

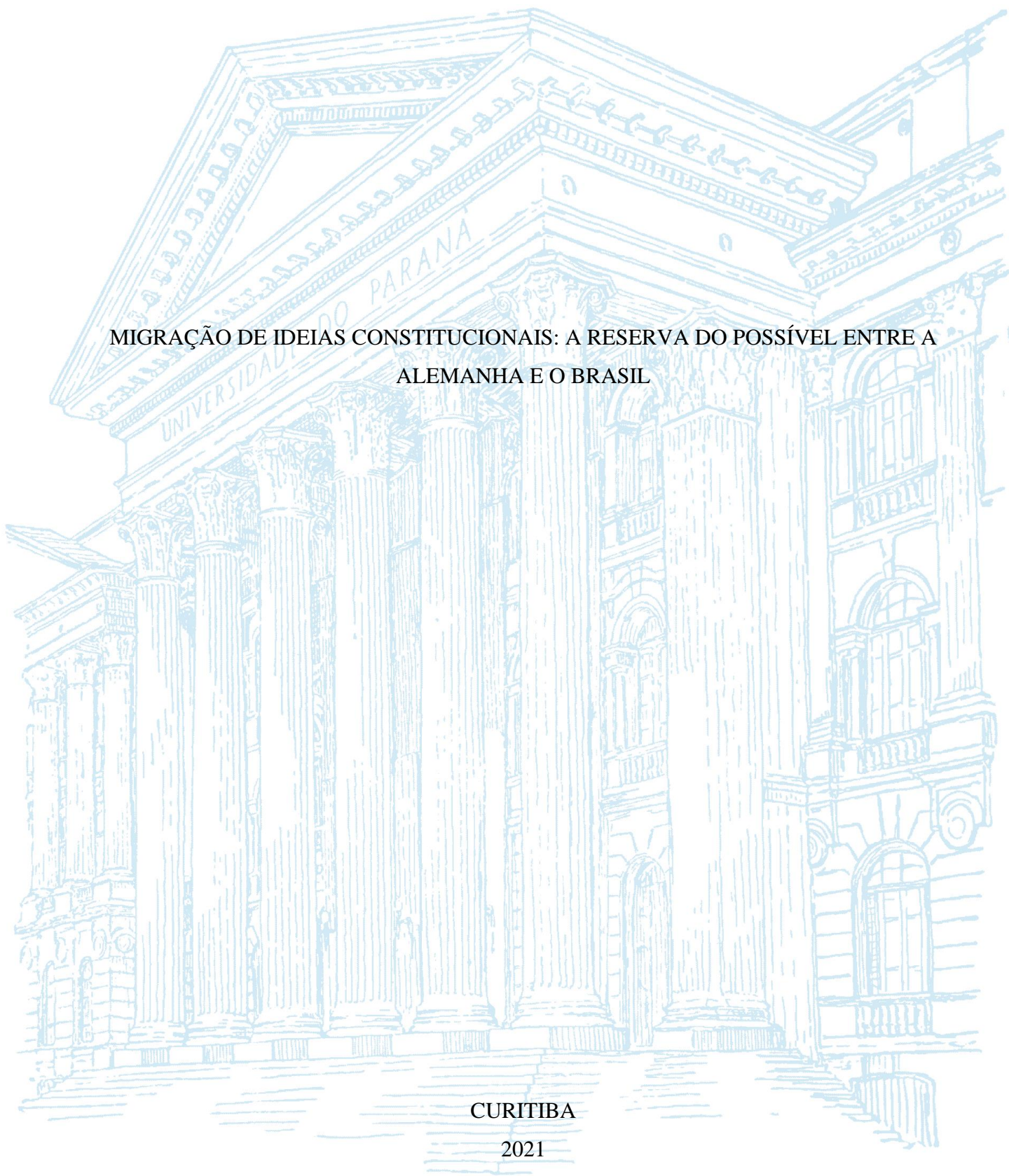
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MATHEUS GOMES SETTI

MIGRAÇÃO DE IDEIAS CONSTITUCIONAIS: A RESERVA DO POSSÍVEL ENTRE A
ALEMANHA E O BRASIL

CURITIBA

2021



MATHEUS GOMES SETTI

MIGRAÇÃO DE IDEIAS CONSTITUCIONAIS: A RESERVA DO POSSÍVEL ENTRE A
ALEMANHA E O BRASIL

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de
Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito
para a obtenção do título de bacharel em direito.

Orientadora: Prof. Melina Girardi Fachin

CURITIBA

2021

TERMO DE APROVAÇÃO

MIGRAÇÃO DE IDEIAS CONSTITUCIONAIS: A RESERVA DO POSSÍVEL ENTRE A ALEMANHA E O BRASIL

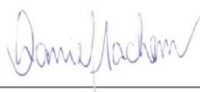
MATHEUS GOMES SETTI

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

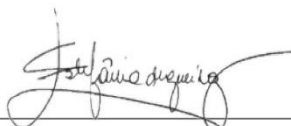


Melina Girardi Fachin
Orientador

Coorientador



Daniel Wunder Hachem
1º Membro



Estefânia Maria de Queiroz Barboza
2º Membro

“Individualidade!... Ah, tudo quanto somos, podemos e temos parece pobre, pálido, insuficiente e aborrecido; justamente o que não somos, não podemos e não temos, é o que olhamos com aquela inveja ansiosa que se torna amor, porque receia tornar-se ódio. Trago em mim o germe, o começo, a possibilidade de todas as aptidões e atividades do mundo... Onde não poderia eu estar se não estivesse aqui! Quem, o que e como poderia eu ser, se eu não fosse eu, se esta minha aparência pessoal não me isolasse nem me separasse a consciência da de todos aqueles que não são eu!”

Pensamento de Thomas Buddenbrook, em “Os Buddenbrook”, de Thomas Mann.

“Quem sabe a vida é não sonhar...”

Cazuza e Frejat, por Cássia Eller

RESUMO

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

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

ABSTRACT

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

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

SUMÁRIO

1. Introdução	6
2. Direito Constitucional Comparado	8
2.1. Resistência, convergência e engajamento	14
2.2. A migração de ideias constitucionais	17
2.2.1. Definições, razões de ser e críticas	17
2.2.2. Anatomia do fenômeno	23
3. De <i>Vorbehalt des Möglichen</i> para Reserva do Possível	25
3.1. A origem germânica	25
3.1.1. O contexto e o nascimento do conceito	25
3.1.2. O julgamento do Numerus Clausus pela Corte Constitucional	31
3.1.3. As faces do <i>Vorbehalt des Möglichen</i>	33
3.1.4. Os diversos tipos de impossibilidades	35
3.1.5. A escassez de recursos: impossibilidade fática propriamente dita	36
3.2. A migração: o conceito da reserva do possível no Brasil	41
3.2.1. Os direitos sociais	41
3.2.2. O mínimo existencial	45
3.2.2.1. O conteúdo do mínimo existencial	48
3.2.3. A reserva do possível	51
3.2.3.1. Escassez e a dimensão tríplice da reserva do possível	52
3.2.3.2. Possibilidade econômica	54
3.2.3.3. Possibilidade jurídica e política	55
3.2.4. Progressividade e não retrocesso	59
4. Conclusões	61
5. Referências bibliográficas	64

1. Introdução

O conceito da reserva do possível surgiu há algumas décadas na Alemanha, sob a denominação *Vorbehalt des Möglichen*, por meio de uma formulação da Corte Constitucional, no célebre julgamento do *numerus clausus*. Na ocasião, ela entendeu que os direitos prestacionais face ao Estado estão limitados “àquilo que o cidadão pode razoavelmente exigir da sociedade”. Noutra momento, mais recentemente, consignou-se que essa restrição não poderia ser aplicada ao chamado mínimo existencial (*Existenzminimum*), que compõe o núcleo básico para uma vida de acordo com a dignidade humana.¹

Ambos os institutos foram adotados pelos juristas brasileiros e são hodiernamente utilizados, tanto em trabalhos doutrinários, como na praxe jurisdicional. Esse fenômeno – a transposição de uma formulação jurídica de um sistema nacional para outro – vem recebendo diversos títulos dos estudiosos do direito constitucional comparado, tais como empréstimos ou transplantes constitucionais², “irritações” legais³ e, talvez mais adequadamente, migrações de ideias constitucionais.⁴

É certo que, nesse processo “migratório”, o conceito inicial sofre todo tipo de adaptações para se adequar ao seu novo *habitat*. Ao final, torna-se algo diverso. Ligado à ideia original, mas diferente em aspectos relevantes, os quais merecem sempre estudo, até para que visões simplistas não impeçam a sua devida compreensão.⁵

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

¹ O tema é abordado em SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Ed. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

³ TEUBNER, Günther. *Legal Irritants: Good faith in british law or how unifying law ends up in new divergences*. The Modern Law Review (MLR 61:1), Oxford, 1998. p. 12.

⁴ Esse foi o termo cunhado em SCHEPPELE. Kim Lane. *Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models*. I.CON, v. 1, n. 2, Oxford University Press and New York School of Law, 2003. p. 296.

⁵ O tema é discutido por diversos autores. Por ora, destaque, além da já citada Schepelle: LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of Legal Transplants*. Journal of European and Comparative Law, MJ 4, 111, Maastricht, 1997. CHOUDHRY, Sujit. *Migration as a New Metaphor in Constitutional Law*. In: _____. The Migration of Constitutional Ideas. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. FRANKENBERG, Günter. *Constitutional Transfer: The IKEA theory revisited*. I.CON, v. 8, n. 3, Oxford University Press, 2010.

maiores ressalvas em nosso contexto quando, em verdade, não se adequam à sua *versão brasileira*.⁶

Preliminarmente, já importa mencionar que a Constituição de Bonn não positivou um rol de direitos sociais, os quais não são dotados de jusfundamentalidade no ordenamento alemão. Tal decisão – tomada em virtude de particularidades históricas e sociopolíticas germânicas⁷ –, por si só, há de levar a relevantes diferenças em todo o sistema de proteção e garantia dos direitos fundamentais com relação ao Brasil. Afinal, como se sabe, a nossa Constituição positivou amplo rol de direitos fundamentais sociais em seu artigo 6º.

Além disso, os alemães dividem esses direitos fundamentais entre aqueles de liberdade (*Freiheit*) e os de participação social (*Teilhabe*), conferindo tratamento muito diverso a cada espécie.⁸ A ordem brasileira – a despeito de vozes esparsas em contrário⁹ – não aceita mais uma divisão desse grau entre os diferentes tipos de direitos fundamentais. Vigê o entendimento de que devem ser tratados de forma relativamente igual.¹⁰

Ademais, a teoria germânica faz uma divisão forte entre o mínimo existencial fisiológico e o sociocultural¹¹ – o que os diferencia inclusive quanto à possibilidade de judicialização – que parece não existir em intensidade semelhante no Brasil.

A presente discussão ainda possui potencial muito fértil. Embora muito já se tenha discutido sobre a reserva do possível, são escassas as efetivas conclusões sobre o tema. Os critérios e limites de sua aplicação permanecem incertos. Por isso, uma comparação mais aprofundada com o sistema germânico pode fornecer maiores balizas conceituais para a

⁶ A título de exemplo, algo nesse sentido é feito em KRELL, Andreas. Realização Dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n.º 144, out-dez 1999. Pp. 239-260.

⁷ Sobre o tema: MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 9. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2011. Pp. 588-589. ZACHER, Hans. *Soziale Grundrechte und Teilhaberechte*. Menschenrechte - Ihre Geltung Heute. Berlin: Colloquium Verlag, 1982. pp. 114-115.

⁸ O tópico é explicado em MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 9. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2011. Também, de forma bastante didática: EPPING, Volker. *Grundrechte*. Ed. 8. Berlin: Springer Verlag, 2019. p. 7.

⁹ Como em TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, 1989.

¹⁰ Exemplificativamente, por ora, cito SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Ed. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Ed. 8. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. FACHIN, Melina Girardi. *Direito Humano ao Desenvolvimento: universalização, resignificação e emancipação*. Tese (doutorado em direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. p. 74.

¹¹ Quanto a isso, vide: NEUMANN, Volker. Menschenwürde und Existenzminimum. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Berlin, 1995. SORIA, José Martínez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter europäischem und innerstaatlichen Druck. *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, Berlin, n. 43, 2006.

delimitação do tópico – tanto sobre o que ele é ou deve ser, quanto ao que não é ou não deve ser.

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

Em um primeiro momento, estabeleceremos as bases do estudo constitucional comparado, bem como fixaremos as premissas com relação ao tema da migração de ideias constitucionais. Em seguida, estudaremos o sistema germânico, destacando suas peculiaridades. Por fim, faremos uma exposição do modelo existente no Brasil, já confrontando-o com o analisado anteriormente.

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

2. Direito Constitucional Comparado

A história e a natureza humana propiciaram diversos momentos em que a comparação entre os elementos constitutivos de sociedades distintas foi desejável ou, por vezes, imperativo. Necessidade, inquisitividade e aspirações políticas, desde a antiguidade, são os motores desse fenômeno, que pode ter efeitos importantes sobre os seus objetos.¹²

A necessidade da comparação surge quando se tem uma entidade política que abarca diversas etnias e grupos sociais – como o Império Romano ou a União Europeia –, o que impõe a equalização entre as diferentes culturas abrangidas.¹³

Inquisitividade, por sua vez, é a curiosidade pelo desconhecido, pela compreensão de normas universais e pelo melhor entendimento de sua própria realidade, os quais podem ser alcançados pela confrontação e analogia com sistemas externos.¹⁴

¹² HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 148.

¹³ *Op cit.*

¹⁴ *Op cit.*

Por outro lado, a comparação constitucional também é relevante como base para agendas políticas. O estabelecimento de certas conformações sociais, a promoção de uma determinada ideologia ou visão de mundo e a definição da “melhor forma civilizatória”.¹⁵

Apesar de ter se fortalecido particularmente nas últimas décadas, o Direito Constitucional Comparado, no início do século XX, havia sido relegado a um pequeno e obscuro adendo nos cursos de Direito Constitucional.¹⁶ Isso foi resultado de uma virada positivista, exegeta, que se deu principalmente com a consolidação dos sistemas jurídicos nacionais, os quais se tornaram autorreferentes.¹⁷

Mark Tushnet argumenta que o interesse na área surgiu em três ondas. A primeira delas, que foi a grande impulsora do renascimento do tópico no século passado, foi o fim da II Guerra Mundial. A segunda, a descolonização na África e Ásia. A terceira, a redemocratização da América Latina. A fase atual é herdeira desse último processo.¹⁸ A esses fenômenos, Rosenberg e Sajó acrescentam a queda do muro de Berlim e o fim da União Soviética na Europa.¹⁹

No Brasil, a matéria ainda é muito pouco explorada. Dentre os escassos estudos sobre o tema, pode-se citar, em especial, o de Dutra e Vieira²⁰, os quais abordaram pela primeira vez as teorias de Vicki Jackson; Meyer²¹, que traçou um panorama dos principais aspectos teóricos e das controvérsias da matéria; e Medeiros²², o qual fez uma análise similar, mas afastando-se dos autores norte-americanos, normalmente dominantes. Também vale citar a importante contribuição de José Afonso da Silva²³, que, além de abordar a matéria em um paradigma diverso da maior parte dos estudiosos anglófonos, propõe um novo modelo de constituição com base em comparações com a Espanha, Itália, entre outros.

Também essencial para a ênfase recebida pelos estudos comparados nos últimos anos foi a ampliação do Direito Internacional Público e a maior importância dada aos tratados e convenções – em especial aqueles que envolvem direitos humanos, os quais passaram a figurar

¹⁵ *Op cit.*

¹⁶ SAJÓ, Andreas. ROSENBERG, Michael. Introduction. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1.

¹⁷ *Op cit.* p. 4.

¹⁸ TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. p. 1.

¹⁹ SAJÓ, Andreas. ROSENBERG, Michael. Introduction. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 2.

²⁰ DUTRA, Deo Campos; VIEIRA, José Ribas. *Direito Constitucional Comparado Entre Renascimento e Consolidação*. Sequência, n. 76, Florianópolis, 2017. pp. 69-94.

²¹ MEYER, Emílio Peluso Neder. *Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil*. Revista de Investigações Constitucionais, n. 2., v. 6., Curitiba. 2019.

²² MEDEIROS, Orione Dantas de. *Direito Constitucional Comparado: breve aspectos epistemológicos*. Revista de Informação Legislativa, n. 188, 2010. pp. 313-332.

²³ SILVA, José Afonso da. *Um Pouco de Direito Constitucional Comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.

no cerne da ordem jurídica internacional.²⁴ A definição desses direitos, contudo, não surgiu do nada, mas de previsões constitucionais já preexistentes em alguns países.²⁵

Nesse cenário, como sustenta Christopher McCrudden, a implementação de tais disposições passou a ser realizada pelos poderes judiciários nacionais, o que lançou os juízes na linha de frente da sua concretização, dando centralidade à figura do *judicial review*.²⁶ Ainda, pelo seu aspecto muitas vezes contramajoritário ou contrário aos interesses das classes políticas, as cortes com frequência procuram se afastar de tais influências e recorrem a fontes internacionais, por meio de estudos e casos julgados no estrangeiro.²⁷

A globalização do conhecimento e o fácil acesso a conteúdo jurídico de outros países também tornam cada vez mais difícil para cortes se isolarem de influências externas. Assim, é cada vez mais comum que haja referências a decisões e conceitos estrangeiros nos tribunais nacionais.²⁸

As experiências de outros países também podem ser úteis quando se assemelham à verificada na esfera nacional: ao lidar com direitos humanos e fundamentais, é inevitável esbarrar em inúmeros conflitos entre princípios. O diálogo entre tribunais de diferentes nações, então, possibilita uma maior discussão, o que pode conferir mais legitimidade às decisões, além de demonstrar as possíveis consequências de cada escolha.²⁹ Esse fenômeno será melhor analisado adiante, quando discutirmos as migrações constitucionais.

Os comparatistas, portanto, podem ter diversos objetivos. O método pode contribuir com a melhor compreensão de sistemas jurídicos estrangeiros ou até mesmo do nacional, pela sua distinção dos demais. Ainda, é muito comum a intenção dos estudiosos de, por meio dele, encontrar *standards* de “melhores práticas” no direito.³⁰ Este propósito, inclusive, é um dos grandes motores do atual direito internacional público e será melhor analisado adiante.

Naturalmente, os desafios para o cumprimento dessas propostas são muitos. Desde logo, tem-se a evidente barreira linguística. Embora possa parecer um problema singelo, ela restringe

²⁴ TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. p. 4.

²⁵ JACKSON, Vicki. *Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement*. *Federal Law Review*, Camberra, v. 35(2), 2007. p. 2.

²⁶ MCCRUDDEN, Christopher. *Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*. *Oxford Journal Of Legal Studies*, v. 20, n. 4, Oxford University Press, 2013. p. 500.

²⁷ *Op cit.* p. 502.

²⁸ JACKSON, Vicki. *Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement*. *Federal Law Review*, Camberra, v. 35(2), 2007. p. 2.

²⁹ *Op cit.* p. 528.

³⁰ JACKSON, Vicki. *Comparative Constitutional Law: Methodologies*. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 70.

em larga escala os estudos aos países anglófonos ou que traduzam artigos e decisões judiciais para o inglês.³¹

Ademais, é necessário compreender com alguma profundidade a história e as estruturas jurídicas, políticas, sociais e econômicas do país cujo direito se busca analisar. O estudo que não se atenha a tais aspectos corre grande risco de ser reducionista ou simplesmente errôneo em suas conclusões.³²

Pierre Legrand afirma, ainda, ser absolutamente impossível entender de verdade a legislação estrangeira, uma vez que está cheia de “fantasmas”, nos termos postos por Derrida, e subtextos somente acessíveis aos membros da sua cultura de origem. De acordo com o professor, um brasileiro, por mais que conheça bem o contexto alemão, jamais interpretará um dispositivo legal germânico como um nacional. Sempre – e invariavelmente – o fará como brasileiro.³³ Essa crítica tem particular relevância para o tópico de migrações constitucionais, de modo que também será melhor analisada em frente.

O estudo constitucional comparativo, embora venha se desenvolvendo rapidamente, ainda apresenta muitas lacunas para o seu amadurecimento.³⁴ Em especial, carece de um método rigoroso ou ao menos claro para embasar suas pesquisas, sobretudo no Brasil.³⁵

A fim de contribuir para a solução desse problema, Ran Hirschl e Vicki Jackson, em ambientes distintos, propuseram premissas metodológicas que podem orientar os estudiosos em seus objetivos – inclusive neste trabalho.

Hirschl afirma que os pesquisadores da área devem deixar de se limitar apenas a descrever os diferentes sistemas jurídicos, visando à formação de um conceito, mas procurar explicá-los, estabelecer relações causais entre as normas, as suas razões de ser e seus efeitos sobre a sociedade. Para tanto, sustenta, os métodos tradicionais do direito – de análise de casos, de minúcias legislativas – não são suficientes. É necessário adotar metodologias similares às das ciências sociais.³⁶

³¹ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 213.

³² JACKSON, Vicki. *Comparative Constitutional Law: Methodologies*. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 70-72.

³³ Veja-se: LEGRAND, Pierre. HACHEM, Daniel Wunder (trad.). *Como Ler o Direito Estrangeiro?* São Paulo: Contracorrente, 2018.

³⁴ DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Introduction. In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. *Research Handbooks in Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 12.

³⁵ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 224.

³⁶ *Op cit.* pp. 227-230.

Nesse contexto, Jackson explica que as pesquisas podem ser realizadas por acadêmicos, juízes ou legisladores. Quanto aos primeiros, podem ser classificatórias, normativas, históricas, funcionais ou contextuais.³⁷

As classificatórias têm por objetivo estabelecer e analisar “famílias” jurídicas, como *common law* e *civil law*, monistas e dualistas. Outro objetivo pode ser dividir ordenamentos com relação a aspectos de áreas determinadas, como presidencialistas e parlamentaristas, ou aqueles mais receptivos a investimentos estrangeiros e os menos.³⁸

Esse modo de pesquisa se relaciona muito com o histórico, o qual procura identificar o desenvolvimento de determinadas normas ao longo do tempo, traçar sua genética, sua genealogia. Entre outros, abarca o estudo de como um conceito “migrou” de um sistema para outro e como se desenvolveu nos ambientes distintos.³⁹ Em larga escala, esse será o escopo desta pesquisa.

No modo normativo, o que se ambiciona é encontrar e compreender padrões universais do “justo” e do “bom”. Por mais que a sua viabilidade seja questionável, pode-se dizer que é particularmente importante para o direito internacional público.⁴⁰

O mais utilizado, todavia, é o funcional, o qual tenciona verificar como dispositivos constitucionais funcionam em determinadas circunstâncias, como podem cumprir de diversas maneiras – e com taxas diferentes de sucesso – funções semelhantes, e se normas tidas como importantes realmente possuem tal característica em face de sua proposta.⁴¹

Esse modo pode ser adotado em conjunto com qualquer outro para finalidades distintas. Talvez o mais importante, porém, seja usá-lo junto com o contextual. Este procura analisar como os aspectos históricos e socioculturais influenciam nas normas constitucionais e levá-los em conta na definição e compreensão das funções que elas exercem.⁴²

Hirschl não distingue os modos de comparação desta forma. Diferentemente, divide-os entre aqueles sobre um único país – que se caracterizam como comparativos pois têm como autor algum estrangeiro – e os de autorreflexão ou melhoramento por meio de analogia, distinção ou contraste⁴³. Um terceiro modo, que segundo o autor é o mais desejável, é o que

³⁷ JACKSON, Vicki. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 54-55.

³⁸ *Op cit.* pp. 56-57.

³⁹ *Op cit.* p. 58.

⁴⁰ *Op cit.* p. 60.

⁴¹ *Op cit.* p. 61.

⁴² *Op cit.* pp. 66-67.

⁴³ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 232-235.

analisa a forma como sistemas diversos lidam com problemas similares, para “gerar conceitos e parâmetros analíticos para pensar criticamente sobre normas e práticas constitucionais.”⁴⁴ Por fim, o professor cita a busca de inferências causais a partir do teste de teorias em confronto com dados empíricos sobre o funcionamento das normas.⁴⁵

As ferramentas para obtenção desses resultados são várias. Tushnet classifica os métodos comparativos que podem ser utilizados. De um lado, tem-se aqueles chamados de *small-n*, que analisam uma pequena quantidade de casos. Em primeiro lugar, podem ter por objeto os casos mais parecidos ou mais diferentes.⁴⁶ Essa divisão pode ajudar a entender quais aspectos são realmente importantes para a obtenção de um determinado resultado: se casos distintos em tudo exceto uma variável possuem a mesma consequência, é provável que aquela seja importante. O mesmo se infere de casos iguais com exceção de uma variável.⁴⁷

Outro método, segundo Tushnet, é a exposição de casos ilustrativos ou edificadores, os quais têm por finalidade desestruturar sentidos de falsa necessidade. Isto é, demonstrar que certos resultados podem ser atingidos por meios diferentes daqueles tidos como essenciais no contexto nacional – e talvez de maneira melhor do que a atualmente adotada.⁴⁸

Hirschl acrescenta ainda o método de casos prototípicos, os quais possuem todas as características emblemáticas de um grupo maior de hipóteses e que permitem traçar inferências sobre elas.⁴⁹ Casos mais difíceis, que levam a uma hipótese *ad absurdum* para verificar se ela ainda assim se mantém – o que serviria de forte embasamento para o seu acerto.⁵⁰ Ainda, casos excepcionais, que buscam demonstrar que um determinado resultado não tem como causa as variáveis até então consideradas, mas uma outra, presente nessas situações que em nenhum outro aspecto se assemelham às demais.⁵¹

Portanto, percebe-se que o direito constitucional comparado vem desenvolvendo com velocidade metodologias mais sólidas e confiáveis, as quais permitem trabalhos com maior complexidade e rigor científico. No Brasil, se a comparação já é por si só escassa, a abordagem vinculada a essas bases é quase inexistente. Discuti-las e considerá-las é, assim, essencial para

⁴⁴ *Op cit.* p. 238. A mesma possibilidade é abordada em TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. p. 8.

⁴⁵ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 242.

⁴⁶ Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. p. 8.

⁴⁷ Essa explicação é feita com detalhes em HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. pp. 245-246 e pp. 253-254.

⁴⁸ Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. p. 8.

⁴⁹ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 256.

⁵⁰ *Op cit.* p. 260.

⁵¹ *Op cit.* pp. 262-263.

que o campo ora estudado possa adquirir maior relevância no país, com todos os benefícios que traz aos estudos jurídicos nacionais.

Fixadas todas essas premissas, podemos agora passar a analisar as diferentes maneiras como os ordenamentos e as cortes lidam com as influências do direito estrangeiro. Para tanto, tornaremos à já profundamente difundida teoria de Vicki Jackson.

2.1. Resistência, convergência e engajamento

Como visto, no atual contexto de globalização do conhecimento, é cada vez mais difícil que as cortes nacionais se isolem completamente de influências estrangeiras. A internet, os bancos de dados com constituições e decisões judiciais do mundo inteiro traduzidas, e o desenvolvimento do direito internacional público – em especial no que concerne à proteção dos direitos humanos – fazem com que seja praticamente impossível não precisar adotar alguma postura com relação à influência internacional.⁵²

Nesta seção, analisaremos as possíveis reações das cortes ao influxo transnacional. De acordo com Vicki Jackson, estas podem adotar a forma de resistência, convergência e engajamento.⁵³

A resistência pode ser explícita ou se manifestar pelo silêncio ou indiferença às influências transnacionais.⁵⁴ Entre suas fontes, cumpre citar uma interpretação originalista, vinculada à ideia de contrato social, ou majoritária da constituição. Sob essa ótica, assumir que decisões, leis e outros institutos jurídicos estrangeiros influenciem no contexto interno viola o caráter democrático do direito, uma vez que eles não passaram pelo crivo das instituições representativas do povo em âmbito nacional.⁵⁵

Há ainda a preocupação de que a discricionariedade jurisdicional seja desproporcionalmente ampliada, já que os juízes podem escolher, entre uma miríade de casos e conceitos de qualquer lugar do mundo, qualquer um que convenha à sua opinião política no momento.⁵⁶ Esse fenômeno é o que se convencionou chamar de *cherry-picking* e é uma forma de mau uso do direito comparado por juízes.⁵⁷

⁵² JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 6-8.

⁵³ *Op cit.* p. 8-9.

⁵⁴ *Op cit.* pp. 32-33.

⁵⁵ *Op cit.* pp. 20-22.

⁵⁶ *Op cit.* p. 26.

⁵⁷ MEYER, Emílio Peluso Neder. *Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil*. Revista de Investigações Constitucionais, n. 2., v. 6., Curitiba. 2019. p. 1. É também a principal crítica de Richard Posner em POSNER, Richard. No Thanks, We Already Have Our Own Law. Publicado em 08/2014. Disponível em https://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp

De fato, o *cherry-picking* consiste na escolha pelos juízes de casos julgados no estrangeiro que corroborem a sua opinião pessoal e concepção política, sem se aterem a uma metodologia que dê confiabilidade às conclusões alcançadas - como se estivessem “colhendo cerejas”. Os conceitos exteriores são utilizados sem a devida atenção ao seu contexto e até mesmo ao seu significado no país de origem, tão somente para servirem de suposta fundamentação a uma decisão que carece de outra base.⁵⁸

Nesse passo, na linha de Legrand e dos culturalistas, alguns afirmam que as cortes simplesmente não têm conhecimento da realidade de outros países e do que significam os direitos estrangeiros para compreendê-los de forma correta. Assim, o seu uso estaria fadado a incorrer em erros materiais quanto ao significado e a utilidade dos institutos.⁵⁹

Ademais, para muitos estudiosos do hemisfério sul, em especial da América Latina, influências de países europeus ou norte-americanos são encaradas como formas de imperialismo, e por isso rechaçadas.⁶⁰

Talvez a discussão mais emblemática quanto à resistência ao direito estrangeiro seja a travada entre os *justices* Scalia e Breyer, da Suprema Corte estadunidense. Scalia defendeu os diversos pontos citados acima, ao passo em que Breyer teceu considerações favoráveis à convergência ou, ao menos, engajamento.⁶¹

Nesse contexto, a convergência se relaciona com posicionamentos mais universalistas, que buscam estabelecer parâmetros gerais de direitos a partir de “melhores práticas”. Suas principais fontes são a internalização de tratados internacionais por muitas constituições, a criação de blocos de países – com destaque para a União Europeia – que impõem determinados parâmetros para seus membros, e os incentivos para a implementação de certas práticas jurídicas e sociais pelas organizações internacionais, em especial a ONU⁶².

Michael Kirby, *justice* da Suprema Corte australiana, sustenta que a harmonização entre países democráticos e respeitosos aos direitos humanos deve ser objetivada pelas cortes nacionais. Em primeiro lugar, pois a concordância com outros especialistas, tribunais e

⁵⁸ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 237.

⁵⁹ JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 24-25.

⁶⁰ *Op cit.* p. 27. O assunto também é abordado em BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, 2015. pp. 18-19.

⁶¹ Uma boa explicação do debate é feita em CHOUDHRY, Sujit. *Migration as a New Metaphor in Constitutional Law*. In: _____. *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. pp. 6-9.

⁶² JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 40-41.

organizações internacionais ao redor do mundo pode apontar os melhores caminhos para efetivar direitos humanos e desenvolvimento social. Em adição, a utilização das instituições dessas nações pode impedir que se recaia, internamente, em práticas antidemocráticas e que violem direitos humanos. Em segundo, porque a não conformidade com os padrões internacionais pode gerar atritos com os demais países e impedir que normas deste âmbito sejam utilizadas quando do interesse nacional.⁶³

Para que esse processo se torne possível, é necessária a utilização de conceitos como proporcionalidade e a “margem de apreciação”, os quais permitem que as nações adaptem razoavelmente as previsões universais para os seus contextos socioculturais, legais e políticos.⁶⁴

Jackson defende, todavia, que o fenômeno mais importante atualmente é o engajamento. Vale citar a sua explicação:

“Um terceiro leque de posturas é abarcado pelo termo ‘engajamento’. Se a postura de resistência é principalmente preocupada com a particularidade nacional, e a de convergência, com a criação ou aderência a uma ordem transnacional harmônica, essa terceira modalidade se ocupa primeiramente com o elemento autorreflexivo da adjudicação constitucional. O engajamento se funda no compromisso da deliberação judicial e se abre tanto para a possibilidade de harmonia quanto de dissonância entre as normas nacionais autorreferentes e as transnacionais. O foco aqui é aumentar a capacidade dos juízes para deliberações mais informadas e imparciais quanto ao conteúdo de suas próprias normas; a lei internacional ou estrangeira pode ser considerada, mas como ferramenta reflexiva, e não como uma demanda hierárquica.”⁶⁵

De acordo com a autora, o engajamento pode ainda ser deliberativo ou relacional. Na primeira forma, trata-se de uma utilização opcional de institutos transnacionais como fundamento argumentativo – assim como se poderia citar algum doutrinador nacional –, visando a propiciar um distanciamento crítico ao juiz quanto a questões similares resolvidas em outras nações.⁶⁶

Nesse contexto, a consideração de outras legislações pode ter caráter afiliativo ou expressivo, isto é, demonstrar que o país se alinha a determinado grupo ou, então, expressar claramente que adota – ou está passando a adotar – uma certa ideologia. Por exemplo, uma

⁶³ KIRBY, Michael. *International Law: the impact on national constitutions*. American University International Law Review, v. 21, n. 3, Washington D.C., 2006. pp. 356-359.

⁶⁴ JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 57-61. Uma explicação muito completa do conceito de margem de apreciação pode ser encontrada em LEGG, Andrew. *Different Approaches to Deference in International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁶⁵ JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 71. Tradução livre. Choudhry chama essa postura de dialógica e a explica com algum detalhe em CHOUDHRY, Sujit. *Migration as a New Metaphor in Constitutional Law*. In: _____. *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. pp. 22-23.

⁶⁶ *Op cit.* p. 77.

antiga ditadura pode passar a utilizar julgados de países liberais e democráticos para afirmar internacionalmente sua transição para esse tipo de governo.⁶⁷

No modo relacional, entende-se que a consideração de experiências transnacionais é obrigatória, mas não necessariamente a sua adoção. Dá-se, portanto, mais ênfase à importância do engajamento, sobretudo pela crença de compor uma comunidade de nações buscando objetivos e enfrentando problemas similares.⁶⁸

Vê-se, então, que a influência dos direitos estrangeiros pode ser recebida de diversas formas no contexto nacional. Ao se buscar a convergência ou o engajamento, é provável que ocorra a migração ou o empréstimo de ideias constitucionais, o qual se dá quando as cortes, legisladores e doutrinadores adotam conceitos formulados no exterior e aplicam-nos na solução de problemas internos.

Portanto, a discussão quanto às virtudes e vícios da resistência, convergência e engajamento se relaciona intimamente com as concepções e críticas com relação ao fenômeno dos empréstimos, transplantes, migrações ou transferências de ideias constitucionais. É hora, pois, de abordá-los.

2.2. A migração de ideias constitucionais

Para compreender a migração de ideias constitucionais, iniciaremos esta seção explorando suas definições, os motivos elencados pela doutrina para a sua ocorrência e as visões críticas que a ela se voltam. Em seguida, estudaremos o processo por meio do qual ela se concretiza, em suas diversas fases.

2.2.1. Definições, razões de ser e críticas

A comparação constitucional é um fenômeno difundido tanto pelos acadêmicos, como pelos tribunais e legisladores, os quais podem se utilizar de ideias internacionais de diversas formas.⁶⁹ Esse fato – a utilização de conceitos jurídicos estrangeiros por juristas nacionais – é o que se pode chamar, entre várias outras possibilidades, de migrações ou empréstimos constitucionais.⁷⁰

De acordo com Kim Scheppele, o termo mais comum – empréstimos constitucionais – derivado do conceito de transplantes, mais voltado ao direito privado, não é adequado para

⁶⁷ *Op cit.* p. 77.

⁶⁸ *Op cit.* p. 80.

⁶⁹ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 20.

⁷⁰ Vlad Perju explica com algum detalhe a origem e a importância do que ele chama de "batalha das metáforas" para descrever o fenômeno em PERJU, Vlad. *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 1306-1309.

descrever o objeto estudado. Um empréstimo pressupõe a concordância do dono do bem, o qual deve ser posteriormente devolvido, sem alterações. Nas hipóteses em questão, não é isso que ocorre: os conceitos são adaptados e reinventados, passando a compor a ordem jurídica que os recebe. A autora, então, propõe a expressão migração de ideias constitucionais, que melhor descreve o processo.⁷¹

Seguindo uma lógica sistêmica luhmanniana, Günther Teubner afirma que não se deveria falar propriamente em um deslocamento das normas de um sistema jurídico para outro. O que pode ocorrer é que os conceitos estrangeiros representam uma “irritação legal” no conjunto nacional, o que possivelmente leva a uma reação sistêmica autopoiética, a qual resulta na formação de um instituto similar em âmbito interno e as necessárias adaptações do restante do ordenamento à perturbação.⁷²

Há uma controvérsia importante quanto à própria possibilidade e magnitude desse processo, instaurada principalmente entre Alan Watson e Pierre Legrand. De acordo com o primeiro, os transplantes legais são a simples transposição de normas jurídicas de uma sociedade para outra e representam, historicamente, o principal motor do desenvolvimento do direito. O fato de eles ocorrerem nesses termos demonstra que tais conceitos não possuem uma conexão especial com o contexto político e sociocultural no qual foram criados e podem, portanto, ser transferidos sem maiores problemas.⁷³ O autor afirma, então, na linha de Zweigert e Kötz⁷⁴, que o papel do comparatista é analisar a forma como os diferentes sistemas jurídicos interagem, além de identificar as suas semelhanças e buscar harmonizá-los.

Legrand, de seu ponto, defende que a transferência é absolutamente impossível. Isso pois uma norma resulta do enunciado normativo em conjunto com a sua interpretação pela comunidade, a qual está profundamente entrelaçada com as preconcepções histórica e culturalmente contingentes. Assim, ainda que o texto legal em si venha a ser replicado em um contexto diverso, ele será necessariamente interpretado de forma muito diferente, perdendo seu

⁷¹ SCHEPPELE, Kim Lane. *Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models*. I.CON, v. 1, n. 2, Oxford University Press and New York School of Law, 2003. p. 296.

⁷² TEUBNER, Günther. *Legal Irritants: Good faith in british law or how unifying law ends up in new divergences*. The Modern Law Review (MLR 61:1), Oxford, 1998. p. 12.

⁷³ Essa visão é exposta em WATSON, Allan. *Legal Transplants: an approach to comparative law*, Ed. 2. Athens (US): University of Georgia Press, 1992.

⁷⁴ Os autores foram dois dos primeiros formuladores da concepção segundo a qual o ofício comparativo teria por finalidade identificar as semelhanças, “purificar” as normas jurídicas de seu contexto e verificar qual solução – entre as várias similares dadas pelos diferentes países para problemas essencialmente iguais – seria a ideal. Poderia-se, assim, formular um conceito universal de justiça. Sua obra pode ser lida em inglês em ZWEIGERT, Konrad. KÖTZ, Hein. WEIR, Tony (trad.). *An Introduction to Comparative Law*. Ed. 3. Oxford: Oxford University Press, 1998.

significado original⁷⁵. Ou seja, um mesmo enunciado normativo receberá uma significação diversa se lido por um brasileiro ou um inglês, o que altera o próprio conteúdo da norma “transplantada”. Dessa forma, conclui, valendo citá-lo:

“Se concordarmos que, de maneira relevante, uma norma recebe seu significado de fora e que essa investidura de um significado pela comunidade intérprete efetivamente faz parte do seu caráter normativo, de fato, do núcleo desse caráter, segue que um ‘transplante legal’ significativo só poderia ocorrer se ambos o texto proposicional e o significado a ele atribuído – os quais conjuntamente constituem a norma – fossem transportados de uma cultura para outra. Todavia, uma vez que esse significado é, ele próprio, culturalmente específico, é difícil conceber como isso poderia acontecer. [...] O texto, quando inserido, tecnicamente, em outro ordenamento jurídico, é entendido de forma diversa pela cultura anfitriã e lhe é, assim, atribuído um significado diferente daquele que possuía antes. [...] Portanto, um elemento crucial da normatividade da norma – seu significado – não sobrevive a jornada de um sistema legal para outro.”⁷⁶

Entre a maior parte dos autores aqui estudados, contudo, vigora o entendimento de que a posição mais adequada se situa algo entre essas duas. Como sustenta Choudhry, o fato é que essas influências transculturais ocorrem, logo simplesmente negá-las é improdutivo. De acordo com o autor, o que Legrand faz com sucesso é demonstrar a inadequação do termo “transplante” ou “empréstimo”. Por isso, deve-se adotar aquele cunhado por Scheppele, migração, que não conota uma simples transposição normativa, mas um processo muito mais complexo e matizado, o qual inclui a polissemia apontada pelo crítico.⁷⁷

Teubner, de forma contundente, além de questionar a viabilidade prática da teoria de Legrand, sustenta que ele deixa de considerar as clivagens e fragmentações culturais dentro das próprias nações, as quais se tornaram particularmente fortes com a globalização e o pós-modernismo⁷⁸. Assim, falar que as leis são indivisíveis de uma sociedade como um todo representa um equívoco, pois, em verdade, elas se relacionam com um determinado setor social e, mesmo aí, podem apresentar diferentes graus de dependência, sendo mais ou menos vinculadas ao contexto cultural.⁷⁹

A distorção do significado inicialmente dado à norma “migrante”, no entanto, não deve ser subestimada. Como demonstram Legrand e Simone Glanert, a própria tradução do conceito

⁷⁵ LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of Legal Transplants*. Journal of European and Comparative Law, MJ 4, 111, Maastricht, 1997. p. 114. Tradução livre.

⁷⁶ LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of Legal Transplants*. Journal of European and Comparative Law, MJ 4, 111, Maastricht, 1997. pp. 116-117. Tradução livre.

⁷⁷ CHOUDHRY, Sujit. *Migration as a New Metaphor in Constitutional Law*. In: _____. *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. pp. 19-20. Réplicas similares a Legrand podem ser encontradas, por exemplo, em FRANKENBERG, Günter. *Constitutional Transfer: The IKEA theory revisited*. I.CON, v. 8, n. 3, Oxford University Press, 2010. pp. 567-568. SAJÓ, Andreas. ROSENBERG, Michael. Introduction. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 12.

⁷⁸ TEUBNER, Günther. *Legal Irritants: Good faith in british law or how unifying law ends up in new divergences*. The Modern Law Review (MLR 61:1), Oxford, 1998. pp. 14-15.

⁷⁹ *Op cit.* pp. 17-18.

do idioma no qual foi concebido para o que o receberá já lhe confere forçosamente semântica diversa.⁸⁰ Perju destaca que esse tema ganhou visibilidade entre os comparatistas do direito privado, mas ainda é pouco considerado no âmbito do público.⁸¹

Hirschl defende que é precisamente essa “diferença na similaridade” que faz com que a comparação entre os institutos seja fértil e produtiva. Segundo ele, não há sentido em comparar objetos muito parecidos ou diferentes, sob pena de se ficar preso em conclusões óbvias e desinteressantes. Assim, devem-se buscar conceitos que sejam, ao mesmo tempo, similares em alguns sentidos e diferentes em outros. É essa pluralidade que oferece os meandros entre os quais o trabalho comparativo tende a florescer.⁸²

Feitas essas considerações críticas, Hirschl afirma que os principais vetores das migrações, atualmente, são os tribunais, ao se referirem a conceitos estrangeiros para resolverem casos domésticos.⁸³ Essas referências, por sua vez, podem ser obrigatórias – como os tratados internacionais com *status supralegal* ou constitucional no Brasil –, aconselháveis, como tratados internacionais não internalizados, mas que ainda assim possuem padrões normativos claros, ou voluntárias.

Estas últimas – que representam o engajamento descrito acima – têm uma carga política tão importante quanto a jurídica⁸⁴. Elas podem ter por finalidade servirem de instrumento persuasivo ou interpretativo, de forma de demonstrar a funcionalidade de certo instituto em outros países, de parâmetro comparativo com relação a um tópico em comum ou, ainda, de simples ornamento para a decisão judicial.⁸⁵

McCrudden lista os diversos motivos pelos quais as cortes podem escolher citar julgados e conceitos elaborados por determinados pares estrangeiros. Em primeiro lugar, elas tendem a optar por outras que compartilhem de seu idioma e de sua ideologia. Isto é, tribunais liberais citam outros de mesma tendência. Ainda, instituições mais novas costumam referenciar

⁸⁰ GLANERT, Simone. LEGRAND, Pierre. *Foreign Law in Translation: if truth be told... Law and Language – Current Legal Issues*, V. 15, Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁸¹ PERJU, Vlad. *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1320.

⁸² HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

⁸³ *Op cit.* p. 25.

⁸⁴ *Op cit.* 22.

⁸⁵ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 25. Para uma crítica do aspecto “ornamental”, veja-se MEYER, Emílio Peluso Neder. *Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil*. Revista de Investigações Constitucionais, n. 2., v. 6., Curitiba. 2019. p. 8.

as mais antigas, como modo de embasar suas decisões em autoridades externas mais “estabelecidas”.⁸⁶

Em terceiro lugar, a opção pode ter por objetivo agradar a “audiência” das decisões judiciais, ou seja, aqueles que os juízes consideram ser o público-alvo direto de suas manifestações.⁸⁷ Hirschl explica que a expectativa de que as determinações das cortes sejam efetivamente cumpridas, bem como possíveis reações adversas importantes a ativismos judiciais, costumam afetar a forma como os julgadores embasam suas conclusões. Outro fator importante é a imagem e o legado que eles desejam cultivar da instituição e de si mesmos perante a comunidade epistêmica pertinente, a “rede de juristas”, inclusive a internacional.⁸⁸

Ademais, a visão da constituição como fonte transformativa, em oposição a conservadora, e a adoção de uma interpretação pós-positivista fomentam o intercâmbio de ideias⁸⁹, sobretudo para sinalizar o compromisso com a adoção de certos parâmetros democráticos tidos como *standards* internacionais de boas práticas.⁹⁰

Essa posição é chamada por Kim Scheppele de constitucionalismo aspiracional. Segundo a autora, ela se volta ao futuro e visa ao alcance de metas para o desenvolvimento sociopolítico nacional. Assim, busca dar um caráter construtivo à ordem constitucional como um todo e demonstrar a intenção dos atores políticos de atingir uma sociedade democrática e respeitosa dos direitos humanos. Para isso, é comum que tanto na criação, como na interpretação da carta, países que expressem valores similares ou que já tenham alcançado os objetivos pretendidos sejam usados como parâmetros e exemplos para o desenvolvimento dos conceitos domésticos.⁹¹

Em contraposição a isso, Scheppele sustenta que uma outra forma de influência constitucional transnacional igualmente importante é a aversiva: conformações políticas que os constituintes entendem que devem ser evitadas a qualquer custo. A professora esclarece que as constituições raramente são escritas em momentos de harmonia política. Em geral, resultam de grandes rupturas com a ordem anterior e, por mais que os constituintes frequentemente não

⁸⁶ MCCRUDDEN, Christopher. *Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*. Oxford Journal Of Legal Studies, v. 20, n. 4, Oxford University Press, 2013. pp. 517-518.

⁸⁷ *Op cit.* p. 519

⁸⁸ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 42.

⁸⁹ MCCRUDDEN, Christopher. *Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*. Oxford Journal Of Legal Studies, v. 20, n. 4, Oxford University Press, 2013. Pp 524-525.

⁹⁰ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. pp. 54-55.

⁹¹ SCHEPPELE, Kim Lane. *Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models*. I.CON, v. 1, n. 2, Oxford University Press and New York School of Law, 2003. p. 299.

tenham uma ideia exata de onde querem chegar, sabem com firmeza o que querem evitar. O diploma, portanto, é escrito e interpretado de modo a divergir o máximo possível dessa ideia negativa.⁹²

No Brasil, essas duas faces da Constituição são notórias: ao mesmo tempo em que se inspira nos modelos sociais-democráticos europeus, expressa o “ódio e nojo” da ditadura que anteriormente assolava o país, como proclamado por Ulysses Guimarães.

Nesse passo, há uma percepção por parte de alguns autores que essas influências em busca de “melhores práticas” simbolizam uma nova forma de imperialismo por parte do norte global. De acordo com Meyer, essa busca pela obtenção de um padrão civilizatório – sempre equivalente àqueles desenvolvidos pelas antigas potências colonizadoras – representa a terceira forma do direito imperialista, subsequente à colonização em si.⁹³

Isso também é refletido na baixíssima quantidade de referências a casos julgados por cortes do sul global, inclusive entre elas próprias. Como aponta Hirschl, os casos citados costumam ser originários de alguns poucos “*usual suspects*”, quase sempre do oeste europeu e da América do Norte. Assim, a corte israelita, exemplo utilizado pelo autor, cita com frequência a jurisprudência alemã, francesa e americana – países com os quais pouco têm em comum –, mas raramente, para não dizer nunca, refere-se a decisões de cortes como a do Paquistão, da Índia ou Malásia, de cujas grandes questões sociais compartilha em larga escala.⁹⁴

Além disso, na mesma esteira da discussão abordada acima entre os *justices* Breyer e Scalia, alguns afirmam que a sua ocorrência pode fomentar o ativismo e arbitrariedade judicial, pelo já citado fenômeno de *cherry-picking*⁹⁵, bem como mitigar a soberania nacional e incutir no ordenamento jurídico, por meios transversos, institutos e conceitos sem a necessária chancela democrática.⁹⁶

⁹² *Op cit.* pp. 300-302.

⁹³ MEYER, Emílio Peluso Neder. *Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil*. Revista de Investigações Constitucionais, n. 2., v. 6., Curitiba. 2019. p. 3.

⁹⁴ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 23.

⁹⁵ SAJÓ, Andreas. ROSENBERG, Michael. Introduction. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 13. O ponto também é bastante explorado em HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 188.

⁹⁶ Essas posições críticas são abordadas, e não encampadas, em CHOUDHRY, Sujit. *Migration as a New Metaphor in Constitutional Law*. In: _____. *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. pp. 6-7 e em PERJU, Vlad. *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 1322-1323.

Talvez de forma irretocável, Hirschl conclui que a reação a essas críticas não deve ser abandonar o trabalho comparativo, mas sim abordá-lo tendo-as em vista e adotando a metodologia adequada, como explicado acima, para mitigar os efeitos adversos citados.⁹⁷

2.2.2. Anatomia do fenômeno

Hirschl destaca que o objeto dessa “polinização” pode ser da estrutura constitucional – ou seja, do formato como um todo da ordem jurídico-política –, de métodos interpretativos, como o originalismo, funcionalismo, proporcionalidade, entre outros, e da própria jurisprudência, isto é, das soluções dadas a casos concretos.⁹⁸

Nesse contexto, Perju aponta para a importância de analisar, para além da literalidade dos conceitos no texto constitucional ou nas decisões judiciais, a forma como eles são – ou deixam de ser – respeitados e implementados na práxis social.⁹⁹

Frankenberg, com alguma ironia, descreve um “mercado de ideias constitucionais padronizadas”, onde os juízes e constituintes poderiam escolher as que melhor supram suas necessidades, em um processo que chama de “teoria da IKEA”.¹⁰⁰

A compreensão do processo migratório, então, deve se dar a partir do reconhecimento de quatro fases. Primeiro, tem-se uma determinada ideia em seu suposto *locus* de origem. Como exemplo oportuno, citemos o conceito de *Vorbehalt des Möglichen* no direito alemão. Mesmo esse ponto inicial, todavia, provavelmente tem raízes mais profundas e não é, efetivamente, a primeira manifestação da ideia no universo jurídico ou social.¹⁰¹

Segundo, a ideia deve passar por um processo de reificação, formalização e idealização. Reificação é a sua objetificação, como conceito intercambiável, abstrato. Formalização é o afastamento de seu contexto sociocultural. Idealização é a sua caracterização conceitual como o que, supostamente, deve ser e qual a sua função. É o momento em que o móvel da IKEA é preparado para poder ser vendido nos diversos países em que a loja existe.¹⁰²

Terceiro, a ideia, já de forma abstrata, deve passar a integrar a consciência coletiva internacional relativa a conceitos constitucionais dignos de nota. Nesse momento, institutos

⁹⁷ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 188.

⁹⁸ *Op cit.* 24.

⁹⁹ PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1314.

¹⁰⁰ FRANKENBERG, Günter. *Constitutional Transfer: The IKEA theory revisited*. I.CON, v. 8, n. 3, Oxford University Press, 2010. p. 565. IKEA é uma grande loja de móveis sueca presente em vários países, onde vende produtos essencialmente iguais ou similares.

¹⁰¹ *Op cit.* p. 571.

¹⁰² *Op cit.* p. 571.

muito dependentes das circunstâncias nas quais foram inicialmente adotados, que não puderam ser adequadamente descontextualizados, costumam ser descartados. Aqui o móvel, já pronto, é remetido à central de distribuição da IKEA, de onde será enviado para as lojas.¹⁰³

Finalmente, a ideia chega ao seu local de destino, onde deverá passar por um processo complexo de inserção e readaptação. Nesse momento, o conceito estará sujeito a ser modificado, reinterpretado, desconstruído e complementado, até que se adeque – ou não – à ordem que o recebeu.¹⁰⁴

O autor ressalta que, em verdade, essa é a fase mais complicada de todo o processo: mesmo se a ordem nacional não gerar uma “reação autoimune” e rejeitar de pronto o novo conceito – tornando inócuos todos os esforços anteriores –, ainda é muito provável que ele se adapte mal ao contexto geral. Nessa hipótese, torna-se necessário um processo complexo e demorado de modificação, com possíveis efeitos políticos adversos, até que o conceito se encaixe internamente. Ademais, a adoção da nova ideia pode gerar lacunas que, se não forem resolvidas por complementos produzidos no âmbito nacional, obrigam o país a retornar à loja da IKEA e adquirir ainda mais novos itens.¹⁰⁵

Assim, Rosenberg e Sajó sustentam que o conceito, uma vez incorporado à ordem jurídica de seu destino, pode crescer, evoluir ou atrofiar. Segundo os autores, como os sistemas constitucionais possuem uma tendência construtiva e evolutiva, as duas primeiras possibilidades, que são por evidente as mais desejáveis, são também mais prováveis.¹⁰⁶

Scheppele defende que essa é a própria essência das influências interconstitucionais: elas não simbolizam mera cópia de ideias internacionais, mas o recebimento de suas influências – positivas ou negativas –, com as suas adaptações, reinvenções e adaptações por bricolagem, traduções e compreensões mais ou menos equivocadas e todo tipo de perturbação do conceito original.¹⁰⁷

¹⁰³ *Op cit.* p. 572. A mesma ressalva quanto à inadequação de transplantar conceitos muito ligados a uma identidade constitucional específica é feita em SAJÓ, Andreas. ROSENBERG, Michael. Introduction. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 14.

¹⁰⁴ FRANKENBERG, Günter. *Constitutional Transfer: The IKEA theory revisited*. I.CON, v. 8, n. 3, Oxford University Press, 2010. p. 575.

¹⁰⁵ *Op cit.* pp. 575-576. Vlad Perju também comenta o perigo de transplantar conceitos isolados, uma vez que eles normalmente se interrelacionam com aspectos sistemáticos mais amplos. Veja-se PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1313.

¹⁰⁶ SAJÓ, Andreas. ROSENBERG, Michael. Introduction. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 15.

¹⁰⁷ SCHEPPELE, Kim Lane. *Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models*. I.CON, v. 1, n. 2, Oxford University Press and New York School of Law, 2003. p. 297.

Portanto, quando falamos que o conceito de *Vorbehalt des Möglichen* migrou do direito alemão para o brasileiro – onde se tornou reserva do possível – é certo que ele também passou por todo esse processo adaptativo, por meio do qual se tornou igualmente brasileiro. Retomando a citação de Hirschl feita há pouco, é por esse motivo que a análise comparativa entre o conceito e seu desenvolvimento em seu *habitat natural* e aquele que existe no Brasil se mostra tão rica e interessante.

3. De *Vorbehalt des Möglichen* para Reserva do Possível

O presente capítulo constitui o cerne deste trabalho. Aqui, iniciaremos analisando como o conceito estudado surgiu e se desenvolveu na Alemanha para, em seguida, buscar compreender por que meios ele se adaptou ao Brasil – e o que resultou desse processo.

3.1. A origem germânica

Nesta seção, abordaremos o entendimento do *Vorbehalt des Möglichen* no cenário germânico. Para esse objetivo, iniciaremos expondo as linhas mestras do sistema de direitos fundamentais e sociais no ordenamento alemão, momento em que também delimitaremos sua área de incidência, a partir do conceito tedesco de mínimo existencial. Depois, faremos um breve resumo do julgamento do *numerus clausus* pela *Bundesverfassungsgericht* e de suas consequências para o sistema vigente. Em seguida, estudaremos o conceito da reserva, em seus vários tipos, funcionalidades e pressupostos.

3.1.1. O contexto e o nascimento do conceito

Em 1972, a Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*), no julgamento intitulado *numerus clausus*¹⁰⁸, estabeleceu que os direitos a prestações estatais seriam limitados a “aquilo que o cidadão pode razoavelmente exigir da sociedade”, tendo em vista os demais objetivos do Estado e o seu equilíbrio jurídico-financeiro.

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

Como se sabe, a Constituição de Weimar havia previsto um extenso rol de direitos fundamentais sociais, até então praticamente desconhecidos nas legislações positivas.¹⁰⁹ Entretanto, o Estado falhou de forma retumbante em concretizar essas promessas, o que levou

¹⁰⁸ ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*, 33, 303, 1972.

¹⁰⁹ ZACHER, Hans. *Soziale Grundrechte und Teilhaberechte*. Menschenrechte - Ihre Geltung Heute. Berlin: Colloquium Verlag, 1982. pp. 114-115.

a um descrédito generalizado da ordem constitucional – o qual, por sua vez, é visto como um dos fatores que contribuíram para a ascensão do nazismo.¹¹⁰

Diante disso, o constituinte de Bonn decidiu, expressa e conscientemente¹¹¹, por deixar esses direitos de fora da Constituição de 1949, para possibilitar ao Legislador determinar a sua abrangência de forma mais flexível, evitando que novas crises viessem desestabilizar a ordem jurídico-política outra vez.¹¹² Assim, a Carta previu, majoritariamente, apenas direitos fundamentais clássicos do Estado liberal e condensou o seu compromisso social na cláusula do Estado social.¹¹³

Sobre o tema, esclarece Dietrich Musrwiek:

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

[...]

A rejeição da Constituição de Bonn aos direitos sociais não significa uma rejeição das ideias que os fundamentam. Esta é contida na cláusula do Estado Social. A decisão contra a inclusão dos direitos sociais se remete muito mais ao reconhecimento de que as prestações sociais não podem ser garantidas aos cidadãos da mesma forma que os direitos de liberdade, e que a sua normatização constitucional apesar do risco de falha é alheia à realidade.”¹¹⁴

Nesse passo, entende-se que os direitos se dividem entre os de liberdade (*Freiheit*) e os de participação (*Teilhabe*), que são as principais formas de interação entre o indivíduo e o Estado contemporâneo.¹¹⁵ *Freiheit* se refere aos direitos fundamentais de primeira dimensão e impõe a abstenção estatal face a determinadas condutas e posições individuais. *Teilhabe*, de seu lado, garante a participação do cidadão em seu entorno econômico e sociocultural.¹¹⁶ Ela expressa o objetivo basilar do Estado social da divisão justa das riquezas.¹¹⁷

¹¹⁰ MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 9. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2011. pp. 588-589.

¹¹¹ Sobre isso: SORIA, José Martinez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter europäischem und innerstaatlichen Druck. *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, Berlim, n. 43, 2006. p. 2.

¹¹² O assunto é explicado com algum detalhe em MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 9. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2011. p. 588-590.

¹¹³ ZACHER, Hans. *Soziale Grundrechte und Teilhaberechte*. Menschenrechte - Ihre Geltung Heute. Berlim: Colloquium Verlag, 1982. p. 115.

¹¹⁴ MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 9. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2011. Pp. 588-590.

¹¹⁵ *Op cit.* p. 573.

¹¹⁶ *Op cit.*, p. 570.

¹¹⁷ ZACHER, Hans. Das soziale Staatsziel. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 1. Heidelberg: CF Müller Verlag, 1987.

Em sentido amplo, a *Teilhabe* confere direito ao acesso a órgãos públicos, à ação judicial, em conjunto com o devido processo legal, ao voto, e à proteção jurídica e policial, por exemplo. Com base na classificação de Georg Jellinek¹¹⁸, Murswiek afirma que esses são os *status activus e positivus libertatis* do direito.¹¹⁹

Em sentido estrito – *status positivus socialis*¹²⁰ – trata-se de um direito a uma prestação estatal, visando a melhorar a condição de vida do indivíduo, possibilitar-lhe a participação na produção e o acesso a uma parte das riquezas sociais.¹²¹ Desta forma, pode se consubstanciar em prestações pecuniárias, de transferência de capital, como o seguro social. Além disso, pode ter por finalidade proporcionar meios de subsistência, como água, luz, gás, tratamento médico. Outra feição, ainda, é a possibilidade de uso de bens públicos, como frequências de rádio, ruas e parques.¹²²

O direito a esses diferentes tipos de prestações pode, ademais, ser derivado ou originário. Na primeira acepção, trata-se do direito ao acesso a políticas públicas já existentes e regulamentadas em lei, como ao ensino superior estatal ou a determinado benefício social. Essa face se baseia, principalmente, no direito à isonomia (*Gleichheitrecht*). Aqui há pouca discricionariedade quanto à forma de concretização do exigido: ela já foi prevista em lei e já é fornecida a outros. O objeto, então, é apenas a inclusão ou não do demandante entre os beneficiados.¹²³

De outro lado, a *Teilhabe* originária provém diretamente de alguma previsão constitucional. Com maior frequência, ela se expressa na prestação de segurança contra violações de direitos fundamentais por terceiros.¹²⁴ Nesse ponto, Hans Carl Nipperdey explica que os direitos fundamentais, além de possuírem a chamada eficácia mediata – por meio da qual condicionam a edição das leis do direito privado, interpretação dos negócios jurídicos, entre outros – podem ser dotados de uma eficácia imediata, aplicando-se diretamente às relações

¹¹⁸ JELLINEK, George. *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

¹¹⁹ MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 9. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2011. p. 574.

¹²⁰ *Op cit.*, p. 574.

¹²¹ *Op cit.*, p. 578.

¹²² MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 9. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2011. p. 579.

¹²³ EPPING, Volker. *Grundrechte*. Ed. 8. Berlim: Springer Verlag, 2019. p. 7.

¹²⁴ *Op cit.*, p. 7.

interprivadas. O particular pode, assim, exigir também de outro na mesma condição o respeito a esses direitos básicos.¹²⁵

Entretanto, passou-se a admitir – não sem muitas opiniões em contrário – que a *Teilhabe* originária também conferiria, em casos muitos específicos, prestações materiais para garantir o mínimo existencial dos cidadãos. Mesmo adotando-se essa concepção, reconhece-se que aqui haveria uma discricionariedade muito maior para a Administração Pública e o Legislador decidirem como um tal direito seria propiciado.¹²⁶

Explica Volker Epping:

“Como direitos prestacionais originários, ou seja, como direito a uma determinada prestação estatal, os direitos fundamentais têm diversos efeitos: mais significativa na prática é a exigência de garantia de proteção contra-ataques de terceiros (direitos fundamentais como direitos de proteção). Essa proteção pode se dar por diversos mecanismos processuais (direitos fundamentais como direito ao devido processo legal). Em casos excepcionais muito específicos, os direitos de liberdade podem conferir pretensão a uma prestação estatal concreta, por exemplo, em dinheiro, que o Estado até então não fornecia a mais ninguém (direito ao mínimo existencial). [...] Todos os direitos prestacionais originários têm em comum a instituição de uma obrigação ao Estado e um correspondente direito subjetivo do particular. Para o cumprimento desse dever, a Administração tem novamente um espaço de discricionariedade. Uma violação ao dever prestacional, portanto, só pode ser reconhecida quando o direito à prestação ou à proteção derivados do direito fundamental forem evidentemente desatendidos ou atendidos insatisfatoriamente (*Untermassverbot*). Ainda mais raro seria uma condenação do Estado a uma determinada prestação concreta. Apenas quando essa prestação específica for a única forma por meio da qual um direito fundamental possa ser exercido.”¹²⁷

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

Com efeito, não é nova a constatação de que o direito à liberdade formal, típico do Estado liberal, frequentemente falha em garantir uma liberdade material verdadeira. Afinal, a autodeterminação por vezes esbarra em limitações fáticas, as quais podem ser tão relevantes, que a capacidade de escolha acaba por ser reduzida a quase nada.¹²⁸ Isaiah Berlin destaca que

¹²⁵ NIPPERDEY, Hans Carl. ALVES, Waldir (trad.). Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: DÜRIG, Günter; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen; HECK, Luís Afonso (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado*: textos clássicos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2011. Pp. 59-60.

¹²⁶ *Op cit.* pp. 6-7.

¹²⁷ EPPING, Volker. *Grundrechte*. Ed. 8. Berlim: Springer Verlag, 2019. Pp. 6-7.

¹²⁸ MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 9. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2011. p. 581.

a liberdade não se confunde com as condições para o seu exercício, mas, sem estas, aquela corre o risco de se tornar virtualmente inútil.¹²⁹

Nesse passo, alguns entendem que, em face do direito fundamental à liberdade previsto na Constituição, o Estado tem o dever de garantir, ao menos, a fundação mínima para que ela possa ser exercida.¹³⁰ Os direitos fundamentais, então, passam a requerer ações estatais que garantam pelo menos os pressupostos básicos de sua existência, sob pena de que eles se esvaziem de seu conteúdo.¹³¹ A *Freiheit*, dessa forma, seria conquistada por meio da *Teilhabe*.¹³²

Esses pressupostos básicos podem, geralmente, ser compreendidos como o mínimo existencial (*Existenzminimum*), o qual representa as condições mínimas para a garantia da dignidade humana. Häberle afirma "*horribile dictu*" que a concretização desta passa a ser, também, um dos objetivos do Estado constitucional.¹³³

Volker Neumann ressalta que a tarefa estatal não é a construção da dignidade, mas a garantia das condições de vida mínimas para que ela possa ser usufruída. Trata-se de colocar o indivíduo necessitado em uma posição na qual ele possa, por si mesmo, viver uma vida que reflita a dignidade que lhe é inerente, uma "ajuda à autoajuda" (*Hilfe zur Selbsthilfe*).¹³⁴

Esse mínimo pode, ademais, ser dividido em fisiológico e sociocultural. O primeiro – que é o núcleo duro do mínimo existencial – representa as condições necessárias para a própria existência (*Dasein*), a vida, tão somente. Nele se compreende a garantia, entre outros, de alimentação, saúde, vestuário e moradia.¹³⁵ A *Bundesverfassungsgericht* reconhece que ele advém diretamente da cláusula da dignidade humana prevista no artigo 1º, parágrafo 1º da Lei Básica.¹³⁶

¹²⁹ O assunto é abordado com algum detalhe em BERLIN, Isaiah. *Two Concepts of Freedom*. In: BERLIN, Isaiah. HARDY, Henry (org.). *Liberty: incorporating four essays on liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 46. O tema também é discutido com maestria em SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Cia. das Letras, 2010.

¹³⁰ PAPIER, Hans-Jürgen. Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Grundrechte. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen. *Handbuch des Grundrechts in Deutschland und Europa*. V. 3. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2009. p. 1013.

¹³¹ KIRCHHOF, Paul. Mittel Staatlichen Handeln. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 5. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2007. pp. 40-41.

¹³² Sobre o tema: MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 9. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2011. pp. 582-583.

¹³³ HÄBERLE, Peter. Menschenwürde als Grundlage der Staatlichen Gemeinschaft. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 2. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2004. p. 356.

¹³⁴ NEUMANN, Volker. Menschenwürde und Existenzminimum. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Berlim, 1995. Pp. 7-8.

¹³⁵ SORIA, José Martinez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter europäischem und innerstaatlichen Druck. *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, Berlim, n. 43, 2006. p. 10.

¹³⁶ *Op cit.* p. 10.

O segundo, por sua vez, trata-se da aspiração a que o beneficiado possa viver em pé de igualdade com aqueles que não necessitam de ajuda governamental e usufruir, na medida do possível, das mesmas oportunidades.¹³⁷ De acordo com José Martínez Soria, a Corte Suprema entende que ele deriva da cláusula da dignidade humana em conjunto com a do Estado social (art. 20 GG).¹³⁸

O conteúdo desses direitos deve ser definido no caso concreto, a depender das condições econômicas vigentes e da condição de vida média da população – sobretudo as suas camadas mais pobres. Assim, o mínimo existencial, principalmente o sociocultural, pode crescer, em um momento de economia forte, e diminuir em uma crise.¹³⁹

Sobre tudo isso, vale citar José Martínez Soria:

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

O mínimo sociocultural, protegido tão somente pela cláusula do Estado Social, é mais difícil de ser definido que o fisiológico. O beneficiário da ajuda estatal não deve ser excluído do âmbito social. Ele deve poder viver em meio àqueles que não necessitam de ajuda, de modo similar a eles. Nesse sentido, o direito ao mínimo existencial se equipara a um direito à igualdade material. O parâmetro não deve ser as condições médias de vida de alguém com emprego regular, mas aqueles vigentes entre as classes com menor poder econômico”.¹⁴⁰

De particular relevância para a presente discussão, todavia, é a concepção de que a dimensão fisiológica confere um direito subjetivo originário ao recebimento da prestação estatal necessária para sua manutenção, o qual pode ser requerido judicialmente caso não atendido.¹⁴¹ Em tese, ainda, não pode sofrer limitações com base em aspectos econômicos ou financeiros.¹⁴²

Por outro lado, a dimensão sociocultural tem a sua conformação dada pelo Legislador, nos limites por ele estabelecidos. Logo, não propicia um direito subjetivo, tampouco pode ser alvo de demanda judicial, salvo no âmbito de *Teilhabe* derivada.¹⁴³ Excepcionalmente, como

¹³⁷ NEUMANN, Volker. Menschenwürde und Existenzminimum. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Berlin, 1995. p. 9.

¹³⁸ SORIA, José Martínez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter europäischem und innerstaatlichen Druck. *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, Berlin, n. 43, 2006. p. 11.

¹³⁹ NEUMANN, Volker. Menschenwürde und Existenzminimum. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Berlin, 1995. pp. 10-13.

¹⁴⁰ SORIA, José Martínez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter europäischem und innerstaatlichen Druck. *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, Berlin, n. 43, 2006. pp. 10-11.

¹⁴¹ *Op cit.* 12.

¹⁴² MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 9. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2011. p. 579. No mesmo sentido, LEIJTEN, Ingrid. The German Right to an Existenzminimum, Human Dignity, and the Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection. *German Law Journal*, Frankfurt, n. 1, v. 16, 2015. p. 39.

¹⁴³ SORIA, José Martínez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter europäischem und innerstaatlichen Druck. *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, Berlin, n. 43, 2006. p. 15.

visto, também se entende que pode fundamentar um direito prestacional quando essa integração sociocultural for substrato de algum outro direito fundamental.

Esse último ponto, entretanto, não é de maneira alguma unanimidade entre os juristas alemães. Primeiramente, é de se lembrar que o constituinte muito conscientemente decidiu por excluir os direitos sociais da *Grundgesetz*, como abordado acima. Além disso, autores influentes, como Dietrich Murswiek¹⁴⁴, Herbert Landau¹⁴⁵, Hans Zacher¹⁴⁶, entre outros, manifestaram-se veementemente contra essa solução, que retira do âmbito político – e, portanto, do democrático – decisões basilares quanto à destinação de recursos públicos e a priorização do desenvolvimento de determinadas atividades estatais.

É nesse cenário que o Tribunal Constitucional julgou o *numerus clausus*. A sua conclusão mais importante, à época, não foi a existência da reserva do possível, mas a de direitos de *Teilhabe* originários, quando estes forem essenciais para a garantia de algum direito fundamental previsto expressamente na Constituição.¹⁴⁷

3.1.2. O julgamento do Numerus Clausus pela Corte Constitucional

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

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

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

¹⁴⁴ Toda a exposição do autor é para demonstrar que a solução de *Freiheit* por meio de *Teilhabe* não é cabível na ordem constitucional alemã. Ver MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 9. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2011.

¹⁴⁵ LANDAU, Herbert. Gesundheit als Staatsziel? Verfassungsrecht und Staatsaufgaben. In: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. (org.). *Volkskrankheiten - Gesundheitliche Herausforderungen in der Wohlstandsgesellschaft*. Freiburg: Herder Verlag, 2009. pp. 590-592.

¹⁴⁶ ZACHER, Hans. *Soziale Grundrechte und Teilhaberechte*. Menschenrechte - Ihre Geltung Heute. Berlin: Colloquium Verlag, 1982. pp. 117-119.

¹⁴⁷ Sobre a importância desse aspecto da decisão: PAPIER, Hans-Jürgen. Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Grundrechte. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen. *Handbuch des Grundrechts in Deutschland und Europa*. V. 3. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2009. p. 1014.

Em vista da eventual inconstitucionalidade das normativas atacadas, as cortes de direito administrativo (*Verwaltungsgericht*) de Hamburgo e Munique suspenderam os feitos de origem e suscitaram a *Bundesverfassungsgericht* para que instaurasse processo de controle constitucional concreto (*Konkrete Normenkontrolle – BvL*), nos termos do artigo 100 da Lei Básica.¹⁴⁸

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

Nesse contexto, em um primeiro momento, a Corte precisava determinar se a pretensão dos autores poderia ser veiculada. Isso é, se algo similar a um direito social poderia ser pleiteado judicialmente.

De acordo com os juízes, sim. Inicialmente, eles destacaram que “quanto mais o Estado moderno se ocupa da proteção social e do incentivo cultural dos cidadãos, mais surge na relação entre ambos, ao lado do postulado inicial dos direitos fundamentais de liberdade, uma exigência complementar de garantia de participação nas prestações estatais.”¹⁴⁹

Dessa maneira, a *Bundesverfassungsgericht* entendeu que, quando o exercício de um direito fundamental de *Freiheit* dependa de certos pressupostos, sobretudo aqueles cuja prestação é quase ou inteiramente monopolizada pelo Estado, surge um dever deste de garantir a *Teilhabe* do cidadão nessas prestações e o correspondente direito de ação em caso de descumprimento, com fulcro no artigo 20 da Lei Básica.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Nos termos da tradução de Aachen Assis Mendonça, fornecida pelo *Bundestag*: “Artigo 100 [Controle concreto de normas] (1) Quando um tribunal considerar uma lei, de cuja validade dependa a decisão, como inconstitucional, ele terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do IX. O Poder Judiciário 92 tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da constituição de um Estado, ou à decisão do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental. Isto também é aplicável, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental pela legislação estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal. (2) Quando surgirem dúvidas num litígio, se uma norma do direito internacional público é parte integrante do direito federal, gerando diretamente direitos e deveres para o indivíduo (artigo 25), o tribunal terá de solicitar a decisão do Tribunal Constitucional Federal. (3) Se, na interpretação da Lei Fundamental, o tribunal constitucional de um Estado quiser divergir de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal ou do tribunal constitucional de um outro Estado, ele deverá submeter a questão à decisão do Tribunal Constitucional Federal.”

¹⁴⁹ ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*, 33, 303, 1972. Tradução livre.

¹⁵⁰ Sobre a dependência de alguns direitos de uma prévia prestação estatal: RÜFNER, Wolfgang. *Leistungsrechte*. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (org.). *Handbuch des Grundrechts in Deutschland und Europa*. V. 2. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2006.

O Tribunal reconheceu, portanto, que *em alguns casos excepcionais*, direitos sociais poderiam ser requeridos independentemente de conformação pelo Legislador, diretamente perante o Poder Judiciário.

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

O estudo desse contexto se fez necessário para entender a razão de ser do conceito. Fixadas essas premissas, podemos analisar mais a fundo a sua aplicação sobre os direitos fundamentais e em suas outras dimensões, que abarcam os demais poderes em diversos aspectos.

3.1.3. As faces do *Vorbehalt des Möglichen*

Otto Depenheuer explica que o conceito da *Vorbehalt des Möglichen* serve para amenizar as fricções entre o Direito e a realidade. Ele permite o reconhecimento do poder normativo, ainda que parcial, dos fatos. Assim, abre espaço para que a concretização dos direitos se dê da melhor forma *possível*, evitando encará-la como uma questão de tudo ou nada.¹⁵¹

Essas barreiras fáticas à concretização das normas constitucionais podem ser relativas a diversos aspectos. Vale citar Depenheuer:

“O normativismo constitucional ilimitado e com poder derogatório pode trombar em barreiras, as quais podem advir dos pressupostos contingentes de todo o direito positivo, da funcionalidade do sistema sociojurídico e das relações vinculadas à atual ‘posição’ política interna e externa. As soluções exigidas pela Constituição esbarram em limitações de possibilidades políticas de sua aplicação, podem ultrapassar a capacidade prestacional da comunidade solidária estatal e ameaçar retirar a capacidade de negociação política externa. Com o conceito da reserva do possível, a Corte Constitucional traz à luz essa tensão nos pontos de fricção entre norma e realidade.”¹⁵²

O autor ressalta, então, que a consideração do entorno fático para a aplicação das normas constitucionais é essencial para que o direito não recaia em um “autismo autocentrista”, bem como para evitar que a experiência de Weimar se repita.¹⁵³

¹⁵¹ DEPENHEUER, Otto. *Vorbehalt des Möglichen*. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 12. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2014. p. 559.

¹⁵² DEPENHEUER, Otto. *Vorbehalt des Möglichen*. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 12. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2014. p. 559. Tradução livre.

¹⁵³ *Op cit.* pp. 561-562.

Nesse passo, os três Poderes devem agir para proteger o poder normativo da Constituição em face da realidade. Surge, todavia, a necessidade de definir qual deles é o responsável para cada tipo de impossibilidade e, entre estas, quais podem ser adequadas para se tornarem viáveis e como fazer isso.¹⁵⁴

Em primeiro lugar, é obrigação do Legislador criar leis compatíveis com as possibilidades atuais, por meio da discussão democrática dos representantes de todos os interessados. Nesse ponto inicial, portanto, a reserva do possível atua como limite à positivação de determinadas normas.¹⁵⁵

Assim, as exigências feitas pela lei em criação devem observar razoavelmente a possibilidade de que sejam cumpridas em face dos recursos sociais e estatais contemporâneos. Para tanto, é comum que se usem expressões para relativizar os comandos, sobretudo naquelas que estabelecem direitos a prestações, como “na medida do possível”, “razoavelmente”, “suficiente”, “até o esgotamento das possibilidades”, entre outros. Dessa forma, as disposições se mantêm flexíveis à interpretação e concretização, bem como desenvolvimento, pelos demais Poderes.¹⁵⁶

Por outro lado, o direito também se limita pela capacidade de compreensão e interpretação da sociedade. Logo, previsões excessivamente vagas ou sem sentido também terão a sua aplicação dificultada ou até mesmo inviabilizada.¹⁵⁷ Ademais, a lei não pode alterar situações passadas, mas deve voltar-se ao futuro, tendo a história em consideração. Sendo assim, deve garantir períodos de transição para a adequação às suas disposições, e não pode ignorar injustiças pretéritas.¹⁵⁸

Noutro ponto, a *Vorbehalt des Möglichen* serve de máxima interpretativa. Se cabe ao Legislativo criar leis possíveis, resta ao Executivo a tarefa de interpretá-las e implementá-las do mesmo modo. Tanto quando a lei estiver desconectada da realidade, para adequá-la, tanto quando estiver em conformidade com ela, para aplicá-la sem distorções na formulação das políticas públicas.¹⁵⁹

Nesse contexto, a mudança nas condições fáticas na sociedade pode levar a uma alteração nos possíveis sentidos e possibilidades de aplicação da norma. Uma conjuntura

¹⁵⁴ *Op cit.* p. 567.

¹⁵⁵ *Op cit.* p. 567.

¹⁵⁶ *Op cit.* pp. 567-568.

¹⁵⁷ KIRCHHOF, Paul. Die Identität der Verfassung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 2. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2004. p. 279.

¹⁵⁸ *Op cit.* p. 279.

¹⁵⁹ DEPENHEUER, Otto. Vorbehalt des Möglichen. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 12. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2014. p. 568.

socioeconômica diversa impõe que as políticas públicas sejam formuladas de acordo, tanto para o efeito de ampliar como de restringir as prestações.¹⁶⁰

Quanto à tarefa do Judiciário, essa adequação também é frequentemente levada a cabo pelas cortes, por meio da interpretação com base nas possibilidades reais de incidência dos dispositivos analisados, bem como na viabilidade do cumprimento de suas decisões no âmbito político e econômico.¹⁶¹

Depenheuer destaca que tal método é inevitavelmente utilizado, mas raramente de maneira expressa, o que pode levar a falsas concepções sobre o conteúdo da lei. O ideal, pois, seria que essa ponderação entre o contido no mandamento jurídico e a possibilidade de sua efetiva aplicação fosse abordado nas decisões judiciais, de modo que as conclusões pudessem ser verificadas pela “sociedade aberta de intérpretes”, cunhada por Häberle, e ficassem claros os motivos pelos quais a literalidade normativa fora preterida. Isso seria tanto mais necessário, quanto menos clara fosse a impossibilidade fática considerada.¹⁶²

3.1.4. Os diversos tipos de impossibilidades

Há diversos motivos fáticos que podem levar à inaplicabilidade de uma norma. Depenheuer os divide em fáticos propriamente ditos, funcionais, políticos e em face da práxis administrativa.¹⁶³ Kirchhof acrescenta a esse rol a impossibilidade ética.¹⁶⁴

Os funcionais se manifestam quando uma previsão legal é desde logo impossível, quando o Legislador a criar já defeituosa, como quando delega alguma função a um órgão público inexistente ou determina algo vedado pela Constituição.¹⁶⁵ Em adição, esse conflito pode surgir posteriormente, quando se verifica que a norma é incapaz de atingir seu objetivo ou quando, ao longo do tempo, ela se torna incompatível com a ordem jurídico-política vigente.¹⁶⁶

A impossibilidade política se remete à “constelação de poder político” presente no Parlamento e na Administração Pública. Ela ocorre quando os grupos políticos em tais entidades são incapazes de se comprometer com uma determinada solução. Depenheuer sustenta, porém, que isso não pode ser visto como elemento jurídico e que esses impasses, quando necessário,

¹⁶⁰ DEPENHEUER, Otto. Vorbehalt des Möglichen. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 12. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2014. p. 568.

¹⁶¹ *Op cit.* p. 569.

¹⁶² *Op cit.* pp. 569-570.

¹⁶³ DEPENHEUER, Otto. Vorbehalt des Möglichen. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 12. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2014.

¹⁶⁴ KIRCHHOF, Paul. Die Identität der Verfassung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 2. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2004. p. 280.

¹⁶⁵ DEPENHEUER, Otto. Vorbehalt des Möglichen. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 12. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2014. p. 572.

¹⁶⁶ *Op cit.* p. 573.

devem ser superados por determinação do Judiciário, o que não é incomum. O autor ressalta, nesse passo, que a política pode ser objeto do direito, mas este jamais instrumento daquela.¹⁶⁷

Kirchhof, de outro lado, destaca que é também importante levar em consideração a alocação de prioridades e o planejamento orçamentário definidos no âmbito político. Assim, embora não devam ser vistas como absolutas, essas decisões devem ser tomadas em conta quando da análise de pleitos individuais.¹⁶⁸

Por sua vez, a práxis administrativa tampouco deve ser vista como vinculante para as cortes. Se ela violar direitos fundamentais ou deixar de implementá-los adequadamente, o Judiciário deve intervir. No entanto, é certo que todas as prestações estatais se dão por intermédio dela, de modo que a interpretação constitucional deve levá-la em consideração. Por isso, quanto mais consolidada uma prática, maior é o ônus argumentativo para justificar a declaração de sua inconstitucionalidade.¹⁶⁹

Kirchhof ainda afirma que há barreiras éticas para a aplicação das leis: não se poderia colocar em prática disposições que violem a dignidade humana ou a forma republicana e democrática de Estado.¹⁷⁰

Provavelmente de maior relevância para a presente discussão é a impossibilidade fática propriamente dita. Além de seu aspecto temporal, abordado acima, ela se refere à inexistência ou escassez de recursos para a concretização dos direitos previstos na lei ou Constituição.¹⁷¹ Como afirma Josef Isensee, vige a máxima de que onde nada há, o Estado Social perde o seu direito (*ultra posse nemo obligatur*).¹⁷²

Vale abordá-la separadamente.

3.1.5. A escassez de recursos: impossibilidade fática propriamente dita

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

¹⁶⁷ *Op cit.* p. 573.

¹⁶⁸ KIRCHHOF, Paul. Die Identität der Verfassung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 2. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2004. p. 280.

¹⁶⁹ DEPENHEUER, Otto. Vorbehalt des Möglichen. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 12. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2014. p. 574.

¹⁷⁰ KIRCHHOF, Paul. Die Identität der Verfassung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 2. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2004. p. 280.

¹⁷¹ *Op cit.* pp. 571-572.

¹⁷² ISENSEE, Josef. Rationierung von Gesundheitsleistungen - Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Kontingentierung. *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, Heidelberg, n. 93, 2004. p. 655.

Na Alemanha, isso adquire especial relevância, sobretudo em vista das normas da União Europeia.¹⁷³

Deve-se, nesse ponto, ter em vista o conceito de constitucionalismo multinível, como exposto por Pernice, que, no âmbito europeu, cria direitos e deveres aos cidadãos e conduz inclusive a uma preponderância das normas supranacionais frente às internas.¹⁷⁴

A impossibilidade fática advinda da política interna é a derivada da escassez de recursos da “comunidade solidária estatal” (*staatlichen Solidargemeinschaft*). Estes podem ser tanto referentes a bens a serem distribuídos, dinheiro a ser utilizado para financiar as ações ou pessoal para organizá-las.¹⁷⁵

Nesse passo, Kirchhof destaca que não se trata apenas de limitar os direitos dos potenciais beneficiados pelas prestações estatais, mas de proteger a coletividade, a quem inevitavelmente recai subvencionar as políticas públicas. Qualquer aumento nos gastos do Estado será refletido em um proporcional aumento de impostos, o que também é um fator limitador de direitos.¹⁷⁶

O limite, ainda, não tem por finalidade evitar a falência estatal, e sim garantir o equilíbrio entre as despesas públicas e a possibilidade de definição de prioridades pelo Legislador e do adequado cumprimento de todas as outras tarefas do Estado.¹⁷⁷ Explica Kirchhof:

“Por isso é necessário se atentar ao planejamento orçamentário realizado pelo Estado em sua função financeira, com seus instrumentos centralizados de coordenação. Em termos de direitos individuais, deve-se proteger não apenas os demandantes de prestações estatais, mas também aqueles que financiam a capacidade prestacional dos entes públicos, os pagadores de impostos. A *Vorbehalt des Möglichen* é o princípio de proporcionalidade do Estado financeiro, que em virtude da fungibilidade dos meios e a dificuldade de definir os contornos dos objetivos específicos, atua como limite da atuação financeira estatal, e está estritamente ao lado tanto das leis orçamentárias, quanto da fundamentação do dever prestacional do Estado. A Constituição não quer obrigar os órgãos públicos a prestações impossíveis. Por esse motivo, os direitos sociais de participação devem ser interpretados de forma que seus objetos sejam garantidos apenas na medida do possível e proporcional. O limite do possível não é somente a capacidade de pagamento do Estado, mas a capacidade de planejamento e definição de metas orçamentárias pelo Legislador.”¹⁷⁸

¹⁷³ DEPENHEUER, Otto. Vorbehalt des Möglichen. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 12. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2014. p. 584-586.

¹⁷⁴ PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism in the European Union. *Walter Hallstein-Institut Für Europäisches Verfassungsrecht-Paper*, n. 5, Berlim, 2002. Pp. 3-4.

¹⁷⁵ *Op cit.* p. 575.

¹⁷⁶ KIRCHHOF, Paul. Mittel Staatlichen Handeln. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 5. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2007. p. 69.

¹⁷⁷ *Op cit.* p. 69.

¹⁷⁸ *Op cit.* p. 69. Tradução livre. Em igual sentido: DEPENHEUER, Otto. Vorbehalt des Möglichen. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 12. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2014. p. 578.

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

“[...] deriva de uma compreensão errônea da liberdade, que se reconhecesse o direito a uma prestação em favor da liberdade individual, mas em oposição à funcionalidade e ao equilíbrio da coletividade, assim como um direito subjetivo ilimitado a prestações estatais às custas da comunidade, o que não é condizente com a doutrina do Estado Social”.¹⁷⁹

Além disso, é essencial a constatação de que, diante da escassez dos recursos, priorizar um objetivo significa, obrigatoriamente, preterir outro. Realizar uma prestação, deixar de realizar outra. O Parlamento possui respaldo democrático para tomar essas decisões. As cortes, em regra, não.¹⁸⁰

Ademais, a tarefa do Estado social não é apenas a divisão das riquezas, mas também o seu crescimento e desenvolvimento. Tais objetivos não podem ser encarados separadamente, pois um depende do outro.¹⁸¹ Contudo, a garantia de um direito ilimitado à participação nos bens sociais já existentes e produzidos pelos demais dificulta o crescimento econômico e o desenvolvimento da sociedade como um todo. Por isso, devem-se privilegiar as medidas que visem a possibilitar o autodesenvolvimento a partir da participação nas riquezas sociais (*Hilfe zur Selbsthilfe*), ao passo em que as demais devem ficar sob um controle mais estreito da *Vorbehalt des Möglichen*.¹⁸²

Como visto, uma limitação à aplicação do conceito é a garantia do mínimo existencial, tanto em sua vertente fisiológica, como sociocultural. Principalmente com relação a esta, porém, a definição desse nível mínimo é muito complicada e resta, em última análise, à definição do Legislador, dentro de seu espaço de discricionariedade.¹⁸³

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

¹⁷⁹ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht, 33, 303, 1972. Tradução livre.

¹⁸⁰ LANDAU, Herbert. Gesundheit als Staatsziel? Verfassungsrecht und Staatsaufgaben. In: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. (org.). *Volkskrankheiten - Gesundheitliche Herausforderungen in der Wohlstandsgesellschaft*. Freiburg: Herder Verlag, 2009. p. 591.

¹⁸¹ ZACHER, Hans. Das soziale Staatsziel. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 1. Heidelberg: CF Müller Verlag, 1987. pp. 1078-1079.

¹⁸² KIRCHHOF, Paul. Mittel Staatlichen Handelns. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 5. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2007. p. 42. Em sentido semelhante: NEUMANN, Volker. Menschenwürde und Existenzminimum. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Berlin, 1995. pp. 7-8.

¹⁸³ ZACHER, Hans. *Soziale Grundrechte und Teilhaberechte*. Menschenrechte - Ihre Geltung Heute. Berlin: Colloquium Verlag, 1982.

barreira máxima, acima da qual nenhum particular poderá exigir – e nenhum gestor poderá conceder – benefício (*Übermassverbot*).¹⁸⁴

Nesse contexto, a Corte Constitucional julgou, em 2010, o caso Hartz IV¹⁸⁵, no qual concluiu que todos têm direito à garantia do mínimo existencial fisiológico e sociocultural. Estes, porém, devem ser concretizados pelo Legislador, que possui alguma liberdade para definir os seus contornos, com base nas condições de vida gerais da sociedade e no seu senso de justiça.¹⁸⁶

A controvérsia inicial girava em torno da constitucionalidade dos §§20 e 28 do segundo livro do código de assistência social (*Sozialgesetzbuch*), que regulamentava as prestações de algo similar a um seguro-desemprego. A normativa havia modificado a lei anterior e previsto critérios gerais e abstratos para a definição do valor das prestações, deixando de fora do cálculo qualquer aspecto individual de cada beneficiário. Como explica Gärditz, os novos parâmetros encobriam as características individuais importantes para a compreensão do mínimo existencial de cada um.¹⁸⁷

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

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

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

“(1) abarcar e descrever o objetivo de garantir uma existência alinhada ao artigo 1, §1º, da GG, em conjunto com o seu artigo 20, §1º; (2) selecionar – dentro de sua margem de discricionariedade – um procedimento adequado para calcular

¹⁸⁴ KIRCHHOF, Paul. Mittel Staatlichen Handeln. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 5. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2007. pp. 40-41. No mesmo sentido: RÜFNER, Wolfgang. Leistungsrechte. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (org.). *Handbuch des Grundrechts in Deutschland und Europa*. V. 2. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2006. p. 707.

¹⁸⁵ ALEMANHA, Bundesverfassungsgericht, 125, 175, 2010.

¹⁸⁶ Como explicado em GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. Das Verfassungsrechtliche Existenzminimum im “Hartz IV”-Urteil des Bundesverfassungsgericht. *Bonner Rechtsjournal*, Bonn, n. 1, 2020. p. 6.

¹⁸⁷ GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. Das Verfassungsrechtliche Existenzminimum im “Hartz IV”-Urteil des Bundesverfassungsgericht. *Bonner Rechtsjournal*, Bonn, n. 1, 2020. p. 5.

devidamente esse mínimo; (3) partir dos fatos e pressupostos necessários e corretos e (4) decidir dentro dos limites do justificável em vista do método utilizado e dos princípios estruturais, em todas as fases do processo de cálculo.”¹⁸⁸

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

Tendo-se em vista os parâmetros estabelecidos neste julgamento, pode-se ainda afirmar que as prestações estatais – mesmo aquelas envolvendo o mínimo existencial fisiológico – devem se submeter aos princípios de economicidade e subsidiariedade. Com base naquele, os gestores devem utilizar os recursos da maneira mais eficiente possível, sem incorrer em gastos desnecessários, o que se aplica mesmo para prestações referentes à saúde, por exemplo.¹⁸⁹

A subsidiariedade, de seu lado, impõe que o Estado não forneça, com recursos públicos, aquilo que o particular pode adquirir com os seus próprios recursos ou próprio esforço. De acordo com Soria, a Administração pode, até mesmo, negar-se a realizar prestações ou diminuí-las àqueles que, injustificadamente, deixam de providenciar o sustento de si – desde que isso não cause uma ameaça ao mínimo existencial fisiológico.¹⁹⁰

Ressalte-se que, na concepção de diversos autores, a existência de um mínimo fisiológico não significa a possibilidade de requerer toda e qualquer prestação para os direitos a ele relacionados. Em algum ponto, até o direito à saúde, por exemplo, pode sofrer limitações. Sobretudo quando a eficácia do tratamento pleiteado for dúbia ou o custo for excessivo, o núcleo mínimo é ultrapassado, e a *Vorbehalt des Möglichen* pode ser aplicada.¹⁹¹

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

¹⁸⁸ LEIJTEN, Ingrid. The German Right to an Existenzminimum, Human Dignity, and the Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection. *German Law Journal*, Frankfurt, n. 1, v. 16, 2015. p. 31.

¹⁸⁹ ISENSEE, Josef. Rationierung von Gesundheitsleistungen - Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Kontingentierung. *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, Heidelberg, n. 93, 2004. p. 656.

¹⁹⁰ SORIA, José Martinez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter europäischem und innerstaatlichen Druck. *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, Berlin, n. 43, 2006. p. 19.

¹⁹¹ Nesse sentido: ISENSEE, Josef. Rationierung von Gesundheitsleistungen - Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Kontingentierung. *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, Heidelberg, n. 93, 2004. UDSCHING, Peter. Krankenversicherungsrechtliche Perspektive. In: *Gerecht Sorgen - Verständigungsprozesse über dem Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Lebensende*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2013. LANDAU, Herbert. Gesundheit als Staatsziel? Verfassungsrecht und Staatsaufgaben. In: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. (org.). *Volkskrankheiten - Gesundheitliche Herausforderungen in der Wohlstandsgesellschaft*. Freiburg: Herder Verlag, 2009. KIRCHHOF, Paul. Medizin Zwischen Ethik, Recht und Vorbehalt des Möglichen. In: KERN, Bern-Rüdiger; WADLER, Elmar; SCHROEDER, Klaus-Peter; KATZENMEIER, Christian. *Humaniora: Medizin – Rechte – Geschichte*. Berlin: Springer Verlag, 2006.

Como explicado na parte introdutória deste trabalho, compreender perfeitamente o direito estrangeiro beira a impossibilidade. Tendo em vista essas limitações, fez-se o melhor para que o conceito e o contexto no qual ele surgiu possam ser entendidos.

Os principais julgados da Corte Constitucional que o utilizam já foram objeto de ao menos duas exposições aprofundadas em português, às quais se remete o leitor.¹⁹²

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

3.2. A migração: o conceito da reserva do possível no Brasil

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

3.2.1. Os direitos sociais

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

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

¹⁹² GAIER, Reinhard; LEAL, Márcio Flávio Mafra (trad.) Pretensões Positivas Contra o Estado e a Reserva do Possível na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. *II Seminário Internacional Brasil-Alemanha Thompson Flores*, Florianópolis, 2011. pp. 13-21. Com base nele, PERLINGEIRO, Ricardo. É a Reserva do Possível um Limite à Intervenção Jurisdicional nas Políticas Públicas Sociais?. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 2, set-out 2013. Pp. 163-185. Também de mais fácil compreensão, o tema foi abordado em italiano: SANDRI, Andreas. Il Vorbehalt Des Möglichen Nella Giurisprudenza Delle Corti Tedesche. *Gruppo di Pisa – Dibattito Aperto Sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, Pisa, n. 3, 2012.

A despeito da positivação, Ricardo Lobo Torres sustenta, com forte influência na doutrina germânica, que os direitos sociais também aqui não poderiam ser caracterizados como fundamentais. De acordo com o autor – que cita textos de Hans Zacher e Josef Isensee, abordados acima –, assim como na Alemanha, esses direitos seriam dependentes de concretização pelo legislador, e a norma constitucional seria meramente programática.¹⁹³

Haveria, contudo, um direito originário à prestação do mínimo existencial, que também ficaria adstrita, tão somente, àquilo necessário para a existência e usufruto dos direitos de liberdade. Esse mínimo, nessa acepção, configura um *status positivus libertatis*, conforme a classificação de Jellinek, também utilizada por Dietrich Murswiek.¹⁹⁴

Como explica Andreas Krell, essa adoção sem maiores ressalvas dos conceitos germânicos é de todo inadequada para a realidade brasileira: embora a nossa Constituição se inspire na Lei Fundamental alemã em diversos momentos, isso não ocorre no que toca os direitos sociais, e a adoção de um determinado entendimento quanto a eles pode ter resultados muito diversos em países desenvolvidos e aqueles mais pobres. Nesse passo, destaca que “não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem levar-se em conta os condicionamentos socioculturais e econômico-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos”.¹⁹⁵

De fato, Murswiek defende que, na Alemanha, ainda sem direitos fundamentais sociais, tudo vai muito bem nessa área.¹⁹⁶ O Brasil, por outro lado, mesmo com a sua previsão, continua tendo baixos índices de desenvolvimento humano e sendo um dos países mais desiguais do mundo.¹⁹⁷

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

“No que se refere à reserva do possível, concebida na experiência constitucional alemã, importa estudá-la com os cuidados devidos, inclusive porque ela não pode ser transposta, de modo automático, para a realidade brasileira. Com efeito, aqui, não se trata, para o Estado, já, de conceder o mais, mas, antes, de cumprir, ainda, com o mínimo. Ou seja, é evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das

¹⁹³ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, 1989. Pp. 43-44.

¹⁹⁴ *Op cit.* pp. 39-41.

¹⁹⁵ KRELL, Andreas. Realização Dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n.º 144, out-dez 1999. p. 244.

¹⁹⁶ MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. V. 9. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2011. Pp. 595-596.

¹⁹⁷ Observatório das Desigualdades. A quantas anda a desigualdade de rendimentos no Brasil? Disponível em <http://observatoriodesigualdades.fjp.mg.gov.br/?p=1413>. Acesso em 01/07/2021. Para mais informações sobre os países mais desiguais do mundo: <https://diariodoestado.com.br/os-10-paises-mais-desiguais-do-mundo-78146/>. Acesso em 01/07/2021.

coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a reserva do possível não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao mínimo existencial, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.”¹⁹⁸

Indo adiante, tem-se que os direitos sociais são também fundamentais.¹⁹⁹ Com efeito, a visão de que as normas constitucionais seriam meramente programáticas já foi superada, e reconhece-se a força vinculante da Constituição.²⁰⁰ Dessa forma, Ingo Sarlet, ilustrativamente, sustenta que os direitos sociais terão sempre eficácia imediata, na medida em que estiverem aptos a produzirem efeitos concretos.²⁰¹

Como afirmam Emerson Moura e Jamir Ribeiro, a discussão já não se situa na eficácia dos direitos fundamentais sociais, mas em sua efetividade. Isto é, já fixada a premissa de que eles geram efeitos jurídicos imediatos, busca-se compreender a sua natureza e extensão, e delimitar o que pode ser exigido do Estado pelo particular a partir deles.²⁰²

Desse modo, também já se superou, em regra, a noção de uma separação forte entre direitos de defesa como negativos e direitos sociais como positivos. Isso adveio, principalmente, da obra de Holmes e Sunstein, que demonstrou que todos os direitos implicam custos, independentemente de seu “gênero”.²⁰³

Apesar disso, como explicado por Melina Fachin, a concepção de que os direitos de defesa, supostamente de “primeira geração”, teriam aplicabilidade imediata, enquanto os direitos sociais, de “terceira geração”, estariam totalmente submetidos às condições econômicas

¹⁹⁸ CLÈVE, Clemerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 54, 2006. p. 8.

¹⁹⁹ Essa é a visão amplamente dominante, e não é possível citar todos os autores que a encampam. Ilustrativamente, porém, menciono: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Ed. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Ed. 8. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. CLÈVE, Clemerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 54, 2006. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Ed. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. FACHIN, Melina Girardi. *Direito Humano ao Desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação*. Tese (doutorado em direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. p. 74.

²⁰⁰ Como explicado em BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e par metros para a atuação judicial. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. p. 12.

²⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Ed. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 289.

²⁰² MOURA, Emerson Affonso da Costa. RIBEIRO, Jamir Calili. Direitos Fundamentais Sociais, Orçamento Público e Reserva do Possível: o dever de progressividade nos gastos públicos. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 16, n.º. 7, jan-abr 2017. p. 227.

²⁰³ HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: Norton and Company, 2000. Uma das primeiras obras a tratar do tema no Brasil é GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

e à aplicação progressiva ainda vigoram em diversos âmbitos.²⁰⁴ Segundo a autora, essa noção implica um rebaixamento destes últimos a direitos de “segunda classe”, sucedendo temporalmente os primeiros - como se hierarquicamente inferiores - o que é inaceitável em face do caráter universal e interdependente dos direitos humanos, que rechaça uma “compartimentalização arbitrária” como essa.²⁰⁵

Assim, Gustavo Amaral, reconhecendo que a identificação de direitos sociais com prestações positivas é artificial, propõe a divisão dos direitos, no geral, em parcialmente e totalmente dependentes da ação estatal. Aqueles – liberdade de expressão, direito à honra etc. – não dependem necessariamente de subvenção pública e se submetem a “conflitos de delimitação”, no âmbito dos quais o Estado deve determinar qual prevalece no caso concreto, com efeitos retroativos²⁰⁶.

Estes, todavia, entram em conflito pela divisão de recursos escassos, no qual deverá ser feita uma *escolha trágica*, atendendo-se a um e prescindindo-se do outro, para o qual não há recursos o bastante.²⁰⁷ Como destaca Clemerson Clève, o Estado não dispõe de meios suficientes para atender todos os direitos – sobretudo os sociais. O cobertor é curto demais, “se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés.”²⁰⁸

É nesse cenário que a reserva do possível adquire especial relevância, como fator de limitação ou equalização dessas pretensões²⁰⁹, de modo a adequá-las à escassez dos recursos existentes para a sua satisfação e, logo, à realidade. Nessa linha, Gomes Canotilho ressalta que a sua concretização deve ser efetivada tomando-se em consideração o entorno fático e socioeconômico, de modo a superar uma “introversão”, típica do universo jurídico.²¹⁰

Por conseguinte, Sarlet defende que a reserva do possível tem por finalidade, inclusive, proteger outros direitos fundamentais, quando estes entrarem em conflito com alguma

²⁰⁴ FACHIN, Melina Girardi. *Direito Humano ao Desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação*. Tese (doutorado em direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. pp. 73-75 e p. 77.

²⁰⁵ *Op cit.* p. 77 e pp. 85-86.

²⁰⁶ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez, Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Ed. 2. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. Pp. 44-45.

²⁰⁷ *Op cit.* p. 45.

²⁰⁸ CLÈVE, Clemerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 54, 2006. p. 6.

²⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Ed. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 295.

²¹⁰ CANOTILHO, Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In: Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004. pp. 39-40.

pretensão individual aos recursos escassos.²¹¹ Essas limitações fáticas, então, não poderiam ser vistas como meras questões ideológicas na frente do cumprimento dos deveres estatais, mas como aspectos importantes para a sua concretização.²¹²

Desse modo, o autor argumenta que os direitos sociais, como os outros direitos fundamentais, têm eficácia imediata e surtem efeitos diretos, na medida de sua aptidão para tanto. Em regra, submetem-se à ponderação face à reserva possível. Entretanto, há uma zona em que tais limitações se restringem sobremaneira. Trata-se do mínimo existencial.²¹³

Para delimitar a área em que a noção da reserva pode ser aplicada, portanto, é importante analisar o conceito um pouco mais a fundo.

3.2.2. O mínimo existencial

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

“Como direito público subjetivo, a subsistência realiza, no terreno da alimentação, das vestes e da habitação, o *standard of living* segundo três números, variáveis para maior *indefinidamente* e para menor *até o limite*, limite que é dado, respectivamente, pelo *indispensável* à vida quanto à nutrição, ao resguardo do corpo e à instalação. É o *mínimo vital absoluto*. Sempre, porém, que nos referirmos ao mínimo vital, deve-se entender o *mínimo vital relativo*, aquele que, atentando-se às circunstâncias de lugar e de tempo, se fixou para cada zona em determinado período (...). *O mínimo vital relativo tem de ser igual ou maior que o absoluto*. O direito à subsistência torna sem razão de ser a *caridade*, a *esmola*, a humilhação do homem ante o homem. (...) Não se peça a outrem, porque falte; exija-se do Estado, porque *êste deve*. Em vez da súplica, o direito.”²¹⁴

Ricardo Lobo Torres conceitua o mínimo existencial como as condições iniciais de liberdade para que o indivíduo tenha respeitada a sua dignidade humana. Embora não possua disposição constitucional específica, pode ser retirado “da ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.”²¹⁵

Ana Paula de Barcellos explica – também de modo similar ao que se viu na doutrina alemã – que os direitos de liberdade, políticos e sociais não estão em confronto, mas formam um conjunto interdependente e que garante o respeito à dignidade humana. Como, porém, o

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Ed. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 296.

²¹² *Op cit.* p. 363.

²¹³ *Op cit.* pp. 365-366.

²¹⁴ PONTES DE MIRANDA. *Direitos à subsistência e direito ao trabalho*. Rio de Janeiro: Ed. Alba Limitada, 1933. *Apud.* SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e ideologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 191.

²¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, 1989. p. 29.

Estado já não é mais o único opressor, estes últimos são por vezes necessários para que os dois primeiros possam ser efetivamente usufruídos.²¹⁶

Partindo dos pensamentos de Rawls, Walzer e Habermas, a autora destaca que, além de o direito à dignidade estar amplamente positivado, ao menos um núcleo mínimo dos direitos sociais são condições não somente para o exercício pleno da liberdade, mas também para a possibilidade de criação de uma sociedade verdadeiramente democrática, em que todos participem de fato das decisões públicas. Assim, esse cerne tem fundamentalidade tanto jurídica, como social.²¹⁷

Ademais, Fernando Facury Scaff assenta que “é a combinação de capacidades para o exercício de liberdades políticas, civis, econômicas e culturais que determinará esse patamar mínimo existencial”. Não são apenas os aspectos econômicos os principais envolvidos.”²¹⁸ Ainda, ele deve ser mais amplo nos países mais pobres, em que a população necessita de maior apoio para exercer seus demais direitos.²¹⁹

Sarmiento acrescenta que há também um critério não utilitarista para a manutenção do mínimo, independente de servir ou não para a fruição de algum outro direito. É a noção elementar de justiça, que consagra a dignidade humana como um fim em si mesma. Assim, sujeitos que não tenham condições de exercer sua autonomia ou direitos políticos – como doentes crônicos ou crianças pequenas – têm igualmente direito à manutenção do seu mínimo existencial.²²⁰

Adiante, Barcellos esclarece que esse instituto se compõe de duas vertentes, que demandam diferentes tarefas do Estado. A primeira é a garantia das condições mínimas para que as pessoas possam se desenvolver livremente na sociedade, em igualdade de oportunidades – similarmente ao conceito alemão de ajuda à autoajuda. A segunda é o fornecimento de assistência social aos desamparados, a garantia de um nível mínimo, abaixo do qual ninguém poderá cair. Afinal, destaca, a dignidade decorre da própria existência humana, e não das habilidades de cada um para prover o próprio sustento.²²¹

²¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Ed. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. pp. 136-137.

²¹⁷ *Op cit.* pp. 175-176.

²¹⁸ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. *Argumentum – Revista de Direito*, Marília, n.º 6, 2006. p. 36.

²¹⁹ *Op cit.* p. 38

²²⁰ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e ideologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 207-208.

²²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Ed. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. pp. 226-227.

A referida autora defende, nesse passo, que todos os direitos sociais fundamentais que se encontrem acima do mínimo existencial têm a estrutura de princípios, na compreensão de Dworkin e Alexy. Ou seja, devem ser utilizados como mandados de otimização e podem ser ponderados com fatores externos – como a reserva do possível. Aqueles que compõem o mínimo, todavia, têm estrutura de regras, e não podem ser limitados legitimamente por motivo algum.²²²

Amaral, por outro lado, sustenta que não é possível traçar uma divisão clara entre o que compõe o mínimo existencial – e, portanto, não se submete à reserva do possível – e o que fica acima, a cargo da conformação política. Aduz que, na concepção tradicional, forma-se uma linha em degradê, na qual um extremo claramente faz parte do núcleo essencial à dignidade humana, o outro não, e toda região central depende de um julgamento puramente subjetivo, sem parâmetros definidos.²²³

O autor, então, propõe que se imagine o tópico como um gráfico com as variáveis “essencialidade do direito” e “excepcionalidade das circunstâncias fáticas que permitiriam a sua limitação”, sendo ambas inversamente proporcionais. Isto é, um direito pouco essencial poderia ser mais facilmente limitado em vista do contexto fático e vice-versa.²²⁴

Em sentido semelhante, Ingo Sarlet afirma que mesmo o mínimo existencial não deve ser tido como totalmente absoluto, uma vez que a ausência de recursos para atender a todos pode levar a conflitos entre os próprios direitos que compõem esse núcleo, o que, por vezes, pode embasar a limitação de um dos seus aspectos.²²⁵

Daniel Sarmento, por sua vez, entende que a forma como o mínimo é prestado pode ser livremente estabelecida pelo legislador, sem se submeter, a priori e em regra, ao controle jurisdicional. Entretanto, o atendimento em si dessas necessidades básicas – da maneira que for – impõe-se aos poderes públicos, que não podem dele dispor.²²⁶

²²² BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Ed. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. pp. 243-244. Em sentido similar: HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 223.

²²³ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez, Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Ed. 2. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 118.

²²⁴ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez, Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Ed. 2. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 119.

²²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Ed. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 367.

²²⁶ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e ideologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. pp. 220-221

Nesse contexto, Melina Fachin aponta para a necessidade de se reconhecer que esses direitos sociais também devem ser abarcados pelos princípios da universalidade, interdependência, indivisibilidade e integralidade. Dessa forma, deve-se garantir a sua exigibilidade imediata, em igualdade com os direitos de liberdade, superando-se o paradigma da “universalização parcial e relativa”, a qual permite a preservação de desigualdades e da pobreza.²²⁷

3.2.2.1. O conteúdo do mínimo existencial

Gustavo Amaral observa que a indefinição de quais prestações específicas compõem esse núcleo da dignidade humana pode mitigar a efetividade do conceito.²²⁸ Daniel Sarmiento também destaca que “o princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial também tem sido usado algumas vezes de forma retórica e inflacionada pelo Judiciário brasileiro.”²²⁹

Cabe, então, questionar no que consistem esses elementos mínimos para uma existência digna. Nesse sentido, Barcellos afirma que englobam saúde e educação básicas, além de alimentação e alguma forma de abrigo.²³⁰

Sarmiento repudia energicamente tal concepção. Segundo ele, o conteúdo definido por Barcellos, além de ser incompleto, exclui os direitos que compõem o mínimo existencial sem estarem positivados em algum direito social – e que, portanto, são os que mais dependem do conceito para sua efetivação. O autor defende, então, que se mantenha o caráter aberto do instituto, até para que ele não venha a se descolar da realidade quando da evolução tecnológica ou sociocultural.²³¹

Ingo Sarlet, de seu lado, entende que engloba, além de outros que podem se verificar nos casos concretos, a saúde, educação, moradia, assistência social, previdência, direitos básicos do trabalhador, alimentação, lazer, serviços públicos, como fornecimento de água, saneamento, transporte e energia elétrica, assim como uma renda mínima.²³²

De tudo isso, pode-se extrair uma possível observação comparativa de que, na Alemanha, todo o aparato teórico do mínimo existencial serve para fundamentar a exigência de

²²⁷ FACHIN, Melina Girardi. *Direito Humano ao Desenvolvimento: universalização, resignificação e emancipação*. Tese (doutorado em direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. pp. 93-94.

²²⁸ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez, Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Ed. 2. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 118.

²²⁹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e ideologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 194.

²³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Ed. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 237.

²³¹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e ideologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Pp. 218-219.

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Ed. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 331.

prestações para o atendimento de direitos que não possuem previsão constitucional. Ou seja, ampliam a proteção do cidadão face às ações e omissões estatais. Por outro lado, no Brasil, a adoção do conceito tem por finalidade limitar direitos que estão claramente positivados, estabelecendo até que ponto eles podem ser exigidos pelos particulares.

Atento a essa crítica, Sarmento sustenta que ela só será verdadeira caso se adote uma concepção errônea do conceito estudado. Segundo o autor, o instituto tem duas funções principais que lhe dão razão de ser: fundamentar pretensões a prestações estatais não positivadas em direitos sociais – como acesso a água, energia elétrica e vestuário adequado – e servir como fator de peso relevante quando da eventual ponderação com outros direitos ou aspectos fáticos.²³³

Relembre-se, como se viu no capítulo anterior, que os alemães entendem que o mínimo sociocultural não enseja um direito subjetivo originário, e está plenamente submetido à reserva do possível. Isto é, depende de concretização prévia pelo legislador, sem poder ser exigido diretamente com base na Constituição, salvo se for uma condição mínima para o exercício de algum direito de liberdade, tido como fundamental.²³⁴

No Brasil, todavia, vige compreensão diversa. Com efeito, Clemerson Clève ressalta que a Constituição brasileira, ao positivar os direitos sociais, apontou para a ideia de um *máximo possível*, e não somente mínimo existencial. Dessa forma, embora as prestações abrangidas por este último sejam indubitavelmente fontes de direitos subjetivos desde logo, a ordem constitucional reclama um “horizonte eficaz progressivamente mais vasto” de atendimento aos direitos fundamentais.²³⁵

Nesse contexto, Ingo Sarlet destaca que a face sociocultural do mínimo existencial também faz parte integrante do conceito e embasa direitos subjetivos – ainda que demandem maior cautela por parte do intérprete para a sua concretização. Além disso, explica que os direitos sociais não se confundem inteiramente com esse mínimo, apesar das várias zonas de contato entre ambos. Há espectros desses direitos que vão além do núcleo básico para a dignidade humana, e ainda assim podem ser implementados pela via jurisdicional.²³⁶

²³³ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e ideologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. pp. 210-211.

²³⁴ Ver acima, p. 30.

²³⁵ CLÈVE, Clemerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 54, 2006. p. 7.

²³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Ed. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. pp. 331-332. Sobre o tema, veja-se também HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Pp. 221-223.

Corroborando essas ideias, Sarmento explica que, no Brasil, não se pode excluir o mínimo sociocultural da análise pelo Judiciário. Esses elementos nucleares têm, então, força igual àqueles que compõem o mínimo fisiológico. Ainda, ressalta que esse conceito não define quais são as prestações sociais devidas, mas tão somente o seu piso mínimo, aquilo que os poderes jamais poderão deixar de observar. Ademais, aponta que há vários direitos sociais positivados que não se encaixam nesse parâmetro e, do mesmo modo, garantem um direito subjetivo ao titular, como “benefícios previdenciários superiores ao salário-mínimo, gratuidade das universidades públicas, 13º salário para trabalhadores e servidores públicos etc.”²³⁷

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

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

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

Sobretudo em relação à primeira hipótese, resta questionar, na prática, qual seria o efetivo resultado de uma demanda jurisdicional. Uma análise nesse sentido extrapola o escopo desta pesquisa. Todavia, sobressai a importância de se definir o conteúdo desse mínimo

²³⁷ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e ideologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 210.

sociocultural como um fim em si mesmo, atrelado à dignidade humana²³⁸, mas não diretamente a um direito de liberdade, e como ele poderia ser pleiteado judicialmente, com quais possíveis resultados aceitáveis.

A exposição, até aqui, fez-se importante para delimitar a área de incidência da reserva do possível no Brasil. Como se viu, a aplicação do conceito, ao menos em tese, é mais restrita em nosso país. Compreendido, então, em que situações ele pode ser invocado, é hora de analisá-lo.

3.2.3. A reserva do possível

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

No contexto brasileiro, Ana Lúcia Pretto Pereira afirma que o conceito possui eficácia diversa. Segundo ela, a sua incidência não exclui a violação ao direito fundamental social, mas apenas legitima que o Estado “postergue” o seu completo atendimento para o futuro, em face das circunstâncias fáticas vigentes.²³⁹ Assim, a autora defende que o instituto não é um princípio, já que não deve ser ponderado em face dos direitos fundamentais, tampouco servir como um “mandado de otimização”. A classificação mais adequada seria a de um argumento, o qual, no caso concreto, serve para convencer da impossibilidade de se realizar uma determinada prestação. Adicionalmente, a noção de cláusula também poderia ser adotada, haja visto que encerra as diversas dimensões pelas quais a *realidade* pode interferir na concretização das determinações constitucionais.²⁴⁰

Jorge Reis Novais, de outra ponta, alega que a limitação de recursos invade o próprio plano jurídico dos direitos sociais, tratando-se de um limite imanente à sua concretização. Dessa forma, como na Alemanha, não haveria violação à previsão constitucional naquilo que ultrapassasse a capacidade prestacional da coletividade.²⁴¹

²³⁸ Por exemplo, sobre a importância da arte para a dignidade humana - sem vínculo necessário com direitos de liberdade propriamente ditos - vide CANDIDO, Antonio. O Direito à Literatura. In: _____. *Vários Escritos*. Ed. 5. Rio de Janeiro: Ouro Sobre Azul, 2011. pp. 171-193. A partir das lições desse autor, também ESCOREL, Eduardo. Direito ao Cinema. *Revista Piauí*, ago. 2019. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/o-direito-ao-cinema/>

²³⁹ PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Reserva do Possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. Pp. 97-98.

²⁴⁰ PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Reserva do Possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 88.

²⁴¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 91.

Pereira aponta que tal concepção não pode ser aceita, ao menos no Brasil. Com efeito, a adoção da teoria interna, para esses casos, diminuiria a sindicabilidade judicial da limitação em si mesma. O ideal, por conseguinte, é encarar a reserva do possível como um limite externo, que não desconstitui a violação ao direito, mas apenas a legitima face à escassez dos bens necessários à sua concretização.²⁴²

Como o conceito de escassez é essencial para a discussão, vale abordá-lo mais detidamente.

3.2.3.1. Escassez e a dimensão tríplice da reserva do possível

Já se expôs a concepção de que todos os direitos têm custos. Sabe-se, porém, que os direitos fundamentais sociais dependem em maior grau, em sua dimensão principal, de dispêndios estatais, os quais não adquirem tamanha essencialidade para os direitos de defesa ou de liberdade.²⁴³

Nesse ponto, exigem necessariamente uma maior interdisciplinaridade do direito, em especial, com a economia, a fim de se conceber as formas de alocar os recursos disponíveis e escassos para melhor atender aos direitos constitucionais.²⁴⁴

De fato, Gregory Mankiw explica que a matéria é “o estudo de como a sociedade administra seus recursos escassos”.²⁴⁵ A escassez, por sua vez, “significa que a sociedade tem recursos limitados e, portanto, não pode produzir todos os bens e serviços que as pessoas desejam ter [...] cada indivíduo de uma sociedade não pode ter um padrão de vida tão alto quanto ao qual aspire.”²⁴⁶

Assim, Clemerson Clève, ilustrativamente, utiliza a metáfora do “cobertor curto demais”: o Estado tem muitas tarefas, e os recursos não são suficientes para atender a todas em sua integralidade. Desse modo, “se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés.”²⁴⁷

Nesse contexto, Novais bem observa que a escassez, nos estados contemporâneos, raramente será absoluta, uma vez que, no todo, sempre haverá recursos suficientes para cumprir

²⁴² PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Reserva do Possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 246.

²⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Pp. 98-100.

²⁴⁴ É esse o grande ponto de AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez, Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Ed. 2. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

²⁴⁵ MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Ed. 6. São Paulo: Cengage Learning, 2016. p. 4.

²⁴⁶ *Op cit.* p. 4.

²⁴⁷ CLÈVE, Clemerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 54, 2006. p. 6.

exigências individuais. Todavia, nunca haverá o bastante para satisfazer *todas* elas. Ou seja, “nunca há dinheiro, mas sempre há dinheiro”.²⁴⁸

Ricardo Lobo Torres, quanto a isso, ressalta que a insuficiência de recursos não poderia ser alegada no que toca aos direitos que compõem o cerne do mínimo existencial. Nesses casos, deve o Estado abrir linhas adicionais de crédito e, de uma forma ou de outra, garantir a sua satisfação.²⁴⁹

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

Nesse passo, a legitimidade da invocação do conceito pressupõe uma atuação eficiente por parte da administração pública. Ou seja, não é possível negar o atendimento a um direito fundamental social sob o pretexto de falta de recursos, quando estes são desperdiçados pela má condução da coisa pública. Dessa forma, ganha especial relevância o princípio da eficiência, no sentido de maximizar a utilidade dos recursos estatais para a obtenção dos objetivos públicos - e com isso minimizar os impactos da reserva do possível.²⁵⁰

Portanto, cabe aos entes estatais comprovarem que estão utilizando os recursos existentes de maneira adequada e, ainda assim, não há o suficiente para atender à pretensão formulada pelo particular na hipótese concreta.²⁵¹

Indo adiante, Pereira bem destaca que, para compreender as diferentes facetas da reserva do possível, vale recorrer à classificação dos tipos de escassez de Jon Elster:

“Dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para todos. A escassez pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase-natural ou artificial. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. Pinturas de Rembrandt são um exemplo. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer a ponto de atender a todos. As reservas de petróleo são um exemplo, a disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante é outra. A escassez quase natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto de satisfação, apenas por condutas não coativas dos cidadãos. A oferta de crianças para adoção e de esperma para inseminação artificial são exemplos. A

²⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 115.

²⁴⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. pp. 95-96.

²⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Ed. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 373. Em igual sentido: GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. p. 267. PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Reserva do Possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 214.

²⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Ed. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 373. Em igual sentido PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Reserva do Possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 251. SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. *Argumentum – Revista de Direito*, Marília, n.º 6, 2006. p. 44.

escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto de satisfação. A dispensa do serviço militar e a oferta de vagas em jardim de infância são exemplos.”²⁵²

Diante disso, a autora sustenta que o conceito pode ser dividido remetendo-se à possibilidade econômica, jurídica e política. Mariana Filchtiner Figueiredo e Ingo Sarlet, além de Daniel Sarmento, por outro lado, defendem que a divisão mais adequada se dá entre a possibilidade fática, jurídica e relativa à proporcionalidade e razoabilidade.²⁵³ Por sua vez, José Reinaldo de Lima Lopes e Ricardo Lobo Torres afirmam que o conceito pode ser dividido em possibilidade econômica e jurídica.²⁵⁴

Todas as formulações partem de premissas muito similares e levam essencialmente às mesmas análises e ponderações. Para as finalidades propostas neste trabalho, adotaremos a divisão de Lopes e Torres – sem nos posicionar pelo acerto ou erro de qualquer uma delas –, mas apenas tomando em conta que os aspectos políticos e jurídicos são profundamente interdependentes, e que o tema da razoabilidade e proporcionalidade permeia a discussão como um todo.

3.2.3.2. Possibilidade econômica

A possibilidade econômica se relaciona com a inexistência ou insuficiência de recursos disponíveis para o atendimento de determinadas prestações. Ela se funda, como afirma Ingo Sarlet, na inviabilidade de ignorar a conjuntura socioeconômica e a realidade, propriamente dita, ao analisar as pretensões particulares.²⁵⁵

Assim, o autor explica que “negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de - qual toque de Midas - gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real.”²⁵⁶

²⁵² ELSTER, Jon. *Local Justice: how institutions allocate scarce goods and necessary burdens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. Pp. 21-22. *Apud.* PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Reserva do Possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 69.

²⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: _____; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*, Ed. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 30. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e ideologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 230.

²⁵⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em Torno da “Reserva do Possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Ed. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pp. 279-282. TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 110.

²⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Ed. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 363.

²⁵⁶ *Op cit.* p. 363.

Ana Paula de Barcellos ressalta que nenhuma norma – por mais clara, precisa e bem-intencionada – pode ser aplicada na ausência de recursos materiais para a sua realização.²⁵⁷ Citando Barroso, a autora destaca que tais hipóteses caracterizam pura “insinceridade normativa”.²⁵⁸

Lopes aponta que essa ponderação não tem por base apenas a impossibilidade empírica “*tout court*”, mas pode abranger também aspectos técnicos ou envolvendo a proporcionalidade e o custo-benefício da demanda.²⁵⁹ Nesse passo, Pereira subdivide o conceito em possibilidade fática, técnica e financeira.²⁶⁰

A fática remete-se à efetiva escassez de bens materiais para satisfazer o pleito. A técnica tem a ver com o progresso científico: por vezes simplesmente não há tecnologia avançada o bastante para garantir certo direito – como a cura da AIDS –, ou, mesmo havendo, a sua oferta é muito diminuta ou os preços, muitos altos.²⁶¹

Por sua vez, a financeira envolve, mais propriamente, recursos pecuniários. Pode haver bens suficientes para a satisfação do direito, entretanto o dinheiro é insuficiente para adquiri-los. Isto é, o Estado, por meio de sua estratégia orçamentária, destinou-o a fins diversos – os quais podem ser igualmente legítimos.²⁶²

Como assevera Lopes, nesse último caso, o fornecimento é possível, porém indesejável. Em algum ponto, então, a discussão se desloca do plano fático-econômico para o político, abrangendo a forma como o Legislativo e Executivo priorizam alguns setores e objetivos estatais em relação a outros.²⁶³

3.2.3.3. Possibilidade jurídica e política

Como já mencionado, a escassez de recursos impõe que, por vezes, façam-se escolhas trágicas, atendendo-se a uma necessidade e prescindindo-se de outra. Não se trata, aqui, de

²⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Ed. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 275.

²⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Ed. 8. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 59.

²⁵⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em Torno da “Reserva do Possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Ed. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 182.

²⁶⁰ PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Reserva do Possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 50.

²⁶¹ *Op cit.* p. 60.

²⁶² *Op cit.* p. 55.

²⁶³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em Torno da “Reserva do Possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Ed. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 182-183.

negar a existência de um ou outro direito, mas tão somente de priorizar a realização de um deles – tendo em vista que não se podem concretizar todos ao mesmo tempo.²⁶⁴

Desse modo, Amaral aponta que as necessidades humanas são infinitas, dinâmicas e “devoram os recursos”, de forma que não há um futuro em que todos estejam plenamente satisfeitos em todos os âmbitos.²⁶⁵ Nesse sentido, também Barcellos ressalta que pode haver várias formas igualmente legítimas de satisfazer certo direito social, e a escolha do legislador ou administrador entre elas, por si só, não deve ser alterada pelo Judiciário.²⁶⁶ Clève, assim, explica que um orçamento bem organizado, com decisões racionais quanto ao que será priorizado, é essencial para a própria realização dos direitos fundamentais pelo Estado – o qual dificilmente atuará de forma satisfatória caso suas finanças não estejam saudáveis.²⁶⁷

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

No Brasil, todavia, tais direitos foram amplamente previstos na Constituição. Logo, não se deve aceitar uma discricionariedade irrestrita por parte dessas instituições. Com efeito, ainda que se tenha em vista a importância da legitimidade democrática atribuída a elas, a Constituição impõe, desde o princípio, parâmetros a serem seguidos e objetivos sociais a serem perseguidos. Assim, o Estado democrático de direito não admite um governo exercido puramente pela maioria. É necessário respeitar os direitos fundamentais de todos os cidadãos, independentemente dos anseios majoritários. Nessa área, revela-se essencial o controle judicial dessas escolhas – justamente o que se busca evitar no plano germânico.²⁶⁸

Quanto a isso, vale citar a lição de Melina Fachin:

“Alçar também o Poder Judiciário, seja no âmbito interno, seja subsidiariamente na seara internacional, à realização dos direitos humanos, sobretudo aqueles sociais mais básicos, não é apenas razoável como imperativo. Todo o aparelho de Estado é responsável e deve se somar na realização da dignidade da pessoa humana, e é deste

²⁶⁴ Como explicado em AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez, Escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Ed. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Pp. 45-46.

²⁶⁵ *Op cit.* p. 16.

²⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Ed. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 242.

²⁶⁷ CLÈVE, Clemerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 54, 2006. p. 3.

²⁶⁸ *Op cit.* p. 266. Os argumentos de separação de poderes e carência de legitimidade democrática do Judiciário também são rebatidos em FACHIN, Melina Girardi. *Direito Humano ao Desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação*. Tese (doutorado em direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. pp. 100-101.

princípio que decorre o mandato das instâncias judiciárias, nos planos internacional e constitucional, para atuar em relação aos direitos humanos.

Na conjuntura pátria torna-se ainda mais importante a participação ativa e corresponsável das instâncias judiciais como forma de atuar em relação à profunda desigualdade social. Segundo dados recentes da ONU, o Brasil é o país mais desigual da América Latina, e uma das regiões mais desiguais do mundo. Também o Judiciário não pode quedar passivo diante dessa realidade. A participação da jurisdição na realização dos direitos é um importante mecanismo de democratização e fruição da verdadeira cidadania.

Refutar a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais pela via judicial atende a padrões ideológicos e não técnicos. As garantias judiciais são um importante mecanismo para romper com a dicotomia e ambivalência instauradas de que a categoria dos direitos civis e políticos merece acatamento e plena realização enquanto os direitos sociais ficam à mercê da boa-vontade e caridade estatal.”²⁶⁹

Nesse passo, Sarlet destaca que não se pode admitir uma inversão hierárquica, em que as normas orçamentárias definidas pelo legislador se sobreponham às previsões constitucionais, a fim de promover objetivos diversos ou simplesmente manter os “cofres cheios”.²⁷⁰ Nesta esfera, Barcellos defende que, quando uma decisão política for claramente contrária à realização de um objetivo constitucional ou atentar contra o mínimo existencial, ela pode ser modificada na via judicial.²⁷¹

Moura e Ribeiro, por sua vez, sustentam que “na construção do orçamento público, não basta mais a análise meramente técnica entre obtenção de recursos e gasto público, mas deve-se considerar sua construção dentro de um sistema deontológico orientado pela Constituição Federal e direcionado à justiça social”.²⁷² Para tanto, é necessário, entre outros, adotar medidas para corrigir as distorções causadas pelo caráter regressivo do sistema tributário brasileiro – no qual as classes mais baixas pagam proporcionalmente mais impostos que as mais altas.

Nesse contexto, é paradigmática a decisão do Min. Celso de Mello na ADPF 45, que fixou pela primeira vez parâmetros para a análise da alocação de recursos escassos pelos poderes e a reserva do possível. Na ocasião, o ministro asseverou que a reserva não pode ser utilizada como “obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.”²⁷³

²⁶⁹ FACHIN, Melina Girardi. *Direito Humano ao Desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação*. Tese (doutorado em direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. pp. 102-103.

²⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Ed. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 376.

²⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Ed. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. pp. 242-243.

²⁷² MOURA, Emerson Affonso da Costa. RIBEIRO, Jamir Calili. *Direitos Fundamentais Sociais, Orçamento Público e Reserva do Possível: o dever de progressividade nos gastos públicos*. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 16, n°. 7, jan-abr 2017. p. 238.

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n°. 45. Relator: Min. Celso de Mello. DJu: 05/04/2004.

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

Em sentido semelhante, Saulo Lindorfer Pivetta argumenta que o controle jurisdicional pode se dar, independentemente da reserva do possível, quando houver abuso ou exclusão indevida dos particulares por parte dos formuladores das políticas. Não se pode, dessa forma, utilizar a escassez como véu para encobrir tais condutas. Quando, porém, verificar-se que os recursos são de fato insuficientes – cuja demonstração será sempre ônus do poder público –, é ainda necessário averiguar se a alocação que ocasionou tal fato é legítima.²⁷⁴

Indo adiante, Paulo e Adriana Schier ressaltam que há uma descrença generalizada – advinda dos mais diversos fatores históricos e socioculturais – na capacidade dos poderes Legislativo e Executivo para formularem políticas públicas de modo a atender verdadeiramente os interesses coletivos. Por outro lado, também já se constatou que o Judiciário não é o âmbito mais adequado para se discutirem questões de interesse geral, no contexto macro.²⁷⁵ Surge, então, uma aporia, em que nenhuma solução pode ser levada às suas últimas consequências.²⁷⁶

Em resposta a esses problemas, tanto Amaral, quanto Barcellos e Pereira, defendem a importância do desenvolvimento de métodos coletivos de solução de conflitos na esfera judicial, que permita maior diálogo entre todos os possíveis atingidos, bem como com os próprios poderes responsáveis pela alocação dos recursos.²⁷⁷ Melina Fachin e Caio Bueno destacam que, para tal fim, deve-se adotar e implementar o conceito de decisões estruturantes, que desloca o foco processual da ação processual para a coletiva, e do interesse privado para o público.²⁷⁸ Sarmento, quanto a esse ponto, cita como exemplo o já abordado julgamento Hartz

²⁷⁴ PIVETTA, Saulo Lindorfer. Restrições à Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Relevância Jurídica da Escassez de Recursos Financeiros. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. *Direito Administrativo e suas Transformações Atuais*. Curitiba: Editora Íthala, 2016. Pp. 129-131.

²⁷⁵ Essa crítica, ilustrativamente, é feita por Gustavo Amaral, segundo o qual o Judiciário é aparelhado para resolver conflitos no âmbito da microjustiça, mas sofre grandes dificuldades para atuar na macrojustiça: AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez, Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Ed. 2. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 18.

²⁷⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 18, n. 74, 2018. p. 90.

²⁷⁷ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez, Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Ed. 2. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 18. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Ed. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. Pp. 251-260. PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Reserva do Possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 216.

²⁷⁸ FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMAN, Caio Cesar Bueno. Decisões Estruturantes na Jurisdição Constitucional Brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, 2018.

IV da Corte Suprema alemã – que definiu parâmetros objetivos para o eventual controle judicial da distribuição de recursos por parte do legislador.²⁷⁹

3.2.4. *Progressividade e não retrocesso*

Por fim, cumpre ressaltar uma última diferença relevante entre a abrangência da reserva do possível no Brasil e na Alemanha. Nesta, não se reconhece um dever constitucional de progressividade no atendimento aos direitos fundamentais – o que é evidente, uma vez que não existem direitos sociais desse gênero. Também diversos autores ressaltam que não há vinculação do Estado com o não retrocesso dos direitos já concedidos – ressalvado o mínimo existencial.²⁸⁰

Nesse passo, tanto Josef Isensee, como Herbert Landau afirmam categoricamente que o princípio do não-retrocesso (*Rückschrittsverbot*) não pode ser deduzido da cláusula do Estado Social e que, conseqüentemente, os entes públicos podem reduzir a proteção aos direitos sociais em face das circunstâncias econômico-sociais de cada momento.²⁸¹

Assim, Isensee sustenta que ele pode ocorrer, desde que devidamente fundamentado pela necessidade de garantir a estabilidade e o equilíbrio financeiro estatal, bem como a proteção dos outros direitos.²⁸² Em igual sentido, Rübner destaca que a possibilidade de reduzir as prestações sociais permite que “uma crise econômica não se torne uma crise constitucional.”²⁸³

No Brasil, por outro lado, há um amplo reconhecimento do dever estatal de, progressivamente, incrementar a implementação dos direitos sociais, na medida do crescimento econômico. Isso advém, desde logo, da sua dimensão objetiva, e é consequência inexorável da sua previsão constitucional.²⁸⁴ Moura e Ribeiro, além disso, destacam que tal obrigação deriva,

²⁷⁹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e ideologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p 236.

²⁸⁰ O texto de Soria parte dessa premissa para então definir qual o ponto em que não poderia haver retrocesso: o mínimo existencial. SORIA, José Martinez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter europäischem und innerstaatlichen Druck. *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, Berlim, n. 43, 2006. p. 1.

²⁸¹ LANDAU, Herbert. Gesundheit als Staatsziel? Verfassungsrecht und Staatsaufgaben. In: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. (org.). *Volkskrankheiten - Gesundheitliche Herausforderungen in der Wohlstandsgesellschaft*. Freiburg: Herder Verlag, 2009. p 599. ISENSEE, Josef. Rationierung von Gesundheitsleistungen - Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Kontingentierung. *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, Heidelberg, n. 93, 2004. p. 667.

²⁸² ISENSEE, Josef. Rationierung von Gesundheitsleistungen - Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Kontingentierung. *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, Heidelberg, n. 93, 2004. p. 669.

²⁸³ RÜFNER, Wolfgang. Leistungsrechte. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (org.). *Handbuch des Grundrechts in Deutschland und Europa*. V. 2. Heidelberg: CF Müller Verlag, 2006. p. 687.

²⁸⁴ CLÈVE, Clemerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 54, 2006. Pp. 6-7.

entre outros, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e deve englobar o máximo de recursos disponíveis.²⁸⁵

Intimamente conectado a isso está o princípio da vedação ao retrocesso social. Com efeito, é inaceitável, na ordem constitucional brasileira, que qualquer um dos poderes adote medidas que diminuam o bem-estar social como um todo ou restrinjam o acesso a ele. Isso não quer dizer que a forma como é providenciado deva se manter inalterada, mas que a proteção, em sua integralidade, não pode ser reduzida.²⁸⁶

Pereira destaca que a adoção desse conceito não impede que todo e qualquer direito social possa vir a ser restringido em algum momento. Segundo a autora, isso pode ocorrer, principalmente quando tiver por finalidade garantir o devido atendimento a algum direito que compõe o mínimo existencial. Dessa forma, a reserva do possível poderia atuar “para trás”, tão somente quando o objetivo for proteger esse núcleo mínimo da dignidade humana em face da escassez de recursos no caso concreto.²⁸⁷

Em adição às normas abordadas acima, reitera-se a lição de Melina Fachin quanto a necessidade de se superar a separação entre direitos de civis e políticos e os sociais, com a consequente “universalização parcial e relativa” dos direitos humanos, para implementar os princípios previstos pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 - universalidade, integralidade, interdependência e indivisibilidade. Desse modo, reconhece-se a impossibilidade de tomar os direitos fundamentais em apartado, divididos em classes ou hierarquizados, tendo em vista que a existência de cada um depende, em igual medida, da dos demais.²⁸⁸

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

²⁸⁵ MOURA, Emerson Affonso da Costa. RIBEIRO, Jamir Calili. Direitos Fundamentais Sociais, Orçamento Público e Reserva do Possível: o dever de progressividade nos gastos públicos. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 16, n.º 7, jan-abr 2017. p. 28.

²⁸⁶ CLÈVE, Clemerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 54, 2006. p. 8. Com relação à jurisprudência do STF sobre o tema, veja-se FACHIN, Melina Girardi. Direito Humano ao Desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação. Tese (doutorado em direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. p. 126.

²⁸⁷ PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Reserva do Possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. Pp. 198-200.

²⁸⁸ FACHIN, Melina Girardi. Direito Humano ao Desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação. Tese (doutorado em direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. p. 77 e 98.

4. Conclusões

O direito constitucional comparado, na atualidade, vem se consolidando como objeto de estudo, em especial a partir da queda da União Soviética e da redemocratização da América Latina. Entretanto, sua metodologia ainda carece de aprimoramento, sobretudo no Brasil – onde o campo como um todo ainda é muito incipiente.

Nesse passo, tem-se que a interação com os direitos estrangeiros pode se dar por meio da resistência, convergência ou engajamento. No âmbito destas últimas, é possível que ocorra a migração de uma ideia constitucional, isto é, a adoção de um conceito formulado no exterior pela ordem jurídica nacional. Quando isso ocorre, o instituto “migrante”, invariavelmente, sofre todo tipo de transformação para se adaptar ao novo ambiente.

Assim, quando se fala na migração do *Vorbehalt des Möglichen* alemão para o Brasil, recebido aqui como reserva do possível, é certo que há diferenças salutares entre a ideia germânica e a nossa.

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

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

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

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

A *Vorbehalt des Möglichen*, no cenário germânico, surge então como uma maneira de controlar e viabilizar uma ampliação significativa dos direitos exigíveis pelos cidadãos – o reconhecimento de direitos de *Teilhabe* originários –, limitando-os “àquilo que possa ser

razoavelmente demandado da comunidade”. No Brasil, por outro lado, o conceito tem por finalidade limitar a exigibilidade daquilo que está expressamente positivado na Constituição, restringindo direitos fundamentais.

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

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

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

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

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

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

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

Ainda, no Brasil vigem os princípios da vedação ao retrocesso social e da progressividade das prestações para satisfação dos direitos sociais, que são repudiados por grande parte da doutrina alemã.

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

5. Referências bibliográficas

ALEMANHA, Bundesverfassungsgericht, 125, 175, 2010 (Hartz IV).

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht, 33, 303, 1972 (Numerus Clausus I).

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

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Ed. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

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

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Ed. 8. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina*: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, 2015. pp. 13-66.

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

CANDIDO, Antonio. O Direito à Literatura. In: _____. *Vários Escritos*. Ed. 5. Rio de Janeiro: Ouro Sobre Azul, 2011. pp. 171-193.

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

CHOUDHRY, Sujit. *Migration as a New Metaphor in Constitutional Law*. In: _____. *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CLÈVE, Clemerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 54, 2006.

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

DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Introduction. In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. *Research Handbooks in Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

DUTRA, Deo Campos; VIEIRA, José Ribas. *Direito Constitucional Comparado Entre Renascimento e Consolidação*. Sequência, n. 76, Florianópolis, 2017. pp. 69-94.

ELSTER, Jon. *Local Justice: how institutions allocate scarce goods and necessary burdens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

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

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

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

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

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

GAIER, Reinhard; LEAL, Márcio Flávio Mafra (trad.) Pretensões Positivas Contra o Estado e a Reserva do Possível na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. *II Seminário Internacional Brasil-Alemanha Thompson Flores*, Florianópolis, 2011. pp. 13-21.

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

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

GLANERT, Simone. LEGRAND, Pierre. *Foreign Law in Translation: if truth be told... Law and Language – Current Legal Issues*, V. 15, Oxford: Oxford University Press, 2013.

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

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

HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

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

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

JACKSON, Vicki. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

JACKSON, Vicki. *Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement*. Federal Law Review, Camberra, v. 35(2), 2007.

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

KIRBY, Michael. *International Law: the impact on national constitutions*. American University International Law Review, v. 21, n. 3, Washington D.C., 2006. pp. 327-364.

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

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

KIRCHHOF, Paul. *Medizin Zwischen Ethik, Recht und Vorbehalt des Möglichen*. In: KERN, Bern-Rüdiger; WADLER, Elmar; SCHROEDER, Klaus-Peter; KATZENMEIER, Christian. *Humaniora: Medizin – Rechte – Geschichte*. Berlin: Springer Verlag, 2006.

KRELL, Andreas. *Realização Dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa)*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n.º 144, out-dez 1999. Pp. 239-260.

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

LEGG, Andrew. *Different Approaches to Deference in International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LEGRAND, Pierre. HACHEM, Daniel Wunder (trad.). *Como Ler o Direito Estrangeiro?* São Paulo: Contracorrente, 2018.

LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of Legal Transplants*. *Journal of European and Comparative Law*, MJ 4, 111, Maastricht, 1997. pp. 111-124.

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

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

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

MCCRUDDEN, Christopher. *Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*. *Oxford Journal Of Legal Studies*, v. 20, n. 4, Oxford University Press, 2013. pp. 500-535.

MEDEIROS, Orione Dantas de. *Direito Constitucional Comparado: breve aspectos epistemológicos*. *Revista de Informação Legislativa*, n. 188, 2010. pp. 313-332.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil*. *Revista de Investigações Constitucionais*, n. 2., v. 6., Curitiba. 2019.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. RIBEIRO, Jamir Calili. Direitos Fundamentais Sociais, Orçamento Público e Reserva do Possível: o dever de progressividade nos gastos públicos. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 16, n.º. 7, jan-abr 2017. Pp. 225-241.

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

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

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

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

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

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

PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PERLINGEIRO, Ricardo. É a Reserva do Possível um Limite à Intervenção Jurisdicional nas Políticas Públicas Sociais?. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 2, set-out 2013. Pp. 163-185.

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

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Restrições à Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Relevância Jurídica da Escassez de Recursos Financeiros. In: HACHEM, Daniel Wunder;

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. *Direito Administrativo e suas Transformações Atuais*. Curitiba: Editora Íthala, 2016. Pp. 117-133.

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

POSNER, Richard. *No Thanks, We Already Have Our Own Law*. Legal Affairs. Publicado em 08/2014. Disponível em https://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp/. Acesso em 08/04/2021.

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

SAJÓ, Andreas. ROSENBERG, Michael. Introduction. In: SAJÓ, Andreas; ROSENBERG, Michael. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SANDRI, Andreas. Il Vorbehalt Des Möglichen Nella Giurisprudenza Delle Corti Tedesche. *Gruppo di Pisa – Dibattito Aperto Sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, Pisa, n. 3, 2012.

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

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

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e ideologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. *Argumentum – Revista de Direito*, Marília, n.º 6, 2006. Pp. 31-46.

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

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

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

SILVA, José Afonso da. *Um Pouco de Direito Constitucional Comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

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

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, 1989. pp. 29-49.

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

TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.

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

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

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

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

ZWEIGERT, Konrad. KÖTZ, Hein. WEIR, Tony (trad.). *An Introduction to Comparative Law*. Ed. 3. Oxford: Oxford Univesity Press, 1998.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: Mínimo Existencial e Demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 193, mar. 2011. Pp. 13-26.