

# A (IN)Aplicabilidade do Princípio da Reserva do Possível Face à Dignidade da Pessoa Humana.

Tatiana Fernandes da Silva

## RESUMO

O escopo deste estudo é defender a autoaplicabilidade das normas constitucionais programáticas, atinentes à promoção e proteção da dignidade da pessoa humana, frente às atuais discussões acerca do intitulado “princípio da reserva do possível” face ao texto constitucional, correlato com os entendimentos jurisprudenciais vigentes na Corte Suprema Pátria e demais Tribunais, de forma a analisar um aparente conflito de interpretação no campo de atuação do Poder Judiciário, no que concerne à violação do princípio constitucional da separação dos poderes, que se materializa no tocante às decisões por ele proferidas, vez que essas, para serem concretizadas, dependem de aspectos relacionados ao orçamento e disponibilidade de erário público, o que para alguns caracteriza ingerência direta do Judiciário no Poder discricionário do Executivo de bem dispor do orçamento tendo como parâmetro as políticas públicas. Nessa perspectiva, tentar-se-á levantar as principais questões relacionadas com a preponderância dos direitos sociais – ligados à garantia da dignidade humana – face ao caráter secundário das normas orçamentárias.

**Palavras-Chaves:** Inaplicabilidade, reserva do possível, dignidade humana, orçamento.

## 1 Introdução

O contexto atual da humanidade remete o jurista à busca de institutos e meios capazes de assegurar uma vida digna ao homem na qual se vejam assegurados os direitos e as garantias fundamentais. E, para isso, se deve ter como escopo o fiel cumprimento das normas constitucionais que primam pela promoção e proteção da dignidade humana. Esse é um dos princípios fundamentais proclamados expressamente pelo legislador constituinte originário que o dispôs logo no 1º artigo, inciso III, da Lei Maior Brasileira. Nesse sentido, faz-se necessária a análise da garantia da dignidade humana, pois esse princípio fundamental representa a própria proteção à vida, que é intrínseco à própria existência humana. Ela, por sua natureza, possui preponderância perante os demais direitos, já que eles se correlacionam com aquele para que produzam qualquer tipo de efeito.

A dignidade humana se conceitua na própria existência humana, sua essência é a vida humana. Não basta se garantir o direito à vida, o mínimo vital, é preciso garantir, sim, o direito a uma vida digna. Porquanto, um homem vivo, sem dignidade, equipara-se a um corpo sem alma. Por isso que as normas garantidoras da dignidade humana estão expressamente dispostas na Carta Magna Brasileira de forma bastante esparsa. Cabe, assim, aos operadores do direito e a todo arcabouço do Poder Público à aplicação e promoção dessas normas.

Em que pese questões orçamentárias envolverem-se diretamente com a concretização dos direitos que promovem a dignidade humana, essa não pode ser negligenciada em detrimento da inoperância do Estado, frente à garantia dos direitos sociais, sob o fundamento da “reserva do possível” ou “limite de orçamento”, posto que bem longe está o tempo em que não se falará em “escassez” de recursos por parte do Poder Público. Logo, não é razoável que o direito ao mínimo existencial digno fique condicionado a uma situação – quase utópica – de “caixa cheio” por parte do Estado. É, nesse contexto, que seguirá o presente estudo.

## 2. Dignidade (da pessoa) Humana, lineamento histórico.

Faz-se necessário abordar, mesmo que de forma geral, os antecedentes históricos, visto que, mesmo para as questões afetas à dignidade da pessoa humana, deve-se aplicar a lição trazida por Bernard Edelman<sup>1</sup> na qual ele traz que: “qualquer conceito (inclusive jurídico) possui uma história, que necessita ser retomada e reconstruída, para que se possa rastrear a evolução da simples palavra para o conceito e assim apreender o seu sentido”. (apud Ingo Sarlet, 2010, p.33)

Destaque-se, por oportuno, que a pretensão aqui seja apenas a de contextualizar historicamente esse instituto, desde os pensamentos filosóficos aos tempos atuais, sem, entretanto, trazer detalhadamente todo desenvolvimento conceitual da noção de dignidade da pessoa humana.

Assim, inicia-se pelo pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, em que a concepção de dignidade estava diretamente pautada na posição social em que o indivíduo se encontrava, merecendo menção a ideia de quantificação da dignidade, em que se admitia a existência de pessoas mais ou menos dignas. Em contrapartida, o estoicismo<sup>2</sup> trouxe a noção de que a dignidade está ligada à noção de liberdade pessoal de cada indivíduo, conforme sua natureza racional, trazendo uma espécie de unidade substancial entre os seres humanos. Sendo esses unidos pela sua moral e por sua dignidade, já que todos eram considerados filho de Zeus e possuidores de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as diversas diferenças individuais e coletivas.

Para o filósofo romano Marco Túlio Cícero<sup>3</sup> é o direito natural que orienta o homem a considerar os interesses de seus semelhantes, pelo fato de serem iguais. O que demonstra que a noção de dignidade, para esse Filósofo, se correlacionava com a pretensão de respeito e consideração a que cada ser humano faria jus. Dessa forma, no pensamento greco-romano, a dignidade era vista com duplo significado: ora figura como dote (dádiva); ora, como conquista, que seria uma espécie de dignidade adquirida por esforço social<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>CFr. B. Edelman, “*La Dignité de lapersonnehumaine, um concept nouveau*”, in: M. L. Pavia et T. Revett (Dir.) *La Dignité de La Personne*, p. 25.

<sup>2</sup> Ver F. Konder Comparato, *A afirmação histórica dos Direitos humanos*, 2006, p.16.

<sup>3</sup> Ver Ingo Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2010, p.35.

<sup>4</sup> Idem. p. 35.

Já para o cristianismo, os seres humanos possuem dignidade em virtude de serem à imagem e a semelhança do criador, que é Deus, tendo como fundamento as noções trazidas pela Igreja Católica, na concepção de Tomás de Aquino. Após esse período inicial da Idade Média, restou afirmada a noção de que a dignidade possuía fundamentos nas circunstâncias de que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas com a capacidade de se autodeterminar, condição inerente à natureza humana, da qual deriva a própria dignidade<sup>5</sup>.

Thomas Hobbes<sup>6</sup> retroage ao período clássico em sua concepção, tendo como parâmetro conceitual o de que referencial de dignidade está correlato ao valor do indivíduo no contexto social.

Em contraposição à Hobbes, está Samuel Pufendorf<sup>7</sup>. Ele traz a noção de que dignidade não está pautada em nenhuma qualidade natural do homem, e muito menos por qualquer condição social de que desfrute. Também diz que não o é também concessão divina, como dispõe a tradição cristã. Para ele, a dignidade está ligada ao direito de liberdade de escolha que somente o ser humano possui, na qual norteia seu agir, conforme seu entendimento. Assim, ele a vincula ao conceito de moral, visto que ambas são inerentes ao homem.

Kant continua a ideia de Pufendorf, posto que sua concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano. Para Kant essa autonomia de vontade é definida

como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se nos fundamentos da dignidade da pessoa humana.

No reino dos fins, tudo tem um preço, ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outro equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço e, portanto, não permite equivalente, então, tem ela dignidade<sup>8</sup>.

E é com base no conceito trazido por Kant que as doutrinas atuais se identificam e buscam fundamentação do conceito de dignidade da pessoa humana. O que não afasta a hipótese de novas teses, ou que ajustes possam ser feitos a essa atual concepção.

Assim, a concepção contemporânea, no que tange à dignidade da pessoa humana, ocupa lugar privilegiado. Os Estados que se consideram Democráticos de Direito não podem deixar de consagrar, em suas Cartas Constitucionais, o Princípio da Dignidade da pessoa humana, por ele ser intrínseco à própria existência humana, independentemente, de qualquer condição ou circunstância, conforme demonstração sumária aqui traçada.

---

<sup>5</sup> Idem, p. 37

<sup>6</sup> HOBBS, Leviantã, capítulo X, p. 54 - Apud Ingo Sarlet, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, 2010, p.39.

<sup>7</sup> Apud Ingo Sarlet, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, 2010, p.39.

<sup>8</sup> KANT, Fundamentos da Metafísica dos Costumes, p. 68 e 76, apud Lúcia Barros Freitas de Alvarenga, Direitos Humanos, Dignidade e Erradicação da Pobreza, 1998, p.135.

### 3 A Dignidade da Pessoa Humana no Contexto Jurídico Constitucional.

A existência e a amplitude da dignidade humana independem de qualquer reconhecimento pelo Direito<sup>9</sup>. Entretanto, ele exerce um papel fundamental, no que tange a sua proteção e promoção. Assim, faz necessária uma conceituação jurídica para melhor aplicabilidade aos casos gerais e abstratos, pois a *práxis* constitucional exige um conceito menos vago e mais concreto, com o intuito de evitar resultados conflitantes e díspares, quando da sua aplicação.

Apesar de não haver um consenso a respeito do conceito propriamente dito da dignidade humana, é importante salientar os ensinamentos de José Afonso da Silva<sup>10</sup> (apud Ingo Sarlet, 2010):

como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir – no sentido aqui acolhido – atributo intrínseco da pessoa humana (mas não propriamente inerente á sua natureza, como se fosse atributo físico!) e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo aquelas que cometem ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração.

Com base no exposto por José de Afonso, a dignidade é atributo da pessoa humana, e esse atributo independe de qualquer condição ou atitude que tal pessoa possa ter. Isso demonstra o seu caráter quase que absoluto, posto que mesmo o pior dos seres humanos a detém. Ratifica-se, dessa forma, a ideia de que não é a norma positivada que constituirá tal garantia, ela apenas a declarará e garantirá seu pleno respeito.

E, para finalizar a proposta de conceituar dignidade humana, convém registrar o conceito dado por Ingo Sarlet<sup>11</sup>. Sua conceituação possui uma ampla abrangência, bem como um aspecto bastante contemporâneo. Assim ele expõe:

temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distinta reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aso demais seres que integram a rede da vida.

<sup>9</sup> SILVA, José de Afonso, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, vol. 2, 1998, p.91.apud Ingo Sarlet, 2010.

<sup>10</sup> SILVA, José de Afonso, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, vol. 2, 1998, p.89-94.apud Ingo Sarlet, 2010.

<sup>11</sup> Em SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, 2010, p.73.

Pode-se inferir da conceituação de Sarlet a existência de uma relação direta entre a garantia da dignidade humana e os direitos fundamentais. Direitos esses garantidos, em regra, no ordenamento jurídico constitucional. Contudo, esse pensamento é bastante recente, posto que a positivação do princípio da dignidade humana foi iniciada em meados do séc. XX, após o advento da Segunda Guerra Mundial, dando maior ênfase à Declaração Universal da ONU de 1948<sup>12</sup>. Obteve assim seu reconhecimento de maneira taxativa nas Constituições, inclusive na Constituição Federal de 1988.

Na mesma trilha das Cartas Constitucionais Européias, seguiu a Constituição Brasileira de 1988 (artigo 1º, inciso III)<sup>13</sup>, quando consagrou como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana. O ponto decisivo desse dispositivo foi o tratamento dado a ele pelo legislador constituinte originário, vez que a dignidade humana foi expressamente proclamada por princípio fundamental da Lei Maior vigente. Não se pode deixar de colocar o que dispõe Robert Alexy<sup>14</sup> acerca do alcance normativo de um princípio constitucional, *in verbis*:

O ponto decisivo na distinção entre regras e *princípios* é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Como se pode observar, o princípio da dignidade humana, ora cristalizado, na norma constitucional, sob o crivo conceitual de Robert Alexy, perfaz a tese de que esse princípio tornou-se exigível aos casos concretos, passando de uma norma abstrata à norma dotada de eficácia jurídica e social<sup>15</sup>. É, nesse contexto, que surge sua efetiva promoção e proteção pela práxis constitucional, por intermédio de todos os órgãos estatais, em suas três esferas de poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, na medida de suas competências e atribuições constitucionais. Dessa forma, a visão contemporânea de garantia desse princípio repousa no entendimento de que a existência do Estado é condicionada à existência humana, e não o contrário, consoante dispõe Jorge Reis Novais (apud Ingo Sarlet, 2010, p.80):

no momento em que a dignidade é guinada á condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para garantia e

<sup>12</sup> Idem, p.76.

<sup>13</sup> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...) III- a dignidade da pessoa humana;

<sup>14</sup> ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais -Tradução Virgílio Afonso da Silva – 2008, p.90.

<sup>15</sup> No que tange a eficácia jurídica das normas, faz-se necessário trazer o que dispõe de Ana Paula de Barcellos (apud PIOVESAN, 2010, p.426): “ a modalidade de eficácia jurídica simétrica descreve a perfeita identificação entre os efeitos desejados pela norma jurídica e a eficácia jurídica que lhe é reconhecida, na mesma imagem de dois triângulos simétricos opostos”

promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas.

Essa exegese é necessária em virtude de o Estado ser o maior garantidor da dignidade humana. Ele existe em razão da própria existência humana e não o contrário<sup>16</sup>, como muito se percebe nas diversas ações estatais. Essa premissa deve estar cristalizada nas ações do Estado, sob o risco de se confundir, na essência, quem depende de quem. Na verdade, o que efetivamente deve prevalecer é o conceito de coexistência mútua, já que um depende do outro para existir. E ambos devem trabalhar para alcançar o bem estar de todos – a aclamada paz e justiça social.

Contudo, é importante ressaltar a atuação dos órgãos jurisdicionais. Eles são instrumentos concretos de garantia desse princípio/fundamento, num contexto geral e individual, já que a dignidade se relaciona com a pessoa humana no âmbito coletivo ou individualmente. O que faz com que o Poder Judiciário pátrio assumira uma posição garantidora ainda maior que os demais Poderes, em virtude de suas atribuições, previstas constitucionalmente, vez que a atuação jurisdicional, no que se refere aos casos fáticos, traz o sentido, a concretização da própria norma. Nesse contexto, bem expõe Gomes Canotilho nas seguintes palavras:

A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do enunciado) para uma norma completa – norma jurídica – que, por sua vez, será apenas um resultado final da concretização. Essa concretização normativa é, pois, um trabalho técnico-jurídico: é, no fundo, o lado “técnico” do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma: é, sim, a construção de uma norma jurídica. (Canotilho apud PIOVESAN, 2010, p.411).

Assim, não há que se falar em “ativismo judicial” ou qualquer outro termo que desaprove ou não concorde, com o intuito de limitar a atuação jurisdicional pátria no que concerne à promoção e proteção da dignidade humana, tendo como fundamento a violação do princípio constitucional de separação dos poderes. Vez que todo o Poder Público deve ser comprometer com a garantia de uma dignidade mínima para com seus cidadãos.

#### **4 A (IN)Aplicabilidade do Princípio da Reserva do Possível Face à Dignidade Humana.**

Com o advento da Constituição Brasileira de 1988 iniciaram-se severas discussões acerca da efetivação das normas constitucionais programáticas, posto que tais normas não abarcavam apenas caráter principiológico, como também de plena realização dos objetivos ali previstos. Nesse contexto, faz-se necessária uma melhor análise no que concerne à dimensão dos direitos e garantias fundamentais, vez que essa dimensão é dúplice na concepção de Luciano Timm, pois para o autor, esses direitos possuem eficácia de defesa, como também de prestação. Em que, os direitos de defesa constituem um direito negativo, em que o Estado não deve agir – por exemplo, o direito a não intervenção à liberdade pessoal. Já os direitos

<sup>16</sup> Conceito extraído de A. Bleckman, Staatsrech II – Die Grundrechte, p.539, apud SARLET, Ingo Wolfgang, 2010, p.80.

prestacionais, se apresentam com uma necessidade de ação por parte estatal – dentre eles o direito a saúde, trabalho, assistência social, dentre outros – e sua concretização dependerá de uma atitude concreta por parte do poder público<sup>17</sup>. E, caso essa ação estatal não ocorra, esse direito é perfeitamente exigível na via judicial, por tratar de direito subjetivo definitivo a prestações. Nessa análise de aplicabilidade das normas programáticas e prestacionais na seara constitucional, correto é o entendimento do Min. Celso de Mello, que afirma no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 393.175-0<sup>18</sup>:

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao d presente causa (Pet 1246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito a vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõe ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

O que se vislumbra nesse julgado é a prevalência da tese de aplicabilidade das normas constitucionais programáticas, o que impõe ao poder público a sua garantia a todo custo, quando concernente aos direitos fundamentais prestacionais, e conseqüentemente, quando se estiver em pauta a dignidade humana do indivíduo que a pleiteia de maneira satisfativa.

Superada a fase de eficácia das normas programáticas constitucionais, surge uma nova discussão nas doutrinas e jurisprudências brasileiras, como também no direito comparado, no sentido de dar eficácia a essa prestação, quando da inoperância estatal, já que tal prestação tem um custo orçamentário, logo, necessita de disposição de recursos financeiros para sua concretização. E é justamente nesse ponto que surgiu a doutrina intitulada de “Reserva do Possível” ou “Limite de Orçamento”, em que o significado técnico é: “todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral”<sup>19</sup>.

São latentes as discussões no Brasil acerca da reserva do possível, e os debates seguem várias vertentes. Entretanto, tal princípio tomou *status* jurídico a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, no qual registrou-se como “reserva do possível”. Não obstante existirem poucos direitos sociais de prestação na Lei Fundamental Alemã (LFA) de 1949, dentre eles estão consagrados os que se referem à proteção da maternidade e dos filhos e à atuação ativa do Estado com o intuito de equilibrar as desigualdades existentes, no tange à proteção das mulheres e dos portadores de necessidades especiais. Isso foi resultado de discussões acerca da garantia do mínimo indispensável a uma vida digna, pelo próprio poder constituinte, o que a incorporou na LFA, gerando aprimoramento pela doutrina

<sup>17</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?, 2010, p.51.

<sup>18</sup> STF – 2ª Turma. Agte. Estado do Rio Grande do Sul. Agdos. Luiz Marcelo Dias e Outros, 12 de dezembro de 2006.

<sup>19</sup> Ver Fernando FacuryScaff, Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível, 2010, p151.

e também pela *práxis* legislativa, pela administração e também pela jurisprudência<sup>20</sup>. Com efeito, o primeiro jurista alemão que sustentou sua decisão de garantir o direito subjetivo de se prover recursos para o mínimo de existência digna foi o publicista Otto Bachof, que no início da década de 1950, veio a considerar que o princípio da dignidade humana, prolatado no artigo 1º da Lei Fundamental da Alemanha não reclamaria apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada<sup>21</sup>.

Decorridas cerca de duas décadas dessa decisão, entrou em cena o Tribunal Constitucional Federal que consagrou o direito fundamental a garantia a condições mínimas para uma existência digna. Então, a Corte decidiu que a limitação de vagas é inconstitucional, vez que estava presente uma limitação fática, condicionada pela “reserva do possível”, no sentido do que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado, em primeira linha, pelo legislador, em sua própria responsabilidade. Ele deve entender, que, na administração do orçamento também há outros interesses da coletividade, considerando as exigências da harmonização econômica geral<sup>22</sup>.

Assim, conforme discorrido, o princípio da “reserva do possível” teve sua origem no Direito Alemão, direito esse que contribuiu e continua contribuindo para uma melhor discussão do Direito em sentido lato, bem como dos direitos sociais. Contudo, mesmo sendo bastante debatido, já na doutrina e jurisprudência pátrias, esse conceito não é por todos aceito, como bem pondera Vicente de Paulo Barreto<sup>23</sup>, que aduz:

A ideia de reserva do possível está ancorada em “três falácias” criadas pelo pensamento neoliberal: i) os direitos sociais são direitos de segunda ordem, ou seja, de segunda importância; ii) os direitos sociais decorrem de uma economia forte, o que excluiria os países de desenvolvimento tardio e iii) que o custo é inerente a todos os direitos, ou seja, negar a efetividade pelo argumento do custo é negar a própria essência do Estado Democrático de Direito.

Numa análise mais detida a essa formulação dada por Barreto, pode aparentar, num primeiro momento, um tanto áspera. Entretanto, ela deve ser bastante considerada, haja mister se tratar de direitos inerentes à dignidade humana, consagrados no texto constitucional. Assim, a sua concessão não comporta uma análise apenas sob o prisma de “custo”, como se a questão orçamentária precedesse às questões sociais, posto que tal decisão deve se respaldar nos grandes pilares da República Federativa do Brasil, que são a promoção de uma existência digna a seus cidadãos, para só assim, constituir-se como Estado Democrático de Direito, como se autointitula.

<sup>20</sup> Ver Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchiner Figueiredo, Reserva do Possível, mínimo existência e direito a saúde: algumas aproximações, 2010, p. 20.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> Ver Fernando FacuryScaff, Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível, 2010, p. 151.

<sup>23</sup> BARRETO, Vicente de Paulo, Reflexões sobre os direitos sociais, apud Paulo Caliendo, Reserva do Possível, direitos fundamentais e tributação, 2010, p. 180.

Nesse mister, há uma grande divergência doutrinária quanto à legalidade de avocar a reserva do possível como óbice para não satisfazer os direitos sociais que garantam uma vida digna. Contudo, há uma grande maioria que entende não ser aplicável a reserva do possível, quando essa se contrapuser a uma dignidade humana ou um mínimo existencial digno. Dentre eles Andreas J. KREL<sup>24</sup>, para quem a admissão do princípio da reserva do possível num país como o Brasil é beirar pela relativização de direitos considerados, até então, invioláveis. Assim ele adverte:

A resposta coerente na base da principiologia da Carta de 1988 seria: tratar todos! E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a “ponderações” perigosas e anti-humanistas do tipo “por que gastar dinheiro com doenças incuráveis ou terminais”, etc.  
(...) Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficiência a zero, a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os serem considerados “direito de segunda categoria”

Não se busca aqui abolir a Lei Orçamentária. Não é isso. O que se deseja é a ponderação desta em relação ao mínimo de existência digna e lhe atribuir uma aplicação secundária, quando esse conflitar com aquela. Assim, a questão “custo” deve ser encarada como secundária à dignidade humana. E quando essa for pleiteada em virtude da inoperância do Estado, ensejando uma demanda judicial, há que se considerar, nessa situação fática, a questão da competência, e não do custo<sup>25</sup>.

Desta forma, exaure-se tal discussão acerca da competência do Poder Judiciário, e dispõe a questão custo, como, efetivamente, secundária, no plano da efetividade dos direitos atinentes à dignidade humana, há um mínimo existencial digno. Como bem dispõe Leandro Zanitelli<sup>26</sup>:

Um risco criado pela doutrina da reserva do possível é precisamente o de fazer com que isso seja esquecido: a atenção dada aos custos dos direitos traz consigo o perigo de que toda ação baseada em direitos fundamentais seja encarada como um problema de custos, para a solução do que se tenha de avaliar unicamente a importância do pedido, a quantidade de recursos necessários ao seu atendimento e as outras demandas que poderiam ser satisfeitas com os mesmos recursos. Apesar de os custos não poderem ser esquecidos, essa maneira de ver as coisas é falha porque ignora a questão das competências, a ser enfrentada em primeiro lugar. Antes, pois, de perguntar se o Estado “pode pagar”, o Poder Judiciário tem

<sup>24</sup> KREL, Andreas J., Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”, apud Leandro Martins Zanitelli, 2010, p. 188-189.

<sup>25</sup> Idéia perfeitamente trabalhada nos escritos de ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível, Brasil, 2010, p. 187-193

<sup>26</sup>ZANITELLI, Leandro Martins, 2010, p. 192.

de determinar se é sua, ou exclusivamente do legislador, a atribuição de considerar custos para a realização do direito invocado.

Desta feita, a concretização dos direitos sociais que buscam garantir uma vida digna, depende precipuamente de políticas públicas. Isso é fato e sabido por todos, no entanto, não é exclusivamente dependente dessa, posto que nem sempre o Estado age de forma a garantir o mínimo existência vital, quiçá uma vida digna. Nesse contexto, as demandas que chegam nos judiciários brasileiros possuem relação direta com a falta de políticas pública em determinados segmentos, e, quando existem, atingem um número insignificante de pessoas, o que também não resolve o problema em questão.

E valioso que se utilize de um espaço nesse trabalho para se tentar definir o que vêm a ser políticas públicas, e se elas possuem relação direta com as normas constitucionais e a dignidade humana. Para Maria Paula Dallari Bucci<sup>27</sup>, políticas públicas possuem o condão de indicar de forma mais abrangente a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Com efeito, trata-se de uma conceituação bastante ampla, o que não poderia ser diferente, posto que são as políticas públicas que orientam – ou deveriam orientar – a atuação estatal, no sentido de garantir uma vida digna a todos os indivíduos que dele fazem parte, e, assim, perseguir as finalidades trazidas como maiores das normas constitucionais e também almejadas pela própria sociedade em geral.

Estabelecida essa premissa – de que políticas públicas são os meios de se garantir o cumprimento das normas fundamentais da constituição – registre-se a brilhante relação feita por Ana Paula de Barcellos<sup>28</sup> entre os vários elementos que envolvem as políticas públicas e as normas constitucionais, *in verbis*:

(i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo, em certa medida; (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos.

Ressalte-se que as políticas públicas exigem uma ação do poder estatal e essa ação é ordenada pela Constituição, e ainda, de forma expressa e bem delineada. Demonstra-se, assim, que o Estado tem o dever de agir, vez que a sua omissão constitui uma ofensa direta as normas constitucionais, no que tange suas finalidades máximas. E é contra esse ato que, em regra, o judiciário é invocado a atuar positivamente, no sentido de garantir o mínimo de

<sup>27</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari, As políticas públicas e o direito administrativo, Revista Trimestral de Direito Público 13:135/6, 1996. Apud BARCELLOS, Ana Paula de, Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, 2010, p. 102.

<sup>28</sup> BARCELLOS, Ana Paula de, Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, 2010, p. 106.

dignidade aos que lhe suplicam tal direito, visto que não podemos nos furtar do próprio conceito de dignidade ora traçado, que remonta à própria existência humana.

A despeito do que se acaba de se registrar, não deve utilizar-se do panorama sócio-econômico atual do País, em que o acesso a esses direitos está cada dia mais precário, com a inescusável tentativa de justificar a relativização dos direitos sociais, no contexto geral de garantia do mínimo existencial digno. Posto que, isso, sim, seria equivalente à abolição dos próprios direitos sociais de maneira indireta, o que causaria violação frontal ao princípio de não-extinção, de que são revestidas as normas constituídas como *pétreas* pelo legislador constituinte originário. Por conseguinte, ensejando uma violação à própria Carta Magna Brasileira, também intitulada Constituição Cidadã.

Outro aspecto que deve ser avaliado é de que, para que a democracia funcione e se estabeleça de maneira plena, é imprescindível que os personagens que dela participam tenham uma fruição de uma vida minimamente digna, posto que a essência da democracia repousa na troca, no diálogo. Caso um dos sujeitos dessa relação não disponha de meios para expor suas vontades, suas aspirações – dentro dos benefícios que a democracia dispõe – há que se concluir que essa democracia estaria seriamente comprometida. A respeito dessa reflexão bem expõe Ana Paula de Barcellos<sup>29</sup>, que traz a seguinte formulação:

tornou-se corrente a afirmação de que o gozo minimamente adequado dos direitos fundamentais, ou de pelo menos, alguns deles, é indispensável para o funcionamento regular da democracia e, especificamente, para a existência do próprio controle social das políticas públicas. Isto é: ainda que não se quisesse reconhecer um valor autônomo a tais direitos e a sua proteção, ao menos será preciso assumir dois axiomas para que as pessoas possam participar do procedimento de deliberação, reconhecer que todos os indivíduos são livres e iguais. Sem o respeito a um conjunto básico de direitos fundamentais, os indivíduos simplesmente não tem condições de exercer sua liberdade, de participar conscientemente do processo político democrático e do diálogo no espaço público. Em outras palavras: o sistema de diálogo democrático não tem como funcionar adequadamente se os indivíduos não dispõem de condições básicas de existência digna.

Como bem demonstrou a autora, a não garantia da dignidade humana resulta na mutilação de sua cidadania, posto que uma pessoa que não possui, como disse a autora, “condições mínimas de existência digna” não consegue se ater aos seus demais direitos, senão os que lhe mantenham viva. Isso faz com que seus direitos políticos fiquem em um segundo ou terceiro plano, o que refletindo no enfraquecimento da democracia pátria.

É preciso frisar que a ação dos aplicadores do direito – em especial o Poder Judiciário – é chamada “pejorativamente” por muitas doutrinas de “judicialização” ou “ativismo judicial”, que, em contrapartida, se configura como uma espécie de atuação benéfica e bastante ousada por parte do Poder Judiciário pátrio, uma vez que ele atua de maneira coerente e na

---

<sup>29</sup> Ana Paula Barcellos, *Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*, 2010, p.108.

medida do necessário, face à inoperância do Estado, que nem sempre se atém aos princípios constitucionais da moralidade e eficiência, o que resulta em uma problemática ainda maior que é a questão da corrupção, situação que somente retarda ou impossibilita a efetividade das políticas públicas, em especial no que tange à proteção dos direitos sociais. Isso remonta a idéia de maior controle e fiscalização por parte do próprio Poder Público – e toda sociedade, é claro! - no sentido de impedir ou dificultar tais atos que atentam contra a dignidade humana num sentido lato. Assim, a inexistência de controle na administração das verbas públicas facilita a prática de atos ilícitos – corrupção. A inibição desses fatores reduziria em muito os efeitos da reserva do possível, face à garantia da dignidade humana, já que se “reservariam” mais recursos para os projetos sociais, e assim, menos invocação desse princípio por parte estatal, já que as necessidades dos indivíduos seriam melhores trabalhadas pelo Poder Público.

Por derradeiro, é importante trazer um dos julgados do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que vem se pronunciando em consonância com o entendimento da Suprema Corte Pátria, no que concerne a inaplicabilidade do princípio da reserva do possível face às demandas que buscam a garantia do mínimo existencial digno. Como bem dispôs no julgado abaixo:

**MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR. LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE IMPETRADA. REALIZAÇÃO DE EXAMES. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL.CONTRAPOSIÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL. DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADAS. POLÍTICAS PÚBLICAS. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE.**  
Tendo por base a garantia do mínimo existencial, tem-se admitido o controle judicial de políticas públicas, a fim de impedir que haja desrespeito aos preceitos constitucionais. Assim, sendo **o direito à saúde uma garantia constitucional prevalente**, deve o Estado primar pelas políticas públicas necessárias à eficiência do serviço de saúde no país, **não servindo de justificativa para que a Administração deixe de atender aos comandos constitucionais a alegação de incidência do princípio da reserva do possível, o qual serve somente de justificativa para que o Estado estabeleça prioridades injustificáveis.**  
(20100020151319MSG, Relator NATANAEL CAETANO, Conselho Especial, julgado em 18/01/2011, DJ 27/01/2011 p. 50)(grifo nosso)

É importante ressaltar que a decisão acima foi proferida e publicada no corrente ano, final do mês de janeiro de 2011, o que demonstra que o entendimento hoje prevalecente é o de que o princípio da reserva do possível não pode ser alegado para justificar a ineficácia ou inoperância do Estado. No que tange a efetivação das normas programáticas constitucionais, bem como a garantia da dignidade humana em todos os seus aspectos, sejam eles na área da educação, da saúde e de todos os meios adequados e suficientes para se promover um mínimo existencial digno para toda coletividade, por ser este um direito intrínseco da própria existência humana.

## 5 Considerações Finais

Nesse contexto, por todo exposto, se reforça a ideia de que a dignidade humana deve ser considerada como prioridade “zero” pelo Poder Público. Inclusive, perante questões de custo, orçamento, recurso, reserva do possível, ou qualquer outro instituto que queira lhe conferir caráter secundário ou subsidiário. Vislumbra-se aqui demonstrar a premente necessidade de se valorizar a sua natureza de efetividade no âmbito da *práxis* constitucional. Com efeito, ressalta-se que essa questão preconiza que não se trata aqui de caridade Estatal, e sim direitos garantidos pela própria Constituição pátria, no que tange à própria defesa do Estado Democrático de Direito. O Poder Público possui a incumbência de bem direcionar os bilhões de reais recebidos por ano de seus cidadãos para que os divida de maneira solidária e humanitária, com o objetivo maior de se alcançar os resultados com a maior eficiência possível e preconizar a busca por uma sociedade cada vez mais livre, mais justa.

E, para isso, faz-se necessária a colaboração de todos, do Estado em todas as suas esferas de atuação, bem como toda sociedade civil, para que essas ações possam ser efetivamente concretizadas e por diversos meios, dentre eles as imensuráveis contribuições dos manuscritos doutrinários, por intermédio de ações privadas, da atuação arrojada do Judiciário pátrio, que priorizam a busca pelo bem estar social tão almejado por tantos indivíduos, em contrapartida, tão distante de suas realidades, dos seus cotidianos. E é essa justiça social que o Direito deve buscar e procurar garantir. Caberá a toda sociedade o deve exigi-la, com o intuito verdadeiro de se manter o Estado Social Democrático de Direito, em que a República Federativa do Brasil se fundamenta e se constrói dia após dia.

## REFERÊNCIAS

**ALEXY**, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais – Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

**ALVARENGA**, Lúcia Barros de Freitas. Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza. Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 1998.

**AZAMBUJA**, Darcy. Teoria Geral do Estado. 42ª Ed. São Paulo: Globo, 2002.

**BARCELLOS**, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.p.101-132.

**BONAVIDES**, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

**BRASIL**, Constituição Federal de 1988.

**CALIENDO**, Paulo. Reserva do Possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.p.175-186

**COMPARATO**, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos DIREITOS HUMANOS. 4ª Ed. São

Paulo: Saraiva, 2006.

**DALLARI**, Dalmo de Abreu Dallari. Elementos de Teoria Geral do Estado. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

**MENDES**, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires e Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008

**MORAES**, Alexandre. Direito Constitucional. 20ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

**PIOVESAN**, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

**ROCHA**, Zélia Maia da. A Reforma do Judiciário: Uma avaliação jurídica e política. São Paulo: Saraiva, 2005.

**SARLET**, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

**SARLET**, Ingo Wolfgang e TIM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

**SARLET**, Ingo Wolfgang; **FIGUEIREDO**, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos Fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.p.13-50.

**SCAFF**, Fernando Facury. Sentenças Aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.p.133-153.

**TEIXEIRA**, J. H. Meirelles. Curso de Direito Constitucional. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária Ltda, 1991.

**ZANITELLI**, Leandro Martins. Custos ou Competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.p.187-192.