

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
CURSO DE DIREITO**

Giovani de Souza Cardoso

**MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL:
AS DIFICULDADES E MUDANÇAS FRENTE A PANDEMIA PROVACADA
PELO VIRUS DA COVID-19**

Capão da Canoa

2022

Giovani de Souza Cardoso

**MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL:
AS DIFICULDADES E MUDANÇAS FRENTE A PANDEMIA PROVACADA
PELO VIRUS DA COVID-19**

Projeto de Trabalho de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Helena Karnas Hoefel Pamplona

Capão da Canoa
2022

A minha família, esposa Pâmela e filhos Gabriel e Arthur que sempre apoiaram nos momentos mais difíceis.

RESUMO

A teoria do mínimo existencial é o conceito básico garantidor e protecionista dos direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana frente ao poder estatal. A Constituição da República Federativa do Brasil baseada no Estado Democrático de Direito normatiza em seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana.

Para grande parte da doutrina o mínimo existencial envolve a garantia ao acesso à saúde, educação, justiça e assistência aos desamparados bem como alimentação vestuário e moradia digna.

A teoria do mínimo existencial surgiu na Alemanha em uma decisão de 1954 pelo Tribunal Federal Administrativo, essa decisão uniu a dignidade da pessoa humana a liberdade material e o estado social. A teoria possui um caráter programático, ou seja, o estado deve desenvolver programas para que alcancem os indivíduos na formulação e execução das políticas públicas garantidoras da dignidade da pessoa humana.

Nos mais diversos países O Estado Democrático de Direito serve como base para o mínimo existencial e estes buscam cada vez mais uma inserção deste conceito nos direitos e garantias fundamentais constitucionais, onde se o estado é de direito sua fundação é organizada e subordinada a Carta Magna.

As balizas que delimitam o núcleo do mínimo existencial variam de países para países, porém na ideia de alguns doutrinadores o conteúdo do mínimo existencial é ampliado em se tratando de Brasil, como por exemplo o direito à assistência social e acesso à justiça, evoluindo inclusive para o Direito Tributário contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos.

A doutrina majoritária salienta que os direitos apresentam despesa, logo dependem de políticas públicas com disponibilidade financeira. Por vezes cabe ao Poder Judiciário deliberar ao Estado o cumprimento de prestação de assistência, que por consequência esbarra na possibilidade da reserva do possível.

A teoria da reserva do possível, originou-se no Tribunal Constitucional Alemão em um caso de um cidadão que ajuizou ação com a finalidade de assegurar o seu direito à liberdade de escolher uma profissão com a garantia de acesso gratuito a uma universidade pública mesmo não havendo vagas. O

entendimento do referido tribunal na oportunidade foi de denegar a demanda arguindo que a situação em questão estaria ligada ao que a sociedade é capaz de se submeter, porque se o Estado prestar assistência ao cidadão que possui recursos tornaria o acesso ao ensino superior de caráter absoluto a todos.

Palavras-Chave: Dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais. Mínimo existencial. Reserva do Possível. Superendividamento.

ABSTRACT

The theory of the existential minimum is the basic concept that guarantees and protects the fundamental rights of human dignity against state power, the Constitution of the Federative Republic of Brazil based on the Democratic State of Law regulates in its fundamental principles the dignity of the human person.

For much of the doctrine, the existential minimum involves guaranteeing access to health, education, justice and assistance to the destitute, as well as food, clothing and decent housing.

The theory of the existential minimum emerged in Germany in a 1954 decision by the Federal Administrative Court, this decision united the dignity of the human person to material freedom and the social state. The theory has a programmatic character, that is, the state must develop programs to reach individuals in the formulation and execution of public policies that guarantee the dignity of the human person.

In the most diverse countries The Democratic State of Law serves as a basis for the existential minimum and they increasingly seek an insertion of this concept in the constitutional fundamental rights and guarantees, where if the State is of law its foundation is organized and subordinated to the Magna Carta.

The beacons that delimit the core of the existential minimum vary from country to country, but in the idea of some scholars the content of the existential minimum is expanded when it comes to Brazil, such as the right to social assistance and access to justice, even evolving to a Tax Law against the incidence of taxes on minimum social rights.

The majority doctrine emphasizes that rights have an expense and therefore depend on public policies with financial availability. Sometimes it is up to the Judiciary to decide for the State to comply with the provision of assistance, which consequently comes up against the possibility of reserving the possible.

The theory of reserve of the possible, originated in the German Constitutional Court in a case of a citizen who filed a lawsuit with the purpose of ensuring his right to freedom to choose a profession with the guarantee of free access to a place in a public university even not having vacancies. The court's understanding at the time was to deny the demand, arguing that the situation in question would be linked to what society is capable of submitting to, because if

the State provides assistance to citizens who have resources, it would make access to higher education of an absolute nature. to all.

Keywords: Human dignity. Fundamental rights. Existential minimum. Reservation of the Possible. Over-indebtedness.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 MÍNIMO EXISTENCIAL E O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO, DA PROTEÇÃO AS NECESSIDADES BASILARES DO CONSUMIDOR	11
2.1 A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.....	13
2.2 Direitos fundamentais um direito não absoluto	16
2.3 Decreto lei 11.150/2022 e a lei do superendividamento como parâmetro para o mínimo existencial.....	20
3 MÍNIMO EXISTENCIAL, RESERVA DO POSSÍVEL UMA PONDERAÇÃO DAS REFLEXÕES SOBRE AS LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS DO ESTADO	24
3.1 A tributação do estado interventor para garantir direitos.....	27
3.1.1 Mínimo existencial e recursos limitados: a justificativa da cláusula da reserva do possível.....	28
3.2 Intervenção do poder judiciário para garantir a efetivação do núcleo de mínimo existencial, ponderando o orçamento público e garantindo a dignidade da humana.....	33
4 RESERVA DO POSSÍVEL <i>VERSUS</i> MÍNIMO EXISTENCIAL: UM EMBATE DECISIVO A CARGO DO PODER JUDICIÁRIO	42
4.1 Conceito histórico acerca da Reserva do Possível.....	44
4.2 A legitimidade do Poder Judiciário com entendimentos do STF e TJRJ acerca da possibilidade do órgão em alocar recursos.....	46
5 CONCLUSÃO	58

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, elencou uma série de direitos fundamentais e sociais básicos ao cidadão, dentre eles a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança e a moradia digna. Esses direitos possuem duas grandes características, a primeira delas é que podem ser individualizados, ou seja, alguém pode recorrer ao Poder Judiciário exigindo uma prestação do Estado diretamente para se seu benefício.

A segunda é que o custo financeiro, que é algo socializado, ou seja, todos pagamos pela benesse. Mas o que acontece quando o Estado não possui recursos suficientes para prestar aquilo que promete apesar da elevada carga tributária?

O principal problema em relação aos direitos sociais é sua efetividade uma vez que, quanto mais são ampliados e consagrados formalmente, maior é o risco de que fiquem unicamente no papel. Em razão desse perigo é que surge a ideia do mínimo existencial que seria um conjunto de bens indispensáveis a uma vida digna e que o estado deve obrigatoriamente fornecer sem poder se escusar de sua obrigação.

O presente estudo visa analisar a atuação do poder judiciário, em virtude da atual realidade enfrentada pela população e seus aspectos complicadores, fazendo uma ligação entre aplicabilidade da Teoria do Mínimo Existencial e a Reserva do Possível, com as necessidades enfrentadas pela população em virtude da Pandemia imposta pelo vírus da COVID-19.

Considerando os direitos e garantias fundamentais preconizados pela Constituição da República Federativa do Brasil, surge a Teoria do Mínimo Existencial e a Reserva do Possível e a atuação do poder judiciário é indispensável para a garantia desses direitos, devendo Estado ser garantidor do mínimo necessário para uma subsistência digna aos que mais precisam.

Surge então o questionamento de como o Poder Judiciário e o Estado podem auxiliar na garantia ao acesso a esses direitos, frente a situação vivida pela população no momento em que mais precisam de acesso a água, luz, saneamento básico, educação e principalmente a saúde de qualidade.

Ao analisar, a aplicabilidade, conceito e ação da Teoria do Mínimo Existencial confrontada com a Reserva do Possível, junto aos direitos e garantias

fundamentais encontradas na Constituição Federal de 1988 serão estudados as dificuldades financeiras e o superendividamento das famílias com o surgimento de novas necessidades.

Surge então a necessidade de uma pesquisa com a finalidade de analisar a garantia dos direitos fundamentais, muitas vezes esquecidas pelo poder público fazendo com que as pessoas tenham que procurar amparo do poder judiciário.

A presente análise busca entender a atuação do poder judiciário na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, baseado na Teoria do Mínimo Existencial e na possibilidade de amparo do Estado baseado na Teoria da Reserva do Possível.

O método a ser utilizado será o dedutivo, fundamentado a partir de uma análise qualitativa, com técnicas de pesquisa de caráter exploratório tendo como objeto bibliográfico-documental.

2 MÍNIMO EXISTENCIAL E O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO, DA PROTEÇÃO AS NECESSIDADES BASILARES DO CONSUMIDOR

Terminologicamente, a expressão mínimo existencial delimita quais são os direitos fundamentais essenciais para a vida humana, de forma que alguns direitos estarão se sobressaindo, o que os torna obrigatórios de serem efetivados pelo Poder Público, independentemente da alegação deste de inexistência de recursos financeiros. Sob um contexto histórico, o mínimo existencial surgiu na Alemanha pós-guerra, momento em que a dignidade da pessoa humana exigia um mínimo de segurança social aos atingidos pelo regime nazista (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2018).

Em âmbito nacional, não existe uma unanimidade acerca do núcleo do mínimo existencial, não estando restrito apenas a ideia daquilo que é meramente vital a sobrevivência do indivíduo, mas também a uma vida com qualidade, razão pela qual se subentende que questões ligadas à dimensão sociocultural dos direitos fundamentais também fazem parte da expressão (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2018).

Para a doutrina, o mínimo existencial, tal como os direitos fundamentais, é dividido em dimensões, compreendidas em defensiva e prestacional. Sob o aspecto defensivo, o mínimo existencial compreenderia um conjunto de garantias materiais das quais não pode o Estado subtrair do indivíduo, ao passo que a dimensão prestacional exige uma atuação positiva por parte do Poder Público, como ocorrem com parcela considerável dos direitos sociais que dependem de uma ação e/ou políticas públicas por parte do ente para serem efetivados (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2018)

Não obstante, não há uma definição exata do núcleo do mínimo existencial, razão pela qual parcela da doutrina assinala que este não é taxativo, sendo necessária uma análise de cada caso, uma vez que este pode abranger direitos que não são considerados pela Constituição Federal de 1988 como fundamentais, mas que de certo modo são tidos como essenciais à dignidade da pessoa humana (TORRES, 1989). Por outrora, Agra (2018) afirma que a definição de um mínimo existencial é essencial não só para a concretização de um direito fundamental social, mas para não haver o retrocesso do atual sistema legislativo.

Para Barcellos (2002 apud MASSON, 2016) o núcleo do mínimo existencial engloba o direito à educação, à saúde, a assistência aos desamparados, e o acesso à justiça. Segundo a autora, este se traduziria como um limite à cláusula da reserva do possível, constituindo um vetor para a formulação das políticas públicas, bem como para a definição do orçamento para atendimento das necessidades sociais, não os tornando escassos.

Gonçalves (2016) indo mais além, leciona que o direito ao mínimo existencial passa, necessariamente, pelo acesso de bens e serviços adquiridos por intermédio da esfera consumerista, ou seja, para se alcançar grande parte daquilo que compõe o campo do mínimo existencial, é preciso que o sujeito disponha de condições ou créditos para adquirir itens essenciais para a sua própria sobrevivência. À luz da Suprema Corte, o rol do mínimo existencial já chegou a ser entendido da seguinte forma:

[...] A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III) compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização **revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna**, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o **direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.** [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental 639.337, Segunda Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Data de julgamento: 15/09/2011). (Grifo nosso).

O mínimo existencial tem por base garantir a dignidade da pessoa humana, porém tal expressão utilizada pela carta magna é tida como uma expressão aleatória por ser redundante, uma vez que todo ser humano é uma pessoa e por isto seria redundante falar em dignidade da pessoa humana uma vez que não há princípio, regra ou fundamento da expressão no ordenamento jurídico brasileiro por ser algo subjetivo.

O mínimo existencial necessita de uma organização específica, não é possível quantificá-lo, a ideia da teoria está voltada a distribuição de uma vida mais igualitária e justa. Sem o mínimo, a subsistência do homem torna-se ineficaz, uma vez que a dignidade humana sobrevém a qualquer interesse e o básico para sobrevivência não pode estar aquém do necessário, a dignidade da

pessoa humana bem como os direitos fundamentais serão analisados no próximo item.

2.1 A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais

Na hipótese de violação ao mínimo existencial, estar-se-ia diante de uma violação a dignidade da pessoa humana, estampado no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, considerado um valor-guia que transcende o próprio texto constitucional. Segundo Sarmento (2016, p. 14), a dignidade figura-se como princípio essencial a natureza do indivíduo, considerada um “[...] parâmetro para a contestação jurídica, social e política da ação opressiva dos Estados, de entidades internacionais e do poder privado.”

Para Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2018), a dignidade da pessoa humana consiste em um valor-fonte que sustenta e inspira o ordenamento constitucional, assentando a ordem republicana e democrática consagrada pelo direito doméstico. De acordo com Piovesan (2016, p. 105) a dignidade é um “[...] verdadeiro super princípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido.”

Sendo um fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana passa a ser uma finalidade a ser alcançada pelo Estado brasileiro, e não apenas um meio da atividade estatal. Logo, cabe ao Estado garantir a promoção da dignidade humana, tanto no sentido individual, quanto em termos coletivos (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2018).

Em sua condição geral, a dignidade impõe que cada indivíduo tenha seu valor intrínseco, e é em virtude desta valorização que se veda a instrumentalização do ser, não se admitindo tratamentos desumanos e degradantes, tortura, trabalhos forçados, dentre outras situações que violam gravemente garantias e direitos fundamentais (BARROSO; MARTEL, 2010).

Propriamente, acerca dos direitos fundamentais, cerne da concepção do mínimo existencial, ressalta-se que estes surgiram para limitar e controlar os abusos gerados pelo Estado, tendo o condão de proteger o indivíduo dos excessos provocados pelo poder estatal enquanto figura responsável pelas tomadas de decisão em nome da coletividade (HOLTHE, 2009).

Branco e Mendes (2021) ao se debruçarem sobre o tema, aludem que o Cristianismo teve considerável relevância no acolhimento dos direitos fundamentais, especialmente em razão de defender uma dignidade única do homem. A partir dos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas reforçaram esta ideia, defendendo que o Estado, enquanto instituição submetida aos cidadãos, deve ter o seu poder limitado para que não haja arbitrariamente.

Sob esta ótica é que foram redigidas a Declaração de Direitos de Virgínia em 1776 (*Bill of Rights*), e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, as quais positivaram os direitos relativos à proteção do homem, estabelecendo o cumprimento legal e judicial destas por parte do Estado e de toda a sociedade (BRANCO; MENDES, 2021). Neste sentido, descrevem Branco e Mendes que:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos. (BRANCO; MENDES, 2021, p. 273).

Segundo a doutrina, os direitos fundamentais estão classificados em gerações, também denominadas de dimensão. Desenvolvida pelo jurista Karel Vasak em Conferência realizada no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, na França, em 1979, a teoria das gerações, partiu, inicialmente, da ideia de que os direitos fundamentais possuem três dimensões, todas elas embasadas no lema revolucionário do século XVIII conhecido “liberdade, igualdade e fraternidade” (MASSON, 2020).

A primeira delas teria se originado na época das Revoluções Americana e Francesa, entre o final do século XVIII e início do XIX, correspondendo-se aos direitos de defesa do indivíduo em face do Estado, caracterizada pela ideia de liberdade individual e não-intervenção estatal na esfera privada (HOLTHER, 2009). De acordo com Masson (2020, p. 241), os direitos de primeira geração consagraram aqueles de natureza civil e política, ligados a liberdade do indivíduo, razão pela qual compõem este núcleo o: “[...] direito à vida, o direito à liberdade religiosa – também de crença, de locomoção, de reunião, de

associação – o direito à propriedade, à participação política, à inviolabilidade de domicílio e segredo de correspondência.”

No que lhe concerne, os direitos de segunda dimensão nasceram como resposta ao descaso para os problemas sociais, sendo um resultado das pressões ocorridas no mercado industrial e social as quais exigiam um Estado mais ativo nas tomadas de decisões em prol do coletivo (BRANCO; MENDES, 2021). Tais direitos são reconhecidos como de prestação, fazendo parte destes os direitos sociais, exigindo-se por parte do Estado prestações de natureza positiva, no sentido deste atuar para a concretização de direitos em prol da igualdade (HOLTHE, 2009). Segundo Masson, os direitos de segunda geração estão ligados a ideia de justiça social, na medida em que:

O surgimento dessa segunda dimensão de direitos é decorrência do crescimento demográfico, da forte industrialização da sociedade e, especialmente, do agravamento das disparidades sociais que marcaram a virada do século XIX para o século XX. Reivindicações populares começam a florescer, exigindo um papel mais ativo do Estado na correção das fissuras sociais e disparidades econômicas, em suma, na realização da justiça social – o que justifica a intitulação desses direitos como “direitos sociais”, não por envolverem direitos de coletividades propriamente, mas por tratarem de direitos que visam alcançar a justiça social. (MASSON, 2020, p. 242).

Por fim, os direitos de terceira dimensão, desenvolvidos no final do século XX, são aqueles de titularidade coletiva ou difusa, relacionados à solidariedade e fraternidade, os quais visam proteger o ser humano na totalidade, e não apenas um indivíduo, motivo pelo qual fazem parte destes, o direito ao meio ambiente, a preservação ao patrimônio, à paz, etc. (HOLTHE, 2009).

Outra parcela da doutrina, como Masson (2020), apontam ainda uma quarta dimensão de direitos fundamentais, sendo este um resultado da globalização política, portanto, atinente a direitos no campo institucional. Nesta linha, comporia os direitos de quarta geração o pluralismo político, o direito à política e à informação.

Bonavides (2008), indo mais além, concebe a ideia de uma quinta geração de direitos fundamentais, em que a paz seria seu principal componente, tendo papel relevante na convivência entre os povos e no direito da humanidade. Referido autor, teria se posto contrário ao precursor da teoria das gerações, Karel

Vasak, o qual teria inserido a paz no rol dos direitos de fraternidade, portanto, de terceira geração.

A partir das transformações histórico-sociais, o núcleo que compõe a noção material de direitos fundamentais vem se alterando, sendo esta uma resposta para atender as necessidades sociais de cada época. Para Masson (2020), atualmente, compreendem-se os direitos fundamentais como direitos dos cidadãos, tendo estes uma dupla função, qual seja, de impedir ingerências por parte do Poder Público na esfera individual, e exigir positivações de direitos ou omissões por parte do Estado.

Segundo Branco e Mendes (2021), as alterações geradas nos direitos e garantias fundamentais são todas realizadas sob a perspectiva do valor da dignidade humana, princípio base de toda a sistemática constituinte. De igual forma, Holthe coloca que, os direitos fundamentais são:

[...] todos aqueles que, independente de sua designação formal, conferem direitos subjetivos às pessoas físicas ou jurídicas, possuindo uma estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que a “fundamentalidade” desses direitos consiste na pretensão de garantir aos seus titulares uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. (HOLTHE, 2009, p. 247).

Na visão de Sarlet (2006), é indissociável a relação existente entre dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, estando à primeira sempre presente na concretização do segundo, independentemente do ordenamento jurídico a ter explicitado. Para o autor, é em função do princípio da dignidade da pessoa humana que se atrai o “[...] reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões”, motivo pelo qual se entende que, negando-se ao indivíduo determinado direito fundamental que lhes é inerente, estar-se-á violando a própria dignidade humana (SARLET, 2006, p. 84-85).

2.2 Direitos fundamentais um direito não absoluto

À luz do direito doméstico, o constituinte, na construção da Constituição Federal de 1988 optou por fazer uma concepção material dos direitos fundamentais embasando-se na dignidade da pessoa humana, haja vista que em seu art. 5º, § 2º, expôs que os direitos ali reconhecidos não excluem os

demais decorrentes do regime e dos princípios adotados pelo texto constitucional e outros sugeridos por tratados internacionais (BRASIL, 1988).

Segundo Sarlet (2006), a abertura do catálogo material dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 foi construída sob o enfoque da IX emenda da Constituição norte-americana, a qual consagrou outros direitos que não aqueles previstos explicitamente no dispositivo. Assim sendo, taxa-se o rol dos direitos fundamentais como não exaustivo, haja vista que, em virtude das situações sociais e do período histórico em que se vive, é possível a inclusão e o reconhecimento de outros direitos (HOLTHE, 2009).

Para Alexy (2003 apud FIGUEROA, 2007), entretanto, esta mutação dos direitos fundamentais seria um problema quando analisado as suas características em grau máximo. Segundo o autor, os direitos fundamentais têm quatro características, a saber: são dotados de máxima hierarquia; gozam de máxima força jurídica, sendo reconhecida a aplicabilidade imediata destes; regulam objeto de máxima importância, associados, em sua maioria, à dignidade da pessoa humana; e padece de máxima indeterminação, o que pode ser visualizado através da Constituição Federal de 1988.

Sarlet (2006, p. 100), em outro sentido, afirma que quando da análise daquilo que deve ser considerado direito fundamental, sobretudo, quando este estiver implícito, é preciso se ter cautela sob o entendimento aplicado a dignidade da pessoa humana, haja vista que este possui um “[...] elevado grau de indeterminação e cunho polissêmico.” Segundo a autora, em um primeiro momento, poder-se-ia atribuir que tudo aquilo descrito do texto constitucional deve ser valorado com base na dignidade humana, situação que tornaria qualquer direito estranho como fundamental.

Não obstante, é preciso proporcionar o entendimento que se tem sobre a dignidade da pessoa humana, caso contrário, está será banalizada, tendo-se a sua aplicabilidade irrestrita, e o reconhecimento de direitos infinitos para atender as necessidades individuais ou coletivas. É nesta linha que Sarlet (2006, p. 101), em conclusão, atribui que “[...] nem mesmo em nome da dignidade, se pode dizer (ou fazer) qualquer coisa”, caso contrário, correr-se-ia o risco de haver uma desvalorização dos direitos fundamentais.

Na tentativa de solucionar tal problemática, no direito pátrio, o constituinte, considerando a inexistência de um direito absoluto e irrestrito, teria formulado

certas restrições ao exercício dos direitos fundamentais, de modo que estes não fossem transmutados de forma exacerbada. Neste sentido, Holthe estabelece que as restrições podem ser classificadas em:

- a) restrições implícitas – a previsão de limitação do direito fundamental não se encontra expressa no texto constitucional, mas é aceita diante da necessidade de se resolver um conflito entre bens e direitos. Exemplo: art. 5.º, XII.
- b) restrições diretas ou imediatas – estabelecidas diretamente pela Constituição, exemplos: art. 5.º, XVI;
- c) restrições legais simples – a Constituição remete a restrição do direito fundamental ao legislador ordinário, sem explicitar requisitos a serem perseguidos pela lei, exemplos: art. 5.º, incisos VII e XV;
- d) restrições legais qualificadas – a Constituição remete ao legislador ordinário a restrição do direito fundamental, além de estabelecer conteúdos e requisitos a serem obedecidos pela lei restritiva, exemplo: art. 5.º, inciso XII. (HOLTHE, 2009, p. 251).

Apesar da existência de tais restrições, desenvolveu-se na doutrina germânica a teoria dos limites dos limites (*Schranken-Schranken*), que visa “[...] impor restrições à possibilidade de limitação dos direitos fundamentais” fazendo com que as leis que limitem os direitos fundamentais também se sujeitem a restrições (HOLTHE, 2009, p. 251). Com base em tal teoria, as leis restritivas não podem atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais, de forma que o aniquile ou inviabilize seu exercício, devendo estas terem regramento geral e abstrato, sem conteúdo discriminatório (HOLTHE, 2009).

Para a doutrina, o núcleo essencial dos direitos fundamentais pode ser identificado tomando por base o princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual os direitos ligados a este estariam imunes a qualquer tipo de restrição. Entretanto, existe uma parcela da doutrina, a qual, inclusive, tem prevalecido seu entendimento de que a dignidade da pessoa humana não se confunde com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, atribuindo-se que “[...] nem todos os direitos fundamentais possuem um conteúdo em dignidade” (SARLET, 2006, p. 119).

Ocorre, todavia, que, o reconhecimento de outros direitos fundamentais além daqueles expressos e implícitos na Constituição Federal de 1988 tem contribuído para um alargamento de seu catálogo material, sobretudo, quando considerado a justificativa de estar baseado na dignidade da pessoa humana. Este alargamento, entretanto, pode tornar-se uma problemática ao ordenamento

jurídico, na medida em que poderá estar confrontando outros direitos de natureza individual, motivo pelo qual, deve-se considerar que o núcleo do mínimo existencial não é irrestrito, da mesma forma que não pode se considerar a absolutividade de tais direitos.

Inicialmente, cumpre evidenciar que, à luz do entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, inexistem direitos e garantias individuais de caráter absoluto. No julgamento do Mandado de Segurança n.º 23.452-1, sob o enfoque da possibilidade de conflito entre direitos fundamentais e ainda, o uso de um direito fundamental para a prática de atos ilícitos, o Supremo Tribunal Federal apontou que:

[...] OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. **Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto**, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois **nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros**. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 23.452-1, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Data de julgamento: 16/11/1999). (Grifo nosso).

De igual modo, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130-DF, a Suprema Corte enfatizou a “[...] inexistência de direitos absolutos no sistema constitucional pátrio, a necessária coexistência harmoniosa das liberdades, a ausência de primazia absoluta e, *a priori*, de um direito sobre o outro e a ponderação como técnica adequada” (BRANCO; MENDES, 2021). Nesta linha, compreende-se que os direitos fundamentais, gozam do atributo da relatividade, o que os torna, apesar de protegidos, limitados, inclusive o mínimo existencial, que foi objeto de fundamentação mediante decreto.

2.3 Decreto lei 11.150/2022 e a lei do superendividamento como parâmetro para o mínimo existencial

No âmbito do Poder Legislativo, visando o não comprometimento do mínimo existencial sob a perspectiva consumerista, foi editado o Decreto n.º 11.150/2022, com vistas a preservar, tratar e conciliar situações de superendividamento em dívidas de consumo. O referido decreto traz consigo uma limitação ao mínimo existencial de vinte e cinco por cento do salário mínimo vigente (BRASIL, 2022).

Ao definir o mínimo existencial em vinte e cinco por cento do salário, o chefe do executivo nacional ignorou a proteção do patrimônio das famílias brasileiras contra o superendividamento onde ocorreu uma deturpação do mínimo existencial que tem como objetivo a proteção dos direitos fundamentais (DUQUE, 2022). Ainda nas palavras de Duque:

Aceitar um enquadramento do mínimo existencial no patamar de apenas 25% do valor do salário-mínimo, para efeito de proteção contra o superendividamento, significa, na prática, esvaziar todo o esforço constitucional de impor ao Estado o dever de proteger aquele que é o sujeito decisivo para qualquer economia, detentor de sucessivas e marcantes vulnerabilidades: o consumidor. (DUQUE,2022).

Inicialmente, cumpre observar que com o avanço da globalização e, conseqüentemente, das tecnologias e redes sociais, criou-se na sociedade uma espécie de necessidade de consumo, sendo este diariamente propagado por todos os meios (CARVALHO; SILVA, 2018).

Conforme leciona Marques e Sanseverino (2015), nas últimas décadas, o acesso a linhas de créditos foi desburocratizado, facilitando o acesso de maiores de 18 anos, sujeitos leigos e de boa-fé, a uma infinidade de opções. Na visão de Burmann e Cenci (2013 apud Carvalho e Silva, 2018), referido cenário desencadeou não apenas a necessidade de se consumir para sobreviver, mas também para o reconhecimento do indivíduo em sociedade, como um cidadão capaz e respeitado no seu meio social.

Com isso, teve início uma corrida desenfreada pelo consumo, atingindo todas as camadas da sociedade, tornando os sujeitos reféns de suas próprias necessidades, fazendo-se afetar, propriamente, as aquisições relacionadas a

itens essenciais ao atendimento humano como, por exemplo, o alimento, o qual integra o núcleo do mínimo existencial (CARVALHO; SILVA, 2018). Em alusão a esse avanço consumerista, Gonçalves (2016, p. 23) dispõe que “[...] o mínimo existencial, necessário para uma existência digna, fica comprometido com o avanço dos credores (instituições financeiras de maneira especial) nos rendimentos do consumidor.”

Com o estabelecimento deste cenário, desenvolveu-se na França, durante o final da década de 1980 a teoria do superendividamento (*surendettement*), o qual pode ser traduzido como a recuperação pessoal de um devedor de boa-fé que desenvolve uma incapacidade em adimplir com suas dívidas, sem que isso comprometa suas demais necessidades (CARVALHO; SILVA, 2018). À luz do art. 2º, *caput* da Lei n.º 11.150/2022, o superendividamento é definido como:

Art. 2º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial. (BRASIL, 2022).

Apesar da mencionada legislação ser recente, durante mais de 10 anos, tem-se notícia do tratamento acerca do superendividamento no âmbito dos Tribunais brasileiros, os quais, em conjunto com órgãos de apoio ao consumidor, buscaram alternativas para o não comprometimento da renda do indivíduo para arcar com a integralidade de suas dívidas de maneira imediata (MARQUES; SANSEVERINO, 2015). Referida legislação tem o objetivo de reconhecer que o superendividamento é uma situação que ocorre de forma involuntária pelos devedores de boa-fé, que deixam de arcar com suas dívidas para não terem a sua condição de vida afetada (GONÇALVES, 2016).

No direito doméstico, questões relacionadas ao direito do consumidor inserem-se no núcleo dos direitos fundamentais, constituindo-se, portanto, um dever do Estado em tutelar o sujeito, considerado como hipervulnerável na relação de consumo. Consequentemente, o tratamento do superendividamento, por ser questão atrelada ao direito fundamental e à dignidade da pessoa humana, também pode ser enquadrado na esfera do mínimo existencial (CARVALHO; SILVA, 2018).

No geral, deve-se considerar que a relação entre fornecedor e consumidor é marcada por um desequilíbrio de forças, estando o último em situação de desvantagem, e por vezes, de desconhecimento sobre as inferências contratuais e daquilo que lhe é ofertado. Para Gonçalves (2016), referida situação pode ser atestada pelo simples fato das inúmeras ofertas que os fornecedores realizam, sobretudo as instituições financeiras, que apesar de disporem de mecanismos para conhecer a vida e capacidade econômico-financeira do indivíduo, disponibilizam linhas de crédito sem se preocupar com a realidade do indivíduo e daqueles que dele dependem para sobreviver, comprometendo significativa parcela de sua renda.

Demonstrando certa preocupação nesta relação, o constituinte originário inseriu a defesa do consumidor como princípio fundamental da ordem econômica (*ex vi* art. 170, V da Constituição Federal de 1988), tornando o Estado como agente interventor, promovendo a tutela dos consumidores (CARVALHO; SILVA, 2018).

Além disso, a tutela ao consumidor encontra-se inserida no rol dos direitos fundamentais expressos no art. 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988, incluindo também a teoria do superendividamento, que na dicção de Carvalho e Silva (2018) se sustenta na imprescindibilidade do consumo, e até nos preços e inflação. Para Gonçalves (2016), a inserção da defesa do consumidor no texto constitucional visou, de certo modo, frear os eventuais abusos das forças produtivas nos sujeitos hipervulneráveis, almejando com isso uma sociedade igualitária.

Nota-se, entretanto, que o consumo tutelado pelo constituinte originário diz respeito aos itens necessários a preservação e dignidade da pessoa humana, e não aqueles supérfluos, adquiridos para atender o ego do indivíduo, forçados pela sociedade atual para inserir o sujeito no universo social (CARVALHO; SILVA, 2018).

Assim, pode se dizer que a teoria do superendividamento tutela o consumo de pessoas físicas, que agindo de boa-fé, entram em uma espécie de “falência pessoal” ao adquirir insumos considerados essenciais, como no caso do alimento, água, vestuário básico, medicamentos, moradia, etc. elementos que estes que, conforme já se analisou anteriormente, não só compõem o rol de

direitos fundamentais, como propriamente, o núcleo do mínimo existencial (CARVALHO; SILVA, 2018). Neste sentido, leciona Carvalho e Silva:

[...] o direito do superendividamento tem por axiologia o princípio da dignidade da pessoa humana. Vale dizer, quando comprometido com dívidas que não conseguirá adimplir, a pessoa do consumidor (que possui todas as garantias do cidadão) deve ser privilegiada em face o sistema de crédito (despatrimonialização da legislação civilista e eficácia horizontal dos direitos fundamentais). (CARVALHO; SILVA, 2018, p. 381).

Desse modo, em prol da dignidade da pessoa humana, e longe de pretender causar prejuízo aos credores, o decretar a incapacidade por parte do consumidor, assegura-se ao devedor de boa-fé um plano para que ele consiga arcar com suas dívidas sem, contudo, comprometer parcela significativa do seu orçamento para atender as suas necessidades essenciais como ser humano (CARVALHO; SILVA, 2018).

Não obstante, é preciso evidenciar que, tanto o direito fundamental, como também o próprio mínimo existencial goza da característica da relatividade, refletindo também na questão de consumo. Em decorrência disto é que se entende que apenas a relação de consumo para fins de atendimento as necessidades básicas, e que gere o superendividamento do sujeito de boa-fé é que se insere no núcleo do mínimo existencial, devendo ser tutelado pelo Estado em respeito à dignidade da pessoa humana.

Na perspectiva da sociedade atual, onde o capitalismo é forçado e vinculado nos mais diferentes meios de comunicação, havendo a liberação ampla de crédito para todas as camadas sociais, é preciso lembrar a máxima de defesa do consumidor sob a ótica da Constituição Federal de 1988, tutelando-se este em prol dos abusos dos fornecedores, e também, em situações das quais lhe fogem o controle, como o superendividamento.

Nessa linha, é possível concluir que, apesar de o mínimo existencial não ter um rol específico, a relação de consumo impõe-se como um dos direitos fundamentais a serem tutelados pelo Estado, já que dela se resultam relações que podem influenciar na aquisição de itens essenciais a vida humana e, propriamente na dignidade da pessoa humana, devendo haver uma ponderação entre o mínimo e a possibilidade orçamentária para garantir direitos básicos.

3 MÍNIMO EXISTENCIAL, RESERVA DO POSSÍVEL UMA PONDERAÇÃO DAS REFLEXÕES SOBRE AS LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS DO ESTADO

Sob uma concepção kantiana, o ser humano é o centro do universo, compondo-se o Estado, Nação e a sociedade, os elementos necessários para garantir o seu pleno desenvolvimento. Tal pressuposto tem como centro a dignidade da pessoa humana, a qual fortemente suscitada pelos dispositivos constitucionais a partir do século XX tinha e ainda tem como enfoque principal a efetivação dos direitos e garantias fundamentais (RIBEIRO, 2009). Alexy baseando o entendimento acerca da dignidade da pessoa humana no Tribunal Constituição Federal alemão, dispõe que:

A norma da dignidade humana está “baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e se desenvolver em liberdade. A Constituição alemã não concebe essa liberdade como uma liberdade de um indivíduo isolado e autocrático, mas como um indivíduo relacionado a uma comunidade e a ela vinculado. (ALEXY, 2011, p. 356).

Partindo do considerado por Alexy (2011), a dignidade da pessoa humana é princípio indissociável da liberdade jurídica negativa, sendo possível ao Estado impor certas restrições as liberdades individuais, desde que de maneira justificável, e sem se aclear de direitos de terceiros, haja vista o indivíduo estar ligado a ideia de comunidade, devendo, portanto, respeitá-la.

Nos Tribunais Superiores, a dignidade da pessoa humana também recebe tratamento especial, considerada um valor-fonte que inspira todo o ordenamento vigente no país. Consequentemente é amplamente suscitada em sede de processos judiciais, sendo por vezes o mecanismo essencial para garantir a decisão do Estado-juiz (SARMENTO, 2016a). Para Sarmento (2016, p. 15a), o fato de a dignidade da pessoa humana receber grande valorização do Brasil e do constitucionalismo global, representa um avanço da sociedade, haja vista se tratar “[...] de princípio profundamente humanista, baseado na valorização da pessoa e comprometido com a garantia dos seus direitos básicos contra todas as formas de injustiça e opressão.”

Apesar da essencialidade de tal princípio, o qual se transmutou entre os séculos e seguiu junto das próximas gerações, ainda assim se visualiza certa

dificuldade em efetivá-lo, não sendo à toa problemas envolvendo a fome da população mais carente, relacionados à saúde pública, indivíduos submetidos a situações degradantes, tal como o encarceramento em massa, dentre outros fatores que estampam a degradação humana e, propriamente, a violação da dignidade (SARMENTO, 2016a).

Para Ribeiro (2009), sob o viés da sociedade atual, fortes problemas relacionados à dignidade da pessoa humana se agravaram após a negação de direitos fundamentais para conter terrorismos não só criminais, como também sociais, que tiveram início no acontecimento gerado em 11 de setembro de 2001, onde o Estado, assumindo um posicionamento antiterrorista, tornou-se inadimplente junto às camadas sociais mais carentes, deixando de suprir o mínimo a estas para atender a elite norte-americana.

Como se não bastasse, o advento da globalização, que ao tempo levou a economia e o comércio nacional e internacional a novos patamares, proporcionando a criação de empresas e organizações transnacionais, avançando em termos tecnológicos e favorecendo a sociedade de informação, em modo contrário, deixaram os indivíduos ainda mais suscetíveis e vulneráveis, sobretudo as minorias (RIBEIRO, 2009). Por influência da globalização, a sociedade do século XXI enfrenta riscos e inseguranças incalculáveis, as quais têm escapado do controle estatal, gerando desordem e medo social (BARRIQUELLO; PEDRON; STURZA, 2021).

Junto à falta de efetividade da dignidade da pessoa humana, aponta-se a “[...] ausência de consenso quanto ao seu conteúdo”, havendo variações com relação àquilo que é tutelado por referido princípio (SARMENTO, 2016a, p. 16). De acordo com Sarmento (2016a, p. 16), esta falta de consenso tem como justificativa as diversas fundamentações históricas surgidas ao longo do tempo, as quais tornaram “[...] a interpretação da dignidade da pessoa humana um terreno fértil para embates sociais, travados em diferentes esferas”, seja no âmbito do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário.

Em geral, os defensores da dignidade da pessoa humana, tendem a aclamá-lo sempre para sustentar as suas razões, as quais, sob a sua ótica de vida, estariam tuteladas por referido princípio (SARMENTO, 2016a). Como consequência, há uma banalização não só deste princípio, como dos próprios direitos fundamentais, haja vista cada qual ser humano sustentá-lo diante de sua

realidade. Tratando sobre o tema, Sarmiento expõe que a utilização irrestrita do argumento da dignidade da pessoa humana para tutelar direitos é prejudicial ao sistema constitucional, atentando-se ainda contra:

[...] a segurança jurídica, pois torna o resultado do processo judicial muito dependente dos gostos e preferências de cada magistrado, comprometendo a previsibilidade do Direito. Finalmente, o fenômeno é problemático sob a perspectiva democrática, pois permite aos jurisdicionados, passando muitas vezes por cima das deliberações adotadas pelos representantes do povo. (SARMENTO, 2016a, p. 18).

Sem embargos a esta “carnavalização” da dignidade da pessoa humana, impõe-se que este ainda constitui princípio valorativo de extrema necessidade na sociedade contemporânea, devendo, entretanto, ser interpretado com maior cautela para coibir verdadeiras práticas arbitrárias dos Poderes, e demais situações abusivas, injustas ou opressoras que atinjam direitos individuais ou sociais (SARMENTO, 2016a).

Assim, em tempos onde há uma própria imprevisibilidade dos direitos fundamentais, os quais tendem a ter a sua aplicação sustentada no princípio da dignidade da pessoa humana, operando-se parcialmente uma banalização destes, funda-se como ideal do Estado Democrático de Direito a existência de um mínimo existencial, de modo a se operar um rol de direitos que devem ser tutelados e efetivados pelo ente estatal (RIBEIRO, 2009).

Contextualizando a ideia de mínima existencial, Sarmiento (2016b, p. 1659) explica que este “[...] corresponde às condições materiais básicas para uma vida digna.” Trata-se, portanto, de direito ligado àquilo que é fundamental ao ser humano, a própria dignidade da pessoa, sendo consideravelmente associada ao direito à saúde, moradia, educação, alimentação, assistência social, dentre tantos outros mecanismos que refletem na essência do ser.

Não obstante, Sarmiento (2016b, p. 1660) explica que o conteúdo do mínimo existencial é complexo, haja vista esta variar conforme o contexto sociocultural, sendo certo que “[...] sociedades diferentes tendem a valorar de modo muito distinto determinados bens, de modo que o acesso a eles pode se afigurar essencial para a vida digna das pessoas em algumas delas e não em outras.” Logo, difícil de se fixar taxativamente o rol dos direitos que compõem a

ideia de mínimo existencial, tendo em vista que aquilo que é essencial a determinado indivíduo, pode não sê-lo a outro.

Sob uma retórica histórica, Sarmiento (2016b) alude que não é dos dias atuais que tanto o Estado, quanto a sociedade tem o dever de prover as condições materiais básicas dos indivíduos, sobretudo, os dos mais necessitados, tendo-se como exemplo os direitos aos socorros públicos, proclamado pela Constituição Francesa de 1793. Porém, a ideia de se garantir o mínimo existencial aos indivíduos ganhou maior repercussão a partir do constitucionalismo social inaugurado pela Constituição do México, de 1917, e pela Constituição de Weimer, de 1919.

Foi a partir deste momento e, especialmente, após a Segunda Guerra Mundial que se fundiu a necessidade do Estado em tutelar os menos favorecidos, em situação de vulnerabilidade social, garantindo a estas condições básicas de vida, de modo a atender não só a dignidade da pessoa humana, como tornar o sujeito, propriamente, um cidadão (SARMENTO, 2016b).

3.1 A tributação do estado interventor para garantir direitos

Em prol da tutela aos menos favorecidos, o Estado, contrariamente, deve realizar intervenções sobre as demais relações sociais, de modo a garantir a igualdade de direitos na sociedade. Como consequência, o ente acaba sendo obrigado a tributar as atividades econômicas do setor privado, com vistas a obter suporte financiamento para financiar as prestações e serviços de ordem pública, considerados como essenciais e mínimos a coletividade (SARMENTO, 2016b).

Conforme leciona Torres (2005), o tributo consiste em uma das principais formas de obtenção de receitas por parte do Estado. Devido as suas características, e o abalo que ocasiona na vida e liberdade individual dos sujeitos, por determinação constitucional, o tributo deve obedecer ao princípio da legalidade, ou seja, a sua instituição e cobrança devem estar amparados pela lei, caso contrário, caracteriza ato ilícito. Nesta linha, o Estado, para atender a sociedade, tem de tributar os que detêm capacidade contributiva e, posteriormente, destinar parcela das verbas arrecadadas para cumprir a sua obrigação prestacional, atendendo as necessidades básicas dos indivíduos, classificadas como mínimo existencial. Em geral, tudo aquilo destinado à

sociedade, deve ter descrito a fonte de arrecadação da receita, e inserido o local para o qual será alocado, ou seja, investido.

Para tanto, o Estado utiliza o chamado planejamento orçamentário, em que, por meio do Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), e pela Lei Orçamentária Anual (LOA), assume o compromisso da transparência perante a sociedade, descrevendo toda a sua receita e gastos para o longo de certo período de governança. Ocorre, todavia, que alguns casos podem extrapolar o limite orçamentário imposto pelo Estado quando da formulação do planejamento, sobretudo, no campo do mínimo existencial, onde a imprevisibilidade da vida em sociedade pode gerar reflexos negativos no indivíduo, o qual é obrigado a recorrer ao Estado para garantir o respeito a sua dignidade enquanto ser humano.

Não obstante, apesar da essencialidade do núcleo do mínimo existencial, o qual corresponde à tutela de direitos de natureza fundamentais e sociais, é preciso salientar que o Estado, ainda que realizando a tributação, pode encontrar entraves orçamentários para garantir em sua plenitude a gama de direitos, especialmente, quando não esteja prevista tamanha despesa no campo do planejamento orçamentário. Isto ocorre por conta da escassez de recursos, a qual segundo Sarmiento (2016b) é qualificado como um fato que impede qualquer contorno jurídico, haja vista ser situação atrelada à realidade econômico-financeira do Estado.

3.1.1 Mínimo existencial e recursos limitados: a justificativa da cláusula da reserva do possível.

Como justificativa a impossibilidade financeira de efetivar um direito existencial, o Estado, reconhecendo a sua própria escassez financeira, tem se utilizado da chamada cláusula da “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*), fundada, assim como o próprio conceito de mínimo existencial, no direito alemão, a partir de um *leading case* julgado pelo Tribunal Federal Alemão em 1972. O caso, intitulado como *Numerus Clausus* (em tradução livre, números restritos), discutia a pretensão de estudantes que não tinham sido admitidos na escola de medicina da Alemanha em virtude da política de limitação do número de vagas nos cursos superiores instituída na época (MASSON, 2020).

Tais estudantes fundamentavam que o art. 12 da Lei Fundamental Alemã previa ser de direito de todos escolherem sua profissão, local de trabalho e centro de formação, sendo desarrazoada a limitação de número de vagas nas escolas de medicina. Ao julgar a pretensão, o Tribunal entendeu que o aumento de número de vagas nas instituições de ensino estava condicionado a reserva do possível, compreendida como “[...] àquilo que seria razoável para o indivíduo exigir, de maneira racional, da sociedade” (MASSON, 2020, p. 427).

Quando de seu surgimento, portanto, a reserva do possível nada se relacionava à questão financeira do Estado em implantar ou não um direito, mas sim se o solicitado pelo indivíduo era algo razoavelmente exigível da sociedade (MASSON, 2020). Assim, naquele período, apesar de se identificar que o Estado possuía recursos financeiros para implantar determinado direito, este poderia se recusar a fazê-lo caso identificasse que a pretensão da parte não estava dentro dos limites da razoabilidade.

Não obstante, ao adentrar no ordenamento pátrio, o entendimento acerca da cláusula da reserva do possível se transmutou, passando a se considerar como teoria da “reserva do financeiramente possível”, tendo-se sobre esta, inclusive, manifestado a Suprema Corte do país, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45-9-MC-DF, onde se debatia a implantação de políticas públicas na esfera da saúde, *in verbis*:

[...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir [...] a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45-9-MC-DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Data de julgamento: 04/05/2004).

Assim, tem-se que o conceito de reserva do possível está associado àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir, consistindo em uma espécie de limitação para a efetivação de um direito, vez que o Estado, como detentor dos recursos públicos, pondera o que realmente é necessário e que, portanto, faz jus à destinação da verba pública. Tratando-se especificamente dos direitos de natureza fundamentais, que dependeriam de um aparo estatal, estes

estariam ligados à disponibilidade econômica de cada Estado, devendo-se observar quando de sua concretização a reserva do financeiramente possível.

Na visão de Barcellos (2018), a cláusula da reserva do possível abarca duas situações, a saber: a cláusula fática, que é quando o Estado não possui de fato recursos para atender uma demanda em razão da forma com que arrecada e a natureza das receitas públicas; e a cláusula jurídica, que é quando o Estado detém recursos públicos, mas não possui autorização orçamentária para atender determinado gasto, quando, por exemplo, não existe previsão no planejamento orçamentário do país.

Para a autora, entretanto, haveria direitos que comporiam o mínimo existencial e deveriam ser fomentados obrigatoriamente pelo Estado, independentemente de previsão legal ou da existência de verbas orçamentárias, sendo eles aqueles ligados a educação fundamental, saúde básica, assistência social aos desamparados, e acesso à justiça (BARCELLOS, 2018). Sarmento (2016b), por outrora, discorda da visão taxativa da autora, uma vez que esta deixa de lados outros tantos direitos ligados a dignidade da pessoa humana, como no caso da moradia, ou a educação primária e pré-escola.

Para Sarlet (2009), a cláusula da reserva do possível possui uma tríplice dimensão, alcançando a: efetiva disponibilidade fática dos recursos; disponibilidade jurídica dos recursos; e proporcionalidade da prestação. Inicialmente, a disponibilidade fática se refere à viabilidade do Estado em atender a demanda de uma maneira geral, bem como aquelas que lhe são semelhantes de forma que possa englobar a sua universalidade. Em situação contrária, caso o Poder Público selecionasse as demandas a serem atendidas, bem como os seus sujeitos destinatários, deixando a mercê outros tantos, estar-se-ia diante de um problema relacionado à igualdade (MASSON, 2016). Neste ponto, Agra bem explica que:

[...] Vincular políticas públicas para setores da população, sem que se preste atenção ao princípio da proporcionalidade, acarreta uma quebra do princípio da isonomia e pode ensejar que tais atos possam ser impugnados através do controle de constitucionalidade. [...] precisam ser uniformes, contemplando todos os cidadãos que estejam naquelas situações que foram previstas na legislação para serem beneficiados com a prestação estatal. (AGRA, 2018, p. 316-317).

Vale mencionar que a igualdade constitui não apenas um regramento legal, como um princípio constitucional fundamental consagrado pelo art. 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988. Acerca de referido princípio, a jurisprudência da Suprema Corte, ao julgar o Mandado de Injunção 58, já se manifestou no sentido de que este pode ser visualizado sob dois aspectos, quais sejam, a isonomia perante a lei, e a isonomia na lei (BRASIL, 1990).

Quanto à isonomia perante a lei, esta “[...] significa que aqueles que aplicarem a lei só poderão distinguir os destinatários na medida em que a lei permitir” (PINHO, 2017, p. 104), ou seja, somente o magistrado poderá estabelecer tratamento diferenciado às partes de modo a corrigir eventuais desigualdades, desde que respeitado os limites impostos pela legislação, salvo contrário, estará incorrendo em um ato de inconstitucionalidade.

Já a isonomia na lei “[...] significa que a lei não pode distinguir as partes de maneira absurda” (PINHO, 2017, p. 105), isto é, o próprio legislador, ao formular o dispositivo legal, não pode criar fatores que discriminem as partes. Deste modo, vedado estaria o Poder Legislativo, bem como o Executivo a estabelecer diferenças legais ou implantar políticas que ao atenderem um núcleo de indivíduos, menosprezaria outros tantos, constituindo-se uma afronta ao princípio da igualdade.

No que se refere à disponibilidade jurídica dos recursos, esta se refere aos órgãos responsáveis por formular e gerar mecanismos de efetividade das políticas públicas sociais, determinando o quantitativo financeiro que será destinado para a situação (SARLET, 2009). Em geral, para garantir um direito é preciso à implantação de uma política pública, como assim ilustrou Barcellos (2018) ao contrapor o direito de propriedade, uma garantia individual que exige uma política voltada ao cadastramento de imóveis urbanos e rurais, e o direito à saúde, que necessita de políticas voltadas à prevenção, tratamentos, estruturação, mão-de-obra, dentre outras para atender a população.

Por fim, no que tange à última dimensão apresentada por Sarlet (2009), é necessário que a prestação invocada seja proporcional a pretensão individual, bem como razoável para que o Estado tenha condições financeiras de cumpri-la. Apesar de tais dimensões, muitas são as críticas quanto à cláusula da reserva do possível, vez que esta tem sido sustentada pelos entes estatais de maneira

errônea, inviabilizando a criação ou a continuidade de políticas públicas asseguradas pelo próprio texto constitucional.

Não obstante, analisando na totalidade, não pode se concluir taxativamente que a reserva do possível é inviável, vez que a depender do contexto esta constitui uma forma de o Estado racionalizar seus recursos orçamentários. Parcialmente favorável a cláusula da reserva do possível, Barroso (2007) sustenta que por serem os recursos públicos insuficientes para atender todas as necessidades da sociedade, o Estado vê-se obrigado a escolher aquele que demanda maior atenção, o qual fará jus aos recursos públicos, situação que faz com que o ente deixe de investir em outros setores.

Contrariamente ao doutrinador, na ADPF 45-9-MC-DF, o Relator, Ministro Celso de Mello, sustentou que a alegação por parte do Poder Público de falta ou insuficiência de recursos financeiros para a concretização de um direito mínimo não constitui fundamento válido para que este último exonere-se de seu dever legal, reconhecido constitucionalmente:

[...] Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45-9-MC-DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Data de julgamento: 04/05/2004).

Apesar de referido entendimento no campo da Suprema Corte, ainda assim se visualiza determinadas situações de falta ou inefetividade por parte do Estado em fomentar o mínimo existencial. Ao questionar a legitimidade por parte do Poder Judiciário em intervir no Executivo, fazendo-o, por obrigatoriedade jurisdicional, concretizar uma demanda em que o último se recusou a fazê-lo por falta de recursos orçamentários, ou de previsão no orçamento.

3.2 Intervenção do poder judiciário para garantir a efetivação do núcleo de mínimo existencial, ponderando o orçamento público e garantindo a dignidade da humana.

A intervenção do Poder Judiciário para garantir o mínimo existencial, é denominada pela doutrina como ativismo judicial, caracterizada como “[...] está uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação” do Legislativo e Executivo (BARROSO, 2018, p. 234). Trata-se de uma atitude por parte do Estado-juiz, um modo de se interpretar o dispositivo constitucional, extraindo-se destas regras que não foram expressamente delineadas pelo constituinte originário.

Historicamente, o termo ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison* em 1803 pela Suprema Corte em que, sob voto de John Marshall, julgou-se inconstitucional lei federal, utilizando-se do *judicial review*, isto é, do controle judicial revisional, afirmando que a Corte detinha o poder de julgar inconstitucional legislação contrária ao texto constitucional independentemente de haver ou não expressa determinação na Constituição de 1787 (CAMPOS, 2014).

Após a Segunda Guerra Mundial, países afetados por “ondas de democratização”, aderiram ao modelo norte-americano de controle jurisdicional sobre temas legais controvertidos. Tanto é que na Europa Ocidental, o marco do novo modelo institucional foi o advento de uma Constituição mais rígida, comprometida com a defesa dos direitos fundamentais, a qual ensejou no estabelecimento de Cortes Constitucionais visando garantir a tutela e real efetivação de tais direitos (CAMPOS, 2014).

Na Alemanha, por exemplo, após o regime nazista, foi promulgada a Lei Fundamental de 1949, que além de ampliar direitos de natureza fundamental, trazendo dignidade à pessoa humana em momento posterior as atrocidades ocasionadas, estabeleceu um Tribunal Constitucional, garantindo a este amplo poder decisório, incluindo o controle de constitucionalidade sobre leis e atos contrários à missão social instaurada (CAMPOS, 2014).

Tal Tribunal, ao realizar o controle de legislações e demais atos públicos, concebeu uma metodologia que influenciou uma gama de países, inclusive o

próprio Brasil, qual seja, de que os direitos fundamentais, são considerados como princípios objetivos, e não apenas um conjunto de direitos a qual o indivíduo faz jus. Considerados como um princípio, referidos direitos vinculam as ações de todas as esferas de poder do Estado, desde a criação, até a interpretação e efetiva aplicação no ordenamento jurídico, motivo pelo qual o desrespeito a determinando direito gera a necessidade de realização de controle jurisdicional (CAMPOS, 2014).

No Brasil, o ativismo tem repercutido no âmbito da Suprema Corte durante os séculos XX e XXI, tendo como marco a Constituição Federal de 1988, que trouxe como efeito a ascensão institucional do Poder Judiciário. Em 2008, tal fenômeno foi, inclusive, assumido publicamente pelo Ministro Celso de Mello que defendeu que o ativismo judicial se mostra uma necessidade no atual Estado Democrático de Direito, alvo de omissões excessivas pelo Poder Público, que tem se absterido de efetivar as obrigações de natureza prestacional mínimas. Além de emitir decisões interpretativas acerca de diferentes temas, o ativismo busca suprimir lacunas legislativas, expandir significados e o alcance de enunciados normativos constitucionais, afirmar e/ou reafirmar direitos pré-definidos na Constituição Federal de 1988, interferir na formulação e aplicação de políticas públicas, dentre outras situações (CAMPOS, 2014).

Para Campos (2014), o significado de ativismo está relacionado ao exercício expansivo dos juízes, não necessariamente ilegítimo, podendo ser identificado através do modelo institucional estabelecido pela Constituição e demais legislações locais. Na visão de Barroso, o ativismo judicial se manifesta de diversas formas que incluem, em regra, as seguintes situações:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2018, p. 172).

Especificamente, no que diz respeito à imposição de condutas ou de abstenções por parte do Poder Público, é comum o questionamento quanto à legitimidade do Poder Judiciário em obrigar os demais poderes a destinarem

verbas ou criarem uma política pública para atender demandas mínimas existenciais. Quanto a esta problemática, a doutrina se divide naqueles que acreditam que o ativismo estaria confrontando o princípio da separação de poderes estabelecido pela Lei Maior, e os que lecionam que o Poder Judiciário pode intervir no controle dos gastos públicos, quando da necessidade de se implantar mecanismos para atender a demanda social (FERNANDES, 2017; MASSON, 2020).

Para os contrários a intervenção jurisdicional, os recursos públicos não são ilimitados, cabendo exclusivamente a decisão de aonde alocá-los ao Poder Legislativo e Executivo, já que é tarefa destes a aprovação e planejamento do orçamento público (RAMOS, 2018). Assim, a intervenção por parte do Poder Judiciário nas questões relativas a políticas públicas e efetividade do mínimo existencial encontraria óbice na já mencionada cláusula do reserva do possível.

Barroso (2007) se mostrando em partes contrário ao ativismo judicial leciona que o controle exercido pelo Poder Judiciário tem desorganizado a estrutura econômico-financeira da Administração Pública, isto porque, ao ser obrigado a destinar o orçamento público para uma área, o Estado deixaria de investir em outra, atingindo não somente o orçamento do Poder Público como também outros particulares que em razão do princípio da igualdade teriam direito a usufruir em condições de paridade. Segundo o autor, referidas decisões privariam a Administração Pública de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa exigida por lei ao atender as necessidades imediatas do jurisdicionado, impedindo a otimização de maneira generalizada do direito.

Para os favoráveis ao ativismo, quando um direito mínimo não é efetivado, é primordial que algum dos Poderes reaja, não configurando nesta situação violação ao princípio da separação dos poderes. Em verdade, há tempos não mais se entende que os Poderes exercem funções distintas e que não se correlacionam entre si, constituindo a separação de poderes uma situação relativa em virtude do sistema de freios e contrapesos defendidos pelo atual ordenamento pátrio, de forma que aqueles desempenhem funções típicas e atípicas para zelar pelo Estado Democrático de Direito e impedir arbitrariedades e abusividades por parte do Poder Público (AGRA, 2018).

Acerca do sistema de freios e contrapesos, cumpre mencionar que Montesquieu, em crítica ao regime monárquico e absolutista, já lecionava que

não haveria liberdades se acaso uma só pessoa ficasse responsável pelas três funções/poderes. Segundo ele, as leis seriam tirânicas, o juiz seria opressor, e com isso, os cidadãos sofreriam com a arbitrariedade e imparcialidade do poder (NERY JÚNIOR, 2020). Na visão de Montesquieu, o poder só é controlado pelo poder, razão pela qual deve subsistir um sistema de freios e contrapesos, em que um órgão contém eventuais abusos do outros, mas respeitando-se a autonomia e harmonia entre eles. Neste sentido, esclarece Barbosa e Sarancho:

[...] Aplicar o sistema de freios e contrapesos significa conter os abusos dos outros poderes para manter certo equilíbrio. Por exemplo, o Judiciário, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei é um freio ao ato Legislativo que poderia conter uma arbitrariedade, ao ponto que o contrapeso é que todos os poderes possuem funções distintas fazendo, assim, com que não haja uma hierarquia entre eles, tornando-os poderes harmônicos e independentes. [...] Para que o abuso de poder não ocorra, é necessário que “o poder freie o poder”. (BARBOSA; SARANCHO, 2019, p. 1629).

Campos (2014) leciona que com as mudanças advindas a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário elevou o seu padrão de interação com os demais Poderes, passando de mero coadjuvante para participante ativo na formulação de políticas públicas e na condução do processo democrático. Sob uma análise histórico-social, dentre tais Poderes, aquele que sempre exerceu uma função de ultimato foi o órgão jurisdicional, sendo este a última possibilidade de se ter garantido um direito. Na sociedade contemporânea, onde escândalos políticos se tornaram frequentes entre os membros que compõem o Poder Legislativo e Executivo, desestabilizando as funções para os quais foram criados, visualiza-se como tarefa do Judiciário a de salvaguardar os interesses individuais e coletivos, impedido o descontrole total da atividade estatal.

Para o Ministro Celso de Mello, a intervenção se justifica pela proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso. Noutro momento, o Ministro, reafirmando a legitimidade do ativismo judicial se manifestou no sentido de que, apesar de o dever de instituir e cumprir os mecanismos de política social previstos na Constituição Federal de 1988 pertencerem ao Legislativo e ao Executivo, constatada as falhas destes deverá o Judiciário intervir para preservar a ordem constitucional. Neste sentido, assinalou também o Ministro Gilmar Mendes

quando do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47-PE, que versava sobre a judicialização do direito à saúde:

[...] não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primeiramente nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47-PE. Tribunal Pleno. Rel. Min. GILMAR MENDES. Data de julgamento: 17/03/2010).

Especificamente acerca do direito fundamental à saúde, Buíssa, Bevilacqua e Moreira (2018) lecionam que o Poder Judiciário atua de modo a suprir as omissões e as insuficiências decorrentes das atividades dos demais Poderes. Em verdade, o controle jurisdicional não interfere na criação de políticas públicas, mas exige que o Estado concretize aquelas que já se encontrem em curso e tenham sido aprovadas e incluídas no plano orçamentário do governo. Neste sentido, no julgamento do Recurso Extraordinário 624.536 em 2013, a Suprema Corte fixou que:

[...] esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinado que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 624.536. Primeira Turma. Rel. Min. LUIZ FUX, Data de julgamento: 05/02/2013).

Assim sendo, a legitimidade do Poder Judiciário decorre “[...] do próprio mandato constitucional recebido, de sua função contramajoritária e, especialmente, do caráter preferencial dos direitos fundamentais.” Diz-se função contramajoritária, pois não foi deixado a cargo de tal Poder o controle sobre as finanças públicas, o qual foi incumbido pela escolha do próprio povo ao Executivo (BUÍSSA; BEVILACQUA; MOREIRA, 2018, p. 34).

De acordo com Barroso (2007), a intervenção jurisdicional é possível em todas as hipóteses em que se encontre em discussão um direito fundamental salvaguardado pela Constituição Federal de 1988, desde que a atuação judicial não expresse uma vontade própria do órgão julgador, isto é, de que ele tenha sido provocado a intermediar a situação e não atuado de ofício.

Para Gervasoni e Leal (2013), o fato de se reconhecer que as decisões judicializantes podem repercutir nas esferas de atuação do Poder Legislativo e do Executivo não significa, por si só, admitir que esteja a se violar o princípio da separação de poderes, tendo em vista que o próprio sistema de controles recíprocos adotado pelo país, qual seja, de freios e contrapesos, permite que o exercício de um Poder alcance o outro. Insta lembrar que o próprio texto constitucional resguarda em seu artigo 5º, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, consagrando o renomado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional que impede que situações de direito sejam afastadas do crivo do Poder Judiciário.

É válido mencionar, entretanto, que a interferência judicial nas políticas públicas só pode ocorrer em situações excepcionais quando constatado pelo Poder Judiciário a omissão ou a demora do órgão político em atender um direito mínimo fundamental. Todavia, não está autorizado o Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade, ou seja, a discricionariedade do ente político pelo seu, ficando adstrito a legalidade do ato (MASSON, 2020).

Apesar de o magistrado ter a liberdade e autonomia dentro do processo, ele não é totalmente de livre de vínculos. Segundo Cappelletti (1993), assim como ocorre em todo sistema jurídico civilizado, o órgão jurisdicional se submete a limites processuais e substanciais. Por processuais entende-se a fidelidade do órgão em respeitar as normativas do processo, ao passo que as substanciais são alternadas a depender da época e da sociedade, ou seja, são limites que acompanham o cenário histórico-social. Sob a luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores, diversos são os entendimentos favoráveis a interferência do Poder Judiciário como garantidor de direitos, vejamos:

[...] é lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. (BRASIL.

Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 739.151-PI. Primeira Turma. Rel. Min. ROSA WEBER. Data de julgamento: 27/05/2014).

[...] 1. O STJ tem decidido que, ante a demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse social – principalmente nos casos em que visem resguardar a supremacia da dignidade humana sem que isso configure invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível. 2. O controle jurisdicional de políticas públicas se legitima sempre que a “inescusável omissão estatal” na sua efetivação atinja direitos essenciais incluso no conceito de mínimo existencial. [...]. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 1304269-MG. Segunda Turma. Rel. Min. OG FERNANDES. Data de julgamento: 17/10/2017).

Na atualidade, um exemplo da intervenção do Poder Judiciário para tutelar o mínimo existencial, esta na adoção de medidas para conter abusos praticados pelo Poder Legislativo e Executivo. Visualizando a ineficiência dos Poderes em formular ações de enfrentamento a pandemia da COVID-19, ou de restringir direitos estampados na Constituição Federal de 1988, o STF, em diferentes momentos, realizou o controle de constitucionalidade sobre demandas que limitavam o direito dos trabalhadores, que dificultavam o acesso dos entes federativos ao orçamento público federal para aquisição de vacinas e demais insumos próprios para a contenção do vírus e, sobretudo, que questionavam a legitimidade dos Estados e Municípios em tomarem decisões contrárias ao governo federal (MADEIRA; OLIVEIRA, 2021).

Todas as ações fomentadas no âmbito da Suprema Corte ocorreram em prol da dignidade da pessoa humana, e em consonância com o princípio da separação dos poderes. Não obstante, cientes de que a exacerbada solicitação de destinação de orçamento público para determinada área implicaria em deixar de investir em outra, atingindo assim parcela da sociedade de maneira desigual, a doutrina e a jurisprudência sabendo que de fato os recursos financeiros do ente público não são finitos, tem se utilizado do binômio da razoabilidade e proporcionalidade (BARCELLOS, 2005).

A utilização de tal binômio foi amplamente propagada por Alexy (2011), que se baseando no Tribunal Constitucional Alemão, lecionou que havendo conflito entre princípios, incluindo aqueles de ordem fundamental e garantias mínimas ao ser humano, deve-se recorrer à técnica da ponderação de interesses. Na visão do jurista alemão, apesar da necessidade do Estado em garantir direitos mínimos aos indivíduos, na prática referida situação gera três

problemas iniciais: a falta de definição de políticas públicas e planejamento orçamentário para efetivar tal direito; a colisão entre direitos a partir da efetivação de uma garantia mínima; e, por fim, a necessidade do Estado em elevar a sua carga tributária para ter o direito garantido, repercutindo assim na liberdade e economia privada de outrem (ALEXY, 2011).

Para Alexy, realizando-se a técnica da ponderação, o direito que se salientar será aquele que faz parte do núcleo do mínimo existencial, devendo este ser garantido pelo Estado, não podendo ser flexibilizado (ALEXY, 2011). Tal técnica se mostra necessária em razão do fato de que, tendo o Poder Judiciário se tornado um espaço para discussões políticas, e ainda, gozando cada intérprete de autonomia, devendo julgar conforme suas próprias convicções, seus ideais podem estar baseado em entendimentos políticos divergentes, gerando um conflito (BARCELLOS, 2005).

Assim, para que nenhuma das partes envolvidas sofra danos a partir do decidido pelo órgão jurisdicional, da análise de um caso concreto, o Poder Judiciário ao exigir uma efetivação prestacional por parte do ente estatal deverá verificar, primeiramente se, a pretensão em tela é razoável, e em seguida, acaso dependa de orçamento público, verificar se o Estado possui condições financeiras de efetivá-la.

Imperioso ressaltar que a alegação genérica de que o Estado não detém condições orçamentárias não é considerado como argumento válido para o Judiciário, o qual deverá comprovar a insuficiência financeira. Ou seja, como alude Sarmiento (2016b, p. 1672), apesar de saber da importância do planejamento orçamentário, o qual consiste em elemento democrático e racionalizador da atividade financeira estatal, este não pode servir como justificativa a concretização de garantias mínimas ao cidadão, motivo pelo qual a inexistência de previsão “[...] no orçamento para a realização de despesa necessária à satisfação do mínimo existencial não deve obstar a sua concessão em sede judicial.”

Sem retirar a legitimidade do Poder Judiciário em garantir o mínimo existencial, exigindo a efetivação deste por parte do Poder Judiciário, Sarmiento (2016b) bem alude que, seguindo-se a técnica da ponderação, é preciso se atentar especialmente a questão ligada aos recursos orçamentários do Estado. Isto porque, apesar de o Poder Judiciário gozar de poder para fazer com que o

ente altere a sua política fiscal com vistas à arrecadação de recursos adicionais, este deve fazê-lo como *ultima ratio*, em respeito à legalidade tributária e a segurança jurídica dos próprios contribuintes.

Para fins de exemplificação, Sarmiento (2016b) alude à questão relacionada ao salário mínimo, o qual, por definição da Constituição Federal de 1988 deveria ser garantido de modo a suprir as necessidades vitais do ser humano. Em tempos de índices inflacionários exorbitantes, é possível visualizar na realidade que o salário definido pelo Poder Executivo não confere ao indivíduo a amplitude de direitos ao qual faria jus, entretanto, acaso o órgão jurisdicional proferisse decisão exigindo o reajustamento deste em conforme com o mínimo existencial, tal situação levaria o país a uma crise sem precedentes. Neste sentido, emprega Sarmiento:

[...] E os efeitos práticos da tentativa de cumprimento tenderiam a ser desastrosos, especialmente para os mais pobres. Enfim, um excesso ativista nessa área, ainda que muito bem-intencionado, poderia, ao final, destruir a economia nacional e, nestas crises, as maiores vítimas costumam ser exatamente os segmentos sociais mais vulneráveis. (SARMENTO, 2016b, p. 1674).

Assim, apesar do reconhecimento do mínimo existencial, a sustentabilidade destes e, sobretudo, a concessão destes por parte do Poder Judiciário deve atender a técnica da ponderação de modo a não ser concedido de maneira irrestrita, gerando entraves econômico-financeiros ao país. Diante de todo o exposto, é possível concluir, portanto, que não se pode afastar do Poder Judiciário as respectivas falhas dos órgãos do Poder Legislativo e Executivo quando assim restarem configuradas e estiverem contra os ditames fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Não obstante, para que o Poder Judiciário não atue de maneira arbitrária, é preciso que este observe limites processuais, substanciais e se atente a questão econômico-orçamentária do Estado, considerando a capacidade arrecadatória deste, de modo a não interferir, eventualmente, na liberdade e autonomia privada, prejudicando tantos outros indivíduos, para atender um direito de natureza individual, e sem consonância com a igualdade.

4 RESERVA DO POSSÍVEL VERSUS MÍNIMO EXISTENCIAL: UM EMBATE DECISIVO A CARGO DO PODER JUDICIÁRIO

Na composição dos direitos e garantias individuais e sociais, existem núcleos que se transmutam no chamado mínimo existencial, na medida em que possuem uma significativa carga valorativa ao ser humano, necessário a concretização da dignidade da pessoa humana, não podendo este rol ser limitado pela atividade executiva.

Apesar de o núcleo do mínimo existencial não ser taxativo, entende-se que faz parte deste todos os direitos e garantias que se mostram necessários a assegurar a liberdade do indivíduo, seu desenvolvimento, e sua dignidade humana, sendo um exemplo claro destes o direito à saúde, à educação, à moradia, à segurança, dentre outros.

Para a concretização de tais direitos, designa-se ao Estado o dever de efetivá-los, fazendo-o por intermédio de políticas públicas e outros mecanismos, os quais, sob uma lógica racional, exigem empenho orçamentário, portanto, faz com que parcela do arrecadado pelo Poder Público seja destinado ao cumprimento do núcleo do mínimo existencial.

Holmes e Sustain (1999), analisando o custo dos direitos, em sua obra "*The cost of rights*", demonstraram que, todos os direitos positivados no ordenamento jurídico, sejam eles de natureza individual ou social, dependem de recursos financeiros para serem realizados, sendo que, em casos de escassez, é preciso que o Estado realize escolhas alocativas, verificando qual direito merece maior proteção.

Segundo os autores, para que a escassez não se torne presente, é preciso que o Estado, para além de seus poderes de tributar e arrecadar, esteja comprometido a investir os recursos extraídos da sociedade por intermédio de impostos, taxas, contribuições, dentre outras, em programas de efetivação de direitos, neste sentido:

O que precisa ser adicionado a essas observações é a proposição correlativa de que a propriedade e os direitos dependem de um estado que está disposto a tributar e gastar. Os direitos de propriedade são caros para fazer cumprir. É claro que identificar a quantia monetária precisa destinada à proteção dos direitos de propriedade levanta difíceis questões de contabilidade. Mas uma coisa é clara: um estado que não poderia, sob condições especificadas, "tomar" ativos privados

também não poderia protegê-los com eficácia. A segurança de aquisições e transações dependem, em um sentido rudimentar, da capacidade do governo extrair recursos de cidadãos privados e aplicá-los a fins públicos. Em equilíbrio, direitos de propriedade podem até colocar uma carga sobre o tesouro público que compete com o fardo de nossos programas massivos de direitos. (SUSTEIN; HOLMES, 1999, p. 61).

Neste sentido, para efetivação do mínimo existencial, é necessário medidas de natureza positiva e prestacional por parte do Estado, exigindo deste, em todo e qualquer direito, uma alocação de recursos materiais e humanos, implicando um custo à máquina pública.

Ocorre, todavia, que em tempos de aumento populacional e de uma sociedade plural, o Estado tem se tornado omissivo na concretização deste núcleo mínimo, justificando a sua ausência de cumprimento sob a alegação de serem os recursos públicos limitados.

Acerca desta limitação por parte do Estado, Figueiredo e Sarlet (2007) expõem duas facetas que buscam explicar esta falta de concretização de direitos, sendo elas: o limite fático, em que o Estado, pelas suas qualificações econômico-financeiras, não disporia de íntegra capacidade material para a concretização de todos os direitos; e o limite jurídico, interligado a capacidade jurídica do Estado em poder dispor, independentemente de existir recursos.

Em razão destas duas vertentes limitativas, é que o Estado passou a sustentar a chamada "*cláusula da reserva do possível*" para se esquivar da efetivação de direitos sociais atrelados a dignidade da pessoa humana, sendo esta associada àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, consistindo numa espécie de limitação para a efetivação de um direito (FIGUEIREDO; SARLET, 2007).

Sendo o Estado responsável pelos recursos públicos, a ele foi incumbida à tarefa inicial de ponderar o que realmente é necessário à vida humana, destinando verba pública, assim, a reserva do possível consistiria em uma barreira à concretização de direitos que não estivessem em consonância com a disponibilidade econômica do Poder Público.

4.1 Conceito histórico acerca da Reserva do Possível

Sob um viés histórico, a construção teórica da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) se originou na Alemanha, considerada o berço das transformações modernas no âmbito do direito, responsável inclusive pelo desenvolvimento do mínimo existencial (FIGUEIREDO; SARLET, 2007).

Ao que tudo indica, a expressão reserva do possível surgiu no caso paradigmático *numerus clausus*, julgado em 18 de julho de 1972 pelo Tribunal Constitucional Alemão, que versava sobre o direito de acesso ao ensino superior dos cursos de medicina nas universidades de Hamburgo e Baviera, os quais teriam estabelecido limitações de admissão (FALSARELLA, 2016).

Na ocasião, os interessados alegaram que a restrição imposta pelas universidades, além de compor um entrave a concretização do direito à educação, configuraria uma violação a liberdade profissional, abalizada no artigo 12, I da Lei Fundamental Alemã, que dispõe que “[...] todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei ou com base em lei” (FALSARELLA, 2016, p. 2).

A julgar a lide, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu ser possível a restrição do acesso aos cursos de medicina, reconhecendo que “[...] a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”, devendo, portanto, a exigência, estar em consonância com o limite orçamentário estatal e dentro de parâmetros de razoabilidade (FIGUEIREDO; SARLET, 2007, p. 187).

Em decorrência disto, na década de 1970, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, fixou o entendimento que os direitos sociais, em virtude de sua característica prestacional, dependem de uma real disponibilidade de recursos financeiros do Estado para serem efetivados, gozando este último de discricionariedade para distribuir o orçamento da forma que atenda a supremacia do interesse público, podendo se recusar ao cumprimento de determinada prestação, quando constatado que o indivíduo detém condições, por si só, de efetivar o direito (FIGUEIREDO; SARLET, 2007).

Partindo deste cenário, Figueiredo e Sarlet sustentam que a reserva do possível, à luz do entendimento proferido pelo Tribunal Constitucional Alemão,

possui uma tríplice dimensão, na qual se computa a disponibilidade fática dos recursos, a disponibilidade jurídica, e por fim, a proporcionalidade e razoabilidade da prestação, *in verbis*:

[...] 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; e c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (FIGUEIREDO; SARLET, 2007, p. 189).

Apoiando-se na dogmática alemã, países aderiram à reserva do possível para justificar que um direito social só seria efetivado quando houvesse disponibilidade fática, jurídica e razoabilidade da exigência. Particularmente no Brasil, esta razoabilidade tem sido deixada de lado, tornando o conceito como reserva do financeiramente possível (FALSARELLA, 2016).

Não obstante, em virtude de estar o núcleo do mínimo existencial estritamente ligado a dignidade da pessoa humana, os indivíduos, confrontando a reserva do possível alegada pelo Estado quando da concretização de um direito social, tem se portado perante o Poder Judiciário para fazer seu direito fundamental, existindo na atualidade uma gama de entendimentos jurisprudenciais envolvendo o tema.

Imperioso ressaltar que, diferentemente do sistema alemão, em que os direitos prestacionais são positivados em normas, não possuindo um cunho constitucional, no Brasil, estes se situam, em particular, na Constituição Federal de 1988, constituindo-se de normas de aplicabilidade imediatas, em razão de seu valor à pessoa humana (ALMEIDA; BRASIL, 2021).

Todavia, diferentemente da Alemanha, um país desenvolvido, com uma estrutura financeira e arrecadatória mais equilibrada, no Brasil, o custo para manutenção de direitos e garantias prestacionais é alto, fazendo com que o Estado alegue a reserva do possível quando da não possibilidade financeira de

arcar com a efetivação de tais direitos, o que influencia a sociedade a acionar a tutela jurisdicional (ALMEIDA; BRASIL, 2021).

Para Moro e Pereira (2019), grande parte dos problemas orçamentários presentes no Brasil, decorre não da falta de recursos públicos para efetivação das políticas públicas, mas sim da má administração dos cofres, sua incorreta distribuição e, especialmente, os desvios de verbas, gerando assim uma ineficiência gestão pública, a qual cabe ao Poder Judiciário decidir.

4.2 A legitimidade do Poder Judiciário com entendimentos do STF e TJRJ acerca da possibilidade do órgão em alocar recursos.

Dentre alguns casos levados ao órgão jurisdicional, merece alusão, em um primeiro momento, o debate acerca da criação de vagas para atendimento de crianças em creches e pré-escolas, situação em que o Poder Judiciário tem se posicionado no sentido de não ser válido o argumento da reserva do possível, pelo fato de o direito à educação se compor do núcleo de mínimo existencial, postulado da dignidade da pessoa humana.

No Recurso Extraordinário com Agravo 639.337/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011, que discutia a obrigatoriedade do município de São Paulo em efetivar matrícula de criança de até cinco anos em unidade de ensino infantil próximo à residência ou trabalho dos responsáveis legais, o Ministro Relator Celso de Mello, apesar de reconhecer a escassez dos recursos públicos, e a instauração de conflitos em decorrência da “escolha trágica” do Estado em onde alocá-lo, entendeu que não pode o Poder Público deixar de conferir efetividade a direitos que compõem o mínimo existencial, tal como a disponibilização de vagas em creches e pré-escolas para crianças, com o objetivo de tutelar outros direitos sociais a ele coligados, como o exercício profissionais de pais e mães que dependem da colocação de seus filhos em ambiente escolar para trabalhar.

Na decisão, o Ministro elucidou que a educação infantil se traduz como o primeiro grau a formação do indivíduo, possuindo natureza fundamental, não se submetendo “[...] a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental” (BRASIL, 2011, p. 126), motivo pelo qual não se justifica o embasamento da

teoria da reserva do possível quando em conflito com o mínimo existencial, o qual possui apelo irretocável, *in verbis*:

[...] A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337/SP. Segunda Turma. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Data de julgamento: 23/08/2011, p. 127-128).

Além da questão relacionada à tutela do direito à educação, no ordenamento pátrio se visualiza uma crescente onda de judicialização do direito à saúde, haja vista as constantes negativas do Estado em arcar com os custos de tratamentos ou de medicamentos, sustentando em diversos casos a não previsão destes na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), formulada pelo Sistema Único de Saúde (SUS), deixando inúmeros indivíduos a mercê de um sistema que deveria lhes garantir um direito correlato à vida e a integridade física e psíquica.

Diante da problemática do quadro de escassez de recursos e possibilidade de garantia aos direitos fundamentais sociais, inclui-se a demanda da existência fática de recursos com a igualdade e universalidade do acesso à saúde. A deficiência econômica relaciona-se com a escassez, e a falta de recursos com a desigualdade, porque bens escassos não alcançam a todos, como por exemplo o acesso a ao medicamento Zolgensma (medicamento para tratamento da AME, Atrofia Muscular Espinhal), a escassez de recursos pode ser vista quando o medicamento existe, porém seu custo é tão elevado que, caso seja fornecido a todos o que reclamarem, poderia causar a falta de fornecimento aos demais medicamentos.

Assim, tem-se a chamada teoria da reserva do possível esbarrando em direitos concretamente prestacionais, como o direito à saúde pública, em que o

fornecimento de bens e serviços, contemplando, portanto, medicamentos e tratamentos oferecidos pelo SUS, que deveriam ter sido regulamentados por meio de políticas públicas e dotações orçamentárias do Estado, mas que não o são em virtude da indisponibilidade econômico-financeira do Poder Público, o que faz com que milhares de brasileiros recorram ao Poder Judiciário (MARINONI, MITIDIERO; SARLET, 2018).

Segundo estudo elaborado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), entre 2008 e 2017 o número de demandas judiciais relativas à saúde teve um aumento de 130%, o que conseqüentemente refletiu na despesa orçamentária da União, que somente no ano de 2016 gastou R\$ 1,3 bilhões em processos judiciais de saúde, nos quais os medicamentos de alto custo foram responsáveis por 90% do valor (INSPER, 2019).

Dentre os medicamentos que foram determinantes para o dispêndio de bilhões, tem-se o *Eculizumabe* (Soliris®), fármaco voltado ao tratamento de duas doenças raras, a saber, a Síndrome Hemolítico-Urêmica Atípica (SHUA) e a Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN), que gerou um impacto de R\$ 625 milhões no orçamento federal em 2016, tendo sido adquiridos para atender apenas 364 pacientes (XAVIER, 2018).

Em virtude da judicialização de medicamentos tais como o *Eculizumabe* (Soliris®), considerado o segundo tratamento mais caro do mundo, cujo valor de cada ampola de 300 mg chega a custar R\$ 20,8 mil reais, ficando atrás somente da terapia genética sem registro nos Estados Unidos, iniciou-se um debate acerca da legitimidade do Poder Judiciário em exigir do Estado a sua prestação, ainda que alegado a reserva do possível, (COLLUCCI, 2020).

Tal temática divide opiniões, na medida em que existem aqueles que defendem a impossibilidade de o Poder Judiciário interferir na alocação de recursos, sendo esta tarefa do Poder Executivo, o que sugeriria uma intervenção entre os poderes; e os que aludem à legitimidade do órgão jurisdicional em interferir em todas às vezes que o Poder Público se mostra omissos ou ineficiente, abarcando, inclusive, a possibilidade de exigir a alocação de recursos em determinado direito de natureza prestacional.

Na visão dos contrários a intervenção do Poder Judiciário na alocação de recursos públicos, caberia ao Poder Executivo, em um primeiro momento, fazê-la, porém, na falta de recursos ou de critérios preestabelecidos pela Constituição

Federal de 1988 determinando o quantitativo de afetação, tornar-se-ia de competência do Poder Legislativo, responsável pelos trâmites orçamentários, resolver a problemática em torno das prestações materiais (MARINONI, MITIDIERO; SARLET, 2018).

A transferência da competência do Poder Executivo para o Legislativo será possível, na medida em que os membros eleitos por ambos os Poderes, são diretamente eleitos pelo povo, tendo a função de representá-los nas tomadas de decisões, o que não ocorre com o Poder Judiciário, que teria o dever de ser imparcial (MORO; PEREIRA, 2019).

Outro argumento utilizado por estes seria que as decisões e políticas fomentadas no âmbito do Poder Legislativo e Executivo, são dotadas de discricionariedade administrativa, portanto, obedecem aos critérios de conveniência e oportunidade de tais instituições, não sendo possível o Poder Judiciário sopesar tais direitos (MARINONI, MITIDIERO; SARLET, 2018).

Neste ponto, entretanto, é imperioso ressaltar a inafastabilidade da jurisdição, como assim é resguardada pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, a qual impede que o Poder Judiciário seja repellido de analisar os critérios utilizados pelos demais Poderes de Estado (MARINONI, MITIDIERO; SARLET, 2018).

Para Alexy (2008), sempre que se tiver uma relação que envolva o caráter prestacional do Estado, um indivíduo a ser beneficiado pelo direito de natureza fundamental, e um objeto possível, surgirá ao então titular do direito demandá-lo no órgão jurisdicional.

Sob tal enfoque, em 2015, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 592.581 em sede de Repercussão Geral, reconheceu a inafastabilidade da jurisdição em situação envolvendo execução de obras em estabelecimentos prisionais, como forma de assegurar a integridade física e moral dos detentos, firmando a seguinte tese:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário

592.581/RS. Tribunal Pleno. Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Data de julgamento: 13/08/2015. Data de Publicação: 01/02/2016, s. n.).

Além disso, ainda sob a temática do dever do Estado para com os presidiários, devendo se atentar a dignidade humana destes, não podendo os deixar a mercê em prol da ressocialização do detento resguardada pela Lei de Execução Penal (LEP), a Suprema Corte, em 2017, no julgamento do Recurso Extraordinário 580.252, reconheceu a responsabilização do Poder Público por danos morais decorrentes de superlotação carcerária, fundamentando ser inaplicável a teoria da reserva do possível em tais casos, haja vista a obrigação deste em resguardar a segurança das pessoas, e mantê-las em condições mínimas de humanidade (BRASIL, 2017).

Em oportuno, a Suprema Corte aludiu ainda que se acaso reconhecesse a inviabilidade do Poder Judiciário em definir e exigir dos Poderes Legislativo e Executivo medidas em prol da população carcerária, estaria compactuando para a perpetuação da desumana situação em que são submetidos os presos no Brasil (BRASIL, 2017).

Barroso (2018), em crítica a atuação do Poder Judiciário em demandas prestacionais da saúde, leciona que referido órgão pode pôr em risco a continuidade de políticas públicas na área, influenciando no já desorganizado sistema econômico-financeiro do país, impedindo assim que outros mecanismos para efetivação de direitos sejam implementados pela atividade administrativa, fazendo com que o próprio excesso judicializante ocasione na não concretização prática da Constituição Federal de 1988.

Para o jurista e antropólogo francês Antoine Garapon (1999 apud ELÓI; TEIXEIRA, 2014), o papel do Poder Judiciário se classifica como um guardião de promessas, atuando para atender as expectativas do indivíduo e/ou do coletivo que não foram supridas pelo Poder Executivo, traduzindo-se como verdadeiro herói da continuidade da democracia. Segundo o autor, o sucesso do órgão jurisdicional se deve ao:

[...] descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causando pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada

vez menos. (GARAPON, 1999, p. 48 apud ELÓI; TEIXEIRA, 2014, p. 57).

Neste sentido, diante da inércia ou inefetividade das ações por parte do Executivo, as quais poderão estar associadas à alegação da reserva do financeiramente possível, a sociedade tem recorrido ao órgão jurisdicional para ter o núcleo de direitos mínimos garantido.

Criticando o papel dominante do Poder Judiciário nas tomadas de decisões que refletem na atribuição orçamentária do Estado, Maus (2010) em sua obra *“O Judiciário como superego da sociedade”* aponta que ao avocar para si a condição de instância moral do coletivo, o órgão jurisdicional, por intermédio dos controles de constitucionalidade, sequestra a soberania.

Segundo a autora, o Poder Judiciário transforma a Constituição Federal de 1988 em um catálogo pré-fabricado da qual fundamenta todas as decisões, situação que pode acarretar falta de espaços e órgãos autônomos isentos do Direito, gerando uma “[...] ditadura do Judiciário, o que equivaleria a uma completa colonização do sistema político pelo jurídico” (MAUS, 2010, p. 289).

Em contrapartida, Streck (2003) menciona que essa assunção mais positiva por parte do Poder Judiciário já era mostrava necessária, diante da vasta omissão do Executivo em cumprir por si só as tarefas a ele delegadas pelo constituinte originário.

Para o autor, o órgão jurisdicional, exercendo a chamada justiça constitucional, deve expandir suas funções para além daquelas previstas na legislação constitucional e infraconstitucional, independentemente de contrariar os ditames do Poder Legislativo (STRECK, 2003).

Cappelletti (1993), em consonância a este entendimento, elucida que a ideia de um Poder Judiciário mais ativo está ligada a própria democracia, preservando o sistema de pesos e contrapesos em prol da efetivação de direitos atribuídos pela Constituição, dispondo que:

[...] a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles

adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas. (CAPPELLETTI, 1993, p. 107).

Barcellos (2005), de igual modo, concordando com a implementação forçada de uma prestação social por parte do Poder Judiciário, menciona sobre a destinação dos recursos públicos à educação, o qual, conforme empregado pelo art. 213, § 1º da Constituição Federal de 1988,¹ inexistindo vagas suficientes na rede pública de ensino, caberá ao Poder Legislativo disciplinar a concessão de bolsas de estudos, e ao Poder Executivo investir na expansão da rede de ensino.

Não regulamentado ou efetivando a matéria em tempo de garantir um direito mínimo à sociedade, qual seja, o acesso à educação, o Poder Judiciário, uma vez invocado, poderá conceder tais bolsas em virtude do princípio da legalidade, tendo como observância o mencionado dispositivo constitucional e, ainda em atendimento ao sistema de freios e contrapesos, adotado pelo ordenamento pátrio, onde se permite o controle judicial sobre a atividade exercida pelo Legislativo e Executivo (BARCELLOS, 2005).

Para Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2018), o fator custo de um direito, não pode servir como elemento impeditivo a sua efetivação, sendo irrazoável aceitar a alocação de recursos por parte do Poder Judiciário, quando assim não tiver sido feito pelo Poder Executivo, constituindo-se tal cenário uma afronta ao mínimo existencial.

Segundo os autores, ainda que a atuação do órgão jurisdicional possa divergir em cada caso concreto, a implantação de direitos mínimos por este não afronta a teoria da separação dos poderes adotada pelo direito doméstico, devendo, entretanto, observar uma “reserva geral de ponderação”, impondo certos limites ao reconhecimento de todo e qualquer direito como mínimo a existência a humana, submetendo-se, portanto, a um “sistema de limites e limites dos limites”, sob o critério da proporcionalidade e da razoabilidade (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2018).

¹ Art. 213. [...]

§ 1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade. (BRASIL, 1988).

No ordenamento pátrio, já é possível se verificar uma submissão a tais critérios, haja vista que sob entendimentos da Suprema Corte, tem-se distinguido, inicialmente, os casos levados a juízo que buscam coibir omissões do Poder Legislativo e Executivo, dos que exigem o cumprimento de legislação e políticas públicas já existentes, sendo neste último que se situa a chamada “judicialização da política”, onde o órgão jurisdicional passa a demandar a prestação de um direito que já deveria ter sido efetivado pelo Estado (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2018).

Ao exigir a prestação de direitos que já possuem políticas públicas delineadas, mas não efetivadas, o Poder Judiciário reconhece o custo que estes possuem ao Estado, porém, afirmando que qualquer impossibilidade na concretização deles sob a alegação da reserva do possível deve ser demonstrada pelo Poder Público, incumbido a este o ônus da prova, devendo este demonstrar efetivamente não possuir recursos públicos suficientes para arcar com o direito pleiteado em juízo, não valendo a mera exposição genérica de sua incapacidade financeira, sob o fundamento da teoria da reserva do possível (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2018).

Demonstrando este papel garantidor do Poder Judiciário em fazer com que o Estado efetive uma política pública da qual já havia sido remanejado recursos financeiros para concretizá-lo, cita-se situação ocorrida no Rio de Janeiro, onde a Defensoria Pública do Estado, junto ao Ministério Público, ingressaram com Ação Civil Pública face ao Poder Público estatal e municipal, pleiteando o imediato funcionamento dos hospitais de campanha para tratamento do vírus Sars-CoV-2, os quais já gozavam de recursos financeiros que teriam sido distribuídos por decreto do Governador e Prefeito logo após o reconhecimento da situação emergencial da pandemia (Portaria n.º 188/2020), existindo, inclusive, a respectiva previsão de recursos orçamentários que comprovariam a possibilidade do Estado em criar os leitos, não podendo este se usurpar da alegação de reserva do possível (ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2020).

No juízo de cognição sumária, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro concedeu liminar favorável dispondo a obrigatoriedade do Estado em criar ou estruturar leitos para tratamentos dos pacientes contaminados pelo vírus, afastando desde logo qualquer alegação de reserva do possível, haja vista

estar o direito à saúde no rol do mínimo existencial (ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2020).

Acerca desta temática, em 2013, a Suprema Corte, ao proferir decisão no Recurso Extraordinário 642.536/AP, analisou a possibilidade e legitimidade do Poder Judiciário em determinar o Estado à adoção de medidas visando à melhoria da prestação de serviços públicos de saúde, realizando uma ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível (BRASIL, 2013).

Outro exemplo mais claro acerca da utilização do “sistema de limites e limites dos limites” por parte do Poder Judiciário reside na prestação de medicamentos, tais como o do já mencionado *Eculizumabe* (Soliris®), considerado de alto custo, no qual, apesar de o órgão jurisdicional estar ciente sob constituir o direito à saúde um pressuposto à dignidade da pessoa humana, não é possível ao Estado assumir a prestação de todo e qualquer tipo de medicamento ou tratamento, devendo observar certos critérios para a sua aquisição, de modo a não comprometer o orçamento destinado a outras áreas que merecem o apoio estatal.

No Recurso Extraordinário 566.471, julgado em 2020 pelo STF em sede de Repercussão Geral, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi fixado o entendimento que o Estado não está obrigado a fornecer medicamentos de alto custo pela via judicial quando estes não estiverem previstos na listagem do SUS, qual seja na RENAME, ou então em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, salvo quando restar comprovado à necessidade para o tratamento de paciente hipossuficiente, isto é, sem condições financeiras, somada ainda a impossibilidade de substituição do fármaco por outro (DOUGLAS; OLIVEIRA, 2020).

Estando fora da RENAME, o medicamento necessariamente deverá estar registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) de modo a atestar sua real eficácia, não fazendo com que o Estado invista em um fármaco que sequer possui um selo de qualidade garantido, ou seja, tratando-se de medicamentos de alto custo, a excepcionalidade de fornecê-lo sem o devido registro sanitário não é válida, nem sequer perante exigência do órgão jurisdicional, compondo-se em um limite a prestação deste em prol de um direito maior, a proteção dos tutelados (DOUGLAS; OLIVEIRA, 2020).

Na oportunidade, o Ministro Alexandre de Moraes, ao proferir seu voto, dispôs que “[...] não há mágica orçamentária e não há nenhum país do mundo que garanta acesso a todos os medicamentos e tratamentos de forma generalizada,” enfatizando a impossibilidade de se fornecer medicamentos de alto custo sem o devido registro no órgão sanitário devido ao comprometimento que esta situação poderá causar aos cofres públicos, bem como a implantação de demais políticas públicas (BRASIL, 2020, s. n.).

De acordo com a própria Suprema Corte, a decisão fixada no Recurso Especial 566.471 atinge mais de 42 mil processos em trâmite relacionados ao fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado, gerando a necessidade destes se nortearem pelo atual entendimento, sopesando a tomada de decisão de modo a não comprometer o orçamento público em sua integralidade (BRASIL, 2020).

De igual modo, em 2019, no julgamento do Recurso Extraordinário 657.718, a Suprema Corte, já havia reconhecido a impossibilidade do órgão jurisdicional em exigir do Estado a prestação de medicamentos não registrados na ANVISA, fixando os seguintes critérios em sede de Repercussão Geral:

I - O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais; II - A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial; III - É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil; IV - As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 657.718/MG. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Redator do acórdão: Min. ROBERTO BARROSO. Data de julgamento: 22/05/2019. Data de publicação: 09/11/2020, s. n.).

Na ocasião, o STF deixou clara a imposição de limites à prestação jurisdicional, impondo como regra ser vedado ao Poder Judiciário fornecer medicamentos experimentais ou sem registro na ANVISA, permitindo apenas em situações específicas, quando constado a demora do órgão sanitário em apreciar o pedido de reconhecimento do fármaco, desde que preenchidos os seguintes

requisitos: existir pedido de registro do medicamento no Brasil; houver registro do medicamento em renomadas agências no exterior; e inexistir outro fármaco passível de substituir o pleiteado em juízo (BRASIL, 2019).

Em seu voto, o Relator, Ministro Marco Aurélio reconheceu que o Poder Judiciário, na garantia do direito prestacional a saúde, tem seu exercício limitado pelos riscos que eventual medicamento sem o consenso científico e aval da ANVISA pode ocasionar aos pacientes (BRASIL, 2019).

Para Douglas e Oliveira (2020), os parâmetros impostos pelo próprio Poder Judiciário com vistas a reduzir o índice de processos relacionados à judicialização no país têm se mostrado essenciais, ainda mais considerado o contexto crítico vivenciado pelo Brasil e pelo mundo nos últimos dois anos, qual seja, a crise econômica e sanitária advinda em virtude do novo vírus, Sars-CoV-2, onde houve um aumento da demandada de leitos e demais medicamentos que se tornaram escassos com a pandemia, devendo nestes casos a via jurisdicional se valer dos requisitos previamente formulados com vistas a garantir a universalidade do direito à saúde.

Assim, é possível inferir que, ainda que não constitua a competência primária do Poder Judiciário alocar os recursos públicos, este tem o poder-dever de fazê-lo quando constatado que o Estado está se utilizando em desproporcionalidade da teoria da reserva do possível para se esquivar da efetivação de políticas públicas alinhadas a tutela de direitos mínimos a sociedade, e ligado à dignidade da pessoa humana.

Longe de configurar uma quebra a separação dos poderes, tese resguardada pelo ordenamento jurídico pátrio, a assunção do órgão jurisdicional em tamanha tarefa permite este cumprir aquilo tutelado pelo constituinte originário, e de obrigatoriedade do Poder Executivo e/ou Legislativo fazê-lo, sendo o Poder Judiciário instituição nivelar dos interesses individuais, sociais e públicos.

Assim, em favor do Estado Democrático de Direito e da proteção aos direitos e garantias de ordem fundamental que compõem o chamado mínimo existencial, entende-se estar autorizado e legitimado o Poder Judiciário, à luz dos problemas efetivos da sociedade contemporânea, exigir a implantação das políticas públicas e objetivos que não são cumpridos pelo Estado, ainda que

subsista a alegação de limitação orçamentária, sendo esta uma característica da dimensão política que atinge o órgão jurisdicional.

Para que a atividade administrativa não sofra com o impacto dos mandamentos jurisdicionais, e de modo que referido órgão não conceda todo e qualquer direito, influenciando na má-gestão de outros recursos públicos, tem-se enfatizado a necessidade do Poder Judiciário em sopesar os direitos por meio da técnica de ponderação, a qual consiste na utilização dos critérios de proporcionalidade e racionalidade para verificar se a tomada de decisão é justa aos interesses do sujeito detentor de direitos, e ao próprio Poder Público, evitando assim eventual crise sistêmica no Estado.

Desse modo, diante de todo o exposto, conclui-se pela legitimidade do Poder Judiciário em identificar a omissão do Poder Legislativo ou Executivo, efetivar um direito que compõe o rol do mínimo existencial, quando referidos Poderes não puderem comprovar a teoria da reserva do possível, não configurando tal cenário uma violação à separação dos poderes, ou a própria estrutura do Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

No Brasil qualquer pleito que vise garantir uma existência minimamente digna não pode ser considerada algo supérfluo, um dos objetivos principais constituinte é garantir a dignidade da pessoa humana, portanto o princípio da reserva do possível deve ser instrumento de ponderação entre a efetividade de um direito fundamental e suas consequências e não uma justificativa do estado que por vezes se utiliza do argumento de ausência de recursos para não cumprir os seus deveres constitucionais.

O princípio do mínimo existencial não está previsto expressamente na constituição brasileira, mas no decorrer de todo o texto constitucional é possível verificar a sua presença de forma implícita. O princípio do mínimo existencial emana diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana que compreende em uma complexidade de condições adequadas de existência digna por meio de prestações positivas do estado que deve viabilizar os direitos sociais mais básicos.

Através do mínimo existencial conhece-se os alvos prioritários para os gastos públicos, sendo possível estabelecer parâmetros para a atuação judicial na proteção dos direitos fundamentais. A reserva do possível impõe limites a concretização dos direitos fundamentais e mínimo existencial garante um padrão mínimo de existência digna. É possível admitir a reserva do possível mas com argumentos qualificados para afastar o mínimo existencial, a mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação do estado em garantir os direitos básicos, logo o mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível.

A efetividade dos direitos fundamentais está intimamente relacionada a disponibilidade orçamentária estatal, para alguns doutrinadores depois da constituição, o diploma normativo mais importante é o orçamento. O orçamento público é uma lista que compreende as receitas e as despesas de um governo para um determinado período, é o principal instrumento de intervenção estatal. É através do orçamento público que o governo apresenta o seu plano de gestão e aplicação dos recursos públicos é por meio deste instrumento que todo e qualquer direito pode ser efetivado.

A edição das leis orçamentárias é de competência do poder legislativo, cabe a este poder realizar as escolhas determinantes ao elencar quais são as prioridades dos gastos públicos, infelizmente não há recursos suficientes para suprir toda a demanda social e é por isso que o orçamento deve estar vinculado a concretização e à promoção da dignidade da pessoa humana.

A implementação dos direitos fundamentais exige dispendiosos recursos financeiros e por isso é necessário sopesar a previsão orçamentária destinada à promoção dos direitos fundamentais e a previsão orçamentária destinada às demandas governamentais, somente depois de garantido o mínimo existencial é que se poderia cogitar outros gastos.

O poder judiciário não só pode como deve zelar pela efetividade dos direitos fundamentais ao considerar a relevância da atividade estatal, o caráter social e o estado democrático de direito, uma vez que o controle dos gastos públicos passou a ser questão de ordem jurídica e não apenas política. Cabe ao judiciário o controle da atuação administrativa no que se refere a destinação razoável dos recursos públicos limitando o princípio da reserva do possível.

Muito se fala em direito fundamental, hoje mais do que conceituar buscase no ordenamento pátrio mecanismos jurídicos que viabilizem a promoção dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são aqueles intrínsecos ao homem, são aquelas prerrogativas que se concretizam como garantia de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas.

A função primordial do estado é garantir políticas públicas eficientes para efetivação de tais direitos e o poder judiciário deve acompanhar a evolução ao garantir e proteger que não ocorram omissões por parte do estado. Sempre que a uma ação estatal violar um direito fundamental é cabível a atuação do poder judiciário como um guardião da promoção dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. Brasil: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Dênia Matias; BRASIL, Deliton Ribeiro. A aplicação da reserva do possível nas demandas jurídicas que envolvam o direito à saúde no cenário de estado de coisa inconstitucional. **Nova Hileia**, Revista Eletrônica de Direito Ambiental da Amazônia, v. 11, n. 1, jun. 2022. Disponível em: <http://periodicos.uea.edu.br/index.php/novahileia/article/view/2579>. Acesso em: 6 out. 2022.

BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARANCHO, Antonio Benites. Considerações sobre a teoria dos freios e contrapesos (checks na balances system). **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, n. 2, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_1627_1634.pdf. Acesso em: 29 ago. 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARRIQUELLO, Carolina Andrade; PEDRON, Aline Michele; STURZA, Janaína Machado. A dinâmica de conjunção entre controle de riscos e promoção da saúde: o direito humano fundamental à saúde em tempos de sociedade globalizada. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro**, n. 39, jun. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/42135>. Acesso em: 25 ago. 2022.

BARROSO, Luís Roberto Da falta de efetividade da judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Conjur**, 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de**

Direito de Uberlândia, v. 38, pp. 235-274, 2010. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>. Acesso em: 16 ago. 2022.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 2, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534>. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 11.150, de 26 de julho de 2022**. Regulamenta a preservação e o não comprometimento do mínimo existencial para fins de prevenção, tratamento e conciliação de situações de superendividamento em dívidas de consumo, nos termos do disposto na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D11150.htm. Acesso em: 17 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 642.536/AP**. Primeira Turma. Rel. Min. LUIZ FUX. Data de julgamento: 05/02/2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental 639.337**. Segunda Turma. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Data de julgamento: 15/09/2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4063691>. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS (atualizada). **In: Notícias STF**, 11 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N>. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.º 23.452-1-RJ**. Tribunal Pleno. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Data de julgamento: 16/09/1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.581/RS**. Tribunal Pleno. Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Data de julgamento: 13/08/2015. Data de Publicação: 01/02/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur336550/false>. Acesso em: 6 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657.718/MG**. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Redator do acórdão: Min. ROBERTO BARROSO. Data de julgamento: 22/05/2019. Data de publicação: 09/11/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436062/false>. Acesso em: 6 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252/MS**. Tribunal Pleno. Rel. Min. TEORI ZAVASCKI. Redator do acórdão: Min. GILMAR MENDES. Data de julgamento: 16/02/2017. Data de publicação: 11/09/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373162/false>. Acesso em: 6 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento no Recurso especial 1.304.269-MG**. Segunda Turma. Rel. Min. OG FERNANDES. Data de julgamento: 17/10/2017. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Sob-Medida/Advogado/Jurisprud%C3%A4ncia/Pesquisa-de-urisprud%C3%A4ncia. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento 739.151-PI**. Primeira Turma. Rel. Min. ROSA WEBER. Data de julgamento: 27/05/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47-PE**. Tribunal Pleno. Rel. Min. GILMAR MENDES. Data de Julgamento: 17/03/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 26 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 624.536**. Primeira Turma. Rel. Min. LUIZ FUX. Data de julgamento: 05/02/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>. Acesso em: 28 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45-9-DF**. Tribunal Pleno. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Data de julgamento: 04/05/2004. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Acesso em: 25 ago. 2022.

BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas; MOREIRA, Fernando Henrique Barbosa Borges. Impactos orçamentários da judicialização das políticas públicas de saúde. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo (Orgs.). **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília-DF: Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, 2018, p. 26-50. Disponível em: https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Dilemas_do_Fenomeno_da_Judicializacao_da_Saude-1.pdf. Acesso em: 30 ago. 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do *reste à vivre*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 118, ano. 27, p. 363-386, jul./ago. 2018. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1236/1161>. Acesso em: 16 ago. 2022.

COLLUCCI, Cláudia. Um único remédio custou ao SUS R\$ 2,44 bilhões em 11 anos, revela estudo. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, 2 mar. 2020. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/um-unico-remedio-custou-ao-sus-r-244-bilhoes-em-11-anos-revela-estudo-folha-de-sao-paulo-02-03-2020/>. Acesso em: 4 out. 2022.

DOUGLAS, William; OLIVEIRA, Eduardo Perez. **Direito à saúde x pandemia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2020.

DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção contra o superendividamento e a inconstitucionalidade do decreto 11.150/22. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/din%C3%A2mica-constitucional/371128/protecao-contr-o-superendividamento-e-o-decreto-11-150-22>. Acesso em 11 set. 2022.

ELÓI, André Luís vieira; TEIXEIRA, Paulo Enderson de Oliveira. Judicialização da política: o aumento das estruturas judicantes nas democracias contemporâneas e no Brasil. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, PUC Minas Serro, n. 10, p. 54-77, 2014. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/8549/7334>. Acesso em: 4 out. 2022.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Ação Civil Pública n.º 0092893-07.2020.8.19.0001**. 14ª Vara da Fazenda Pública. Data de julgamento: 09/05/2020. Disponível em: https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Decisa%CC%83o_desbloqueio_de_leitos.pdf. Acesso em: 6 out. 2022.

FALSARELLA, Christiane. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. **Advocacia e Direito Público**, p. 46-55, 2016. Disponível em: https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf. Acesso em: 4 out. 2022.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. Princípios e direitos fundamentais. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171-213, out./dez. 2007. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 4 out. 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.

GONÇALVES, Geyson. **O superendividamento e o mínimo existencial: uma abordagem garantista**. 2016. 210 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/176659/345691.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 ago. 2022.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Causs. **The cost of rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

HOLTJE, Leo Van. **Direito constitucional**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.

MADEIRA, Lígia Mori; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judicialização da política no enfrentamento à Covid-19. **Revista Brasileira de Ciência Política**, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/zVR7JRsknppq8TBw9VLMPXx/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 21 fev. 2022.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARQUES, Claudia Lima; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Superendividamento do consumidor – mínimo existencial – casos concretos, de Káren Rick Danilevicz Bertonecello. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 101, ano 24, São Paulo, p. 575-580, set./out. 2015. Disponível em:

<https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1112>.
Acesso em: 17 ago. 2022.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORO, Rosângela Del; PEREIRA, Niakson Cardoso. Ações judiciais de medicamentos e o direito à saúde: uma análise sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da reserva do possível na comarca de Criciúma – SC. *In: XVI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, 2019. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/19549>. Acesso em: 4 out. 2022.

NERY JÚNIOR, Cícero José Barbosa. Breve história do princípio da separação dos poderes nos paradigmas do Estado de Direito. **Revista Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 1-23, 2020. DOI: 10.35699/2525-8036.2020.14786. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revise/article/view/e14786>. Acesso em: 30 ago. 2022.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: Teoria Geral do Processo**. Vol. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. A dignidade da pessoa humana na sociedade de risco. **Revista Interdisciplinar do Direito**, Faculdade de Direito de Valença, v. 6, n. 1, 2009. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/31>. Acesso em: 23 ago. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologias. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 4, pp. 1644-1689, 2016b. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034/19156>. Acesso em: 28 ago. 2022.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 257-301, 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336>. Acesso em: 4 out. 2022.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – os direitos humanos e a tributação**: imunidades e isonomia. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, RJ, jul./set., 1989. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>. Acesso em: 16 ago. 2022.

XAVIER, Christabelle-An. Judicialização da saúde: perspectiva crítica sobre os gastos da União para o cumprimento das ordens judiciais. In: **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Toledo (Orgs.). Brasília-DF: Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, 2018. Disponível em: https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Dilemas_do_Fenomeno_da_Judicializacao_da_Saude-1.pdf. Acesso em: 4 out. 2022.