdo essencial absoluto-estático traduz a ideia de que o núcleo é absoluto tanto no sentido substancial-temporal, como na sua conformidade de espaço. O conteúdo, dessa forma, se reveste de imutabilidade. Essa perspectiva termina por não proteger a cota do conteúdo essencial dos direitos fundamentais que até então não está inserida no centro rígido, embora importante. Além do mais, seja em que subteoria for (se na estática ou na dinâmica), fica complicada a definição do que viria a ser tido como essencial, o que poderia afetar o objeto do que se quer proteger.⁶²

No que tange à segunda Teoria, a relativa, sustenta-se que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais só pode ser sabido em cada caso concreto específico, seguindo os meandros dos interesses, circunstâncias e valores que ali se estabelecem. Aqui, há o pós estabelecimento do conteúdo, sendo este condicionado a esforços de proporcionalidade e ponderação. Dessa maneira, poderia o conteúdo ser ampliado ou diminuído. O essencial está em função das qualidades fáticas e da colisão entre interesses.⁶³

De acordo com Virgílio Afonso da Silva, “o ponto central de toda teoria relativa consiste na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis **a priori** para cada direito fundamental”.⁶⁴

Por dar uma excessiva possibilidade de mudança ao conteúdo dos direitos fundamentais, acaba gerando uma situação de insegurança e dúvida ainda maior do que poderia gerar a teoria absoluta. Aqui se tem não uma preocupação com a questão substancial dos direitos fundamentais, mas, sobretudo, com a questão processual constitucional, se dirigindo, mormente, para o estudo da atividade política, podendo esta dar ao destinatário daquele direito uma possibilidade contundente de perceber a ainda por nós não alcançada, aurora de modernidade.⁶⁵

Importante salientar, derredor da existência do chamado mínimo existencial, em especial no ordenamento constitucional brasileiro que, em termos cronológicos, esse princípio-garantia já havia sido concretizado, ainda que como cláusula geral. Foi o que ocorreu com o direito à alimentação, por exemplo. Apesar de ter surgido, positivamente, apenas há pouco tempo, já existia e pairava nas entrelinhas da nossa Carta Cidadã de 1988.

⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. op. cit., p. 188.

⁶² SAMPAIO, op. cit., p. 32.

⁶³ Ibid., p. 32-33.

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. op. cit., p. 196.

⁶⁵ SAMPAIO, op. cit., p. 33.

Isso se dá muito por causa de se relacionar o próprio mínimo existencial e o seu núcleo primordial com questões mesmas de direitos fundamentais, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este o critério aglutinador e caracterizador dos direitos humanos.⁶⁶

6 CONCLUSÃO

Tendo em mente as balizas que dão direção ao atual modelo econômico, com os direitos ditos de segunda geração, é que se despertou para o óbvio de que tais direitos sociais – assim como quaisquer outros direitos – custam dinheiro e, tendo em vista a quantidade de destinatários que, dia-a-dia e cada vez mais combatem para ver seus direitos assegurados e efetivados, é que se entendeu que a relação entre procura e oferta estava desequilibrada, já que escassos os recursos, ensejando, nesse caso, o surgimento das escolhas trágicas.

Dessa maneira, concluiu-se que os direitos fundamentais, principalmente os direitos fundamentais sociais, não mais podem ser levados em consideração sem o estudo conjunto e paralelo dos conceitos da escassez de recursos, dos custos dos direitos, da reserva do possível e do mínimo existencial. Se se quer levar a sério os direitos fundamentais, há que se levar a sério, também, os custos dos mesmos.

Tendo em vista a conjuntura social brasileira atual, percebeu-se a necessidade de um maior estudo e pesquisa quanto aos modos de implementar, de maneira mais eficiente, os direitos humanos positivados, o que certamente levaria a uma alavancada qualitativa na vida do todos e do povo brasileiro especificamente.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Constitucionalismo e democracia: breves notas sobre a garantia do mínimo existencial e os limites materiais de atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). **Constituição e processo: entre o direito e a política**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 130-131.

SOME CONSIDERATIONS ON THE SHORTAGE OF FUNDS, THE COST OF RIGHTS, THE RESERVATION OF POSSIBLE AND THE CONSIDERATION OF MINIMUM EXISTENTIAL: THE FUNDAMENTALS RIGHTS UNDER A NEW ANGLE

Abstract: This article is the elucidation of the larger environment law scholars to a new - albeit obvious - view about fundamental rights, relating them to concepts not yet explored in our doctrine, the scarcity of resources, costs rights, the reserve for the minimum and existential, ultimately show that there is no need on talk about the dichotomy negative/positive rights. For this purpose, we used the inductive and deductive methods, removing the most important information from the books of doctrine, as well as scientific article. Throughout the work the results found were to the effect that such considerations are not taken into account, at least as aggressively, when the assessment of fundamental rights, especially the social. It was concluded that the addition of these concepts to how to deal with fundamental rights, both at the time the legislative, as the moment of its application, means that they are quite effective, especially the fundamental social rights.

Keywords: Scarcity. Costs. Reserve. Minimum. Fundamental Rights.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez e recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DANTAS, Miguel Calmon. O tempo da expansão do possível: solidariedade dirigente sobre a reserva orçamentária. *In*: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; DANTAS, Miguel Calmon (Coord.). **Desafios do constitucionalismo brasileiro**. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 121-186.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999.
- QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- SAMPAIO, Marcos. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *In*: **REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UNIFACS**. Porto Alegre: Síntese, v. 11, 2011, p. 18-35.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Constitucionalismo e democracia: breves notas sobre a garantia do mínimo existencial e os limites materiais de atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha. *In*: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). **Constituição e processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 115-137.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.