

28 RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL E DIREITO À EDUCAÇÃO

Shayna Akel Militão

Aluna do 6º período do Curso de Direito da UFJF; Integrante do projeto de pesquisa *Direitos fundamentais em função da Dignidade Humana – Estudo em distintos contextos internacionais*, financiado pela UFJF-CNPq, coordenado pela Profª Cláudia Toledo

Cláudia Toledo

Professora Associada da UFJF

(Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria do Direito pela UFMG; Pós-doutorado em Filosofia do Direito pela UFSC; Pós-doutorado em Filosofia do Direito pela Christian-AlbrechtsUniversität zu Kiel, Alemanha)

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial, Reserva do Possível, Direito à Educação.

Os direitos fundamentais sociais são direitos à prestação estatal positiva. Trata-se de um dever de atuação direcionado ao Estado. A Constituição Federal elenca estes direitos em seu texto: “Art.6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição.”(CF/88)

A efetivação dos direitos fundamentais sociais exige que o Estado se organize na alocação de recursos e realização de políticas públicas (destaca-se, neste momento, o que muitos apontam como “custo dos direitos”) sempre com o objetivo de satisfação máxima daqueles direitos subjetivos, em cumprimento do princípio da eficiência, ou seja, a satisfação máxima das necessidades coletivas com a utilização mínima de recursos. Tendo em vista que a Administração Pública deve lidar esta restrição financeira, o que afeta a implementação dos direitos positivos, o “custo do direito” relaciona-se diretamente com a “reserva do possível”, argumento utilizado especialmente pelo Executivo para justificar eventual omissão ou proteção insuficiente/deficiente.

O argumento da reserva do possível foi desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Alemão em decisão denominada *numerusclausus* e trazido para discussão no Brasil pela ADPF45, cujo relator foi o ministro Celso de Mello. No voto, o ministro destacou que o uso deste argumento deve ser rejeitado quando a ação for declaradamente inconstitucional:

“Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”

No Brasil, o uso da reserva do possível é comumente usado em função da disponibilidade financeira do Estado.

Cumprir trazer para a discussão a ideia de Ingo Sarlet (2008), ao apontar uma “dimensão tríplice” da reserva do possível. Esta, para o autor, abrange:

“a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.”

Percebe-se que o autor discrimina a disponibilidade financeira do Estado em duas dimensões, a primeira sendo a disponibilidade fática e a segunda a disponibilidade jurídica enfrentada pelo Poder Público. Com acerto, Sarlet demonstra que a realização das políticas públicas e efetivação dos direitos fundamentais não estão condicionadas apenas à existência de recursos, mas também à possibilidade de utilização destes, de acordo com o planejamento orçamentário.

Destaque-se que resta a cargo da Administração todo o ônus da prova referente ao orçamento público, dada a relação evidentemente mais próxima do objeto probatório

Pode-se dizer, certamente, que Sarlet enriquece a discussão e torna mais clara a aproximação da relação entre os Poderes, o que contribui diretamente para evitar a ingerência do Judiciário no planejamento elaborado conjuntamente pelos demais Poderes. Dá-se ênfase, portanto, à necessária proteção ao princípio formal da Separação dos Poderes. Assim, o administrador possui poder discricionário na elaboração de políticas públicas. Portanto, o uso dos recursos depende do planejamento orçamentário, cuja elaboração é feita pelo Executivo e a aprovação e fiscalização política- cumpre ao Legislativo. Ao Judiciário cabe a fiscalização técnico-jurídica a fim de manter a coerência do ordenamento e o cumprimento dos princípios orçamentários, dando efetividade ao sistema de pesos e contrapesos entre os poderes.

O quadro relacional dos Poderes muda; quando há uma omissão ou ação indevida da administração ao do legislativo, levando à afetação desproporcional de um direito constitucional. Destaca-se que a atuação do Judiciário é amparada pelo princípio formal da inafastabilidade do controle jurisdicional, expresso no art.5º, XXXV da CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, afirmando a posição de garantidor da efetivação dos direitos constitucionais deste Poder.

MÍNIMO EXISTENCIAL

Desenvolvido na Alemanha, o conceito de mínimo consiste no núcleo essencial de direitos fundamentais sociais mínimos para garantir um nível elementar de dignidade humana. Deve ser dada ênfase no fato de que o mínimo existencial faz um recorte dentre os direitos fundamentais, pois somente os sociais o compõem; dentre estes, apenas os direitos fundamentais sociais mínimos; e, por fim, o núcleo essencial desses direitos. O mínimo existencial caracteriza-se, portanto, pela promoção de condições mínimas de uma vida digna – mais complexa do que uma vida biológica, esta compreendida no conceito de mínimo vital – capaz de proporcionar a inserção do indivíduo no contexto social. O mínimo existencial é um direito fundamental prestacional (prestação fática) de satisfação imediata. O seu não-cumprimento não pode ser justificado pelo argumento da reserva do possível.

O conteúdo do mínimo existencial, ou seja, os direitos que o compõem, variam de país para país. Na Alemanha, o mínimo existencial é composto pelos direitos à saúde, educação e moradia. No Brasil, as discussões ainda são insuficientes para esta determinação. Seguindo Toledo (2015), na realidade nacional, os direitos que compõem o mínimo existencial são os direitos à saúde e à educação.

Quanto ao direito à saúde, a determinação do núcleo essencial deve ser analisada no caso concreto, segundo a análise da proporcionalidade. Conforme o art. 196: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”.

Especificamente quanto ao direito à educação, é possível determinar seu núcleo essencial no Brasil, o qual consiste na educação infantil e fundamental. O STF, inclusive, já se manifestou acerca do direito da criança à creche (AI 564.035/SP- decisão na qual o ministro Barroso destaca a educação como direito componente do mínimo existencial).