

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

FACULDADE DE DIREITO

**DA OMISSÃO DO ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO E O
PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Ana Patrícia Pereira de Freitas

NATAL-RN

2013

ANA PATRÍCIA PEREIRA DE FREITAS

**DA OMISSÃO DO ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO E O
PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, desenvolvido sob a orientação da Prof^o. Esp. Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon.

Natal-RN

2013

**Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

Freitas, Ana Patrícia Pereira de

Da omissão do estado de direito brasileiro e o princípio da reserva do possível. / Ana Patrícia Pereira de Freitas. – Natal, RN, 2013.

71f.

Orientador(a): Prof^o. Esp. Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon

Monografia (Bacharel). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Campus de Natal. Faculdade de Direito.

1. Direitos fundamentais. 2. Princípio da reserva do possível. 3. Princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Direitos fundamentais sociais. I. Chacon, Paulo Eduardo de Figueiredo. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

UERN/BC

CDD 342.085

ANA PATRÍCIA PEREIRA DE FREITAS

**DA OMISSÃO DO ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO E O
PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Esp. Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof. Esp. Bruno José Souza de Azevedo
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof. Esp. Eduardo Cunha Alves de Sena
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

DATA DA APROVAÇÃO: ____ / ____ / ____

**Á minha mãe Venina (in memorian)
uma grande mulher, toda a minha
gratidão e enorme saudade,
dedico esse trabalho.**

AGRADECIMENTOS

A Deus, o que seria de mim sem a fé que eu tenho nele.

Aos meus pais, irmãos, minha tia e a toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

Ao professor Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon. pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

A todos os professores do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia.

Aos amigos e colegas, pelo incentivo e pelo apoio constantes.

RESUMO

Neste trabalho visamos discutir a relativização do Princípio da Reserva do Possível diante da importância indiscutível do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, com vistas a atender às necessidades mais prementes de membros da sociedade, os quais estejam em situação na qual precisem de alguma assistência financeira estatal. Esse cenário diz respeito a direitos fundamentais de segunda geração, quais sejam direitos que requeiram uma prestação positiva do Estado para que sejam efetivamente tutelados e concretizados, tendo sua importância confrontada com uma limitação orçamentária estatal. Desse contexto, nasce o conceito de mínimo existencial, que representa as condições fundamentais das quais o ser humano necessita para ter uma existência humana digna. A partir disso, realizamos um estudo acerca do alcance dos efeitos dos postulados do Princípio da Reserva do Possível quando este não leva em consideração a ideia veiculada através do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual encontra recepção na Constituição Federal Brasileira.

Palavras-chave: princípio da reserva do possível, mínimo existencial, princípio da dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais sociais.

ABSTRACT

In this work we aim to discuss the Under Reserve of the Possibilities Clause against the unquestionable importance of the Principle of Human Dignity, in order to meet the most pressing needs of members of society, who are in a situation in which need some financial assistance state. This scenario relates to the fundamental rights of the second generation, which are rights that require positive performance of the State in order to be effectively protected and achieved, and its importance faced with a budget constraint State. This context was born the concept of existential minimum, representing the fundamental conditions of which the human being needs to have an existence worthy. From that, we conducted a study about the effects of the postulates of the Under Reserve of the Possibilities Clause when it does not take into consideration the idea conveyed through the Principle of Human Dignity, which is receiving the Brazilian Constitution.

Keywords: under reserve of the possibilities clause, minimum existential, principle of human dignity, fundamental social rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. O ESTADO.....	11
1.1. Considerações Iniciais	11
1.2. A Sociedade e o surgimento do Estado	11
1.3. A origem e evolução do Estado	16
1.4. Finalidade e competência do Estado	21
1.5. Estado e Direito.....	23
2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
2.1. Evolução histórica dos direitos fundamentais	27
2.2. Classes de direitos fundamentais	31
2.3. Direitos fundamentais sociais.....	33
2.4. Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	34
3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E MÍNIMO EXISTENCIAL	38
3.1. Considerações Gerais.....	38
3.2. Dignidade da pessoa humana e sua previsão legal na Constituição Federal de 1988.....	38
3.3. Mínimo Existencial e Direitos Sociais.....	45
4. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL VERSUS DIREITOS FUNDAMENTAIS	53
4.1. Princípio da Reserva do Possível e orçamento estatal	53
4.2. Recepção da cláusula da reserva do possível no direito brasileiro.....	55
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS.....	68

INTRODUÇÃO

O Estado de Direito existe com a missão de oferecer à sociedade, que a ele está associada, uma forma de organização em que o governo desta, que funciona de acordo com um ordenamento jurídico vigente neste Estado cumpra, entre outras responsabilidades, com o dever de garantir a pacificação social. Essa pacificação social é grandemente favorecida com a observação do dever de respeito aos direitos mínimos que devem ser tutelados pelo Estado, os quais são chamados de direitos fundamentais. Além disso, é imperioso que o ente estatal faça valer o estabelecido enquanto comando constitucional.

Em nosso país, esses direitos fundamentais vêm positivados na Constituição Federal Brasileira de 1988 através do *caput* do artigo 5º, o qual traz, de forma exemplificativa em decorrência do exposto no § 2º do mesmo artigo 5º, os direitos à saúde, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. O artigo 5º ainda traz, através de seu § 1º, que normas que tratem de direitos e garantias fundamentais encontram aplicação imediata. Apesar do exposto, nesse universo há direitos sociais que, conforme veremos no transcorrer deste trabalho, por necessitarem de uma atuação positiva do ente estatal e ainda por necessitarem do dispêndio de recursos financeiros do Estado, encontram óbice em seu cumprimento por parte do Estado, apesar da previsão legal que o obrigaria ao necessário respeito e cumprimento. Infelizmente, esse não cumprimento traz diversos problemas de ordem prática e prejuízos à população, problemas esses que não podem ter sua importância mitigada ou relativizada, tendo em vista a sua importância para quem o requerem.

Essa atitude de negação do Estado em assumir a responsabilidade de arcar com despesas atinentes ao cumprimento de algum direito fundamental, invocado por algum cidadão, é basicamente lastreada no Princípio da Reserva do Possível. Essa justificativa se fundamenta, principalmente, no pretexto de que os recursos financeiros do Estado são limitados e que o orçamento público não tem condições de prever e atender a todas as necessidades suscitadas por cidadãos individualmente ou mesmo por parcela de uma comunidade.

Importante mencionar que esse princípio foi trazido do Direito Alemão e lá a situação que lhe deu origem é bem diversa da qual vem sendo aplicado aqui no país. Na Alemanha é observável que as situações as quais se aplicam o referido

princípio suscitam a utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, enquanto que no Brasil observa-se a restrição alegada pelo Poder Executivo e/ou Legislativo ser lastreada apenas em questões financeiras.

Com isso, surge uma questão muito séria que é o não atendimento à necessidade urgente de pessoa hipossuficiente, a qual represente a manifestação de um direito social, cuja proteção é de ordem constitucional. Essa recusa estatal se torna ainda mais questionável diante de inúmeros escândalos que revelam desvios de recursos, tendo em vista a relatada escassez orçamentária.

Dessa forma, existe muita controvérsia a respeito da adoção deste princípio, de forma que o mérito do direito suscitado é largamente direcionado ao Poder Judiciário, o que ainda provoca discussões em que é debatido se o Poder Judiciário não estaria invadindo a esfera de competência dos Poderes Executivo e Legislativo.

Assim, neste trabalho visamos discutir a aplicabilidade do Princípio da Reserva do Possível. O objetivo é analisar se ele serviria para cumprir a função de resguardar as reservas financeiras do Estado, as quais são fundamentalmente destinadas a atender os interesses coletivos e isso só seria possível através da realização de cuidadosas previsões orçamentárias, ou mesmo se constituiria o referido princípio em uma forma de permitir a omissão do Estado a qual não encontraria justificativa, tendo em vista que o princípio da reserva do possível geralmente é invocado para não se atender demandas sociais que representam a solicitação de cumprimento de direitos fundamentais sociais, os quais invocam uma atuação do Estado no sentido de resguardá-los.

Vale salientar que o Estado busca se utilizar ostensivamente da Cláusula da Reserva do Possível, se observando que são precários os elementos justificadores de sua postura negativa diante das necessidades que lhe são direcionadas pela população.

Além disso, existe grande discussão doutrinária sobre o que constituiria a extensão prática do conceito de mínimo existencial, o qual encontra grande proteção no sentido de que não seria razoável submeter à discricionariedade do Poder Executivo. É informado ainda que, fora da esfera do mínimo existencial, caberia a atuação de normas programáticas que, de forma simplificada, se constituiriam em diretrizes estabelecidas pela Constituição Brasileira para que o Poder Legislativo se

utilizasse para direcionar o estabelecimento de leis ordinárias, estas sim de sua competência.

Grande é a discussão a respeito do tema, mas aqui se busca construir um sentido para a ideia do papel estatal em todo esse contexto. Assim, o Estado estaria sendo omissivo diante de sua responsabilidade, ou mesmo estaria sendo prudente ao racionalizar a administração dos recursos arrecadados e aos quais deve destinar a objetivos direcionados ao bem de todos? Buscamos aqui buscar alguma concepção razoável para justificar a situação.

1. O ESTADO

1.1. Considerações iniciais

O Estado é instituição que detêm o poder para governar e administrar uma nação dotada de soberania, com vistas a manter esta em seu âmbito interno e externo. É o Estado que estabelece normas responsáveis por manter a estabilidade de sua sociedade e, entre outros, podemos mencionar o respeito aos direitos de seus cidadãos, mas também de favorecer a consecução prática de bem estar à sua população, o que pode inclusive envolver a concessão de prestações pecuniárias.

Diante disso, é importante realizar uma análise das noções básicas inerentes ao Estado para melhor compreendê-lo, este que é uma importante instituição a qual é a responsável pela organização de uma nação. Por outro lado, pode apresentar muitas deficiências na condução de sua administração, como bem sabemos.

A sua importância para os membros que a eles estão subordinados é enorme, tendo em vista que estes abrem mão de parcela de sua liberdade em favor do Estado para assim ver protegidos também alguns direitos, até mesmo de manter uma razoável liberdade diante dos perigos a que poderia estar sujeito.

1.2. A Sociedade e o surgimento do Estado

Tempos remotos eram os quais não se falava em Estado, conforme a disposição em que se apresenta na atualidade. Houve um grande processo evolutivo da ideia que o envolve, ao longo de um grande período histórico. Fato é que o Estado nasceu de uma necessidade do ser humano de bem conviver socialmente, garantindo proteção às suas necessidades mais básicas e devendo respeitar, além dos direitos de seus pares, o direito de toda uma coletividade da qual é membro. É importante então, para compreender a dimensão do Estado, compreender antes o contexto em que ele surgiu e assim se faz necessário compreender a sociedade, que é onde o Estado exercita sua soberania.

O surgimento da sociedade foi grandemente discutido e justificado por grandes pensadores e suas teorias foram reunidas em dois grandes grupos, quais sejam os que entendem a sociedade como resultante de um acontecimento meramente natural e os que justificam que a sociedade foi fato que ocorreu através de um contrato tácito, os quais são conhecidos por contratualistas.¹

Segundo a primeira corrente mencionada, existe uma motivação natural para que o homem necessariamente procure o convívio com seus semelhantes, sendo o isolamento social uma exceção a essa condição. A esse respeito afirmava Aristóteles, no século IV a.C., que "o homem é naturalmente um animal político"², cabendo somente a indivíduos de natureza vil ou superior ao homem comum a procura voluntária pela vida insular. Seguindo a mesma linha de raciocínio afirmava Cícero, em Roma no século I a.C., que "a primeira causa da agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inato; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar o apoio comum"³. Resta claro aqui que existiria, na visão de Cícero, uma disposição natural dos homens para a vida social a qual não é atrelada a necessidades materiais.⁴

Na idade média encontramos São Tomás de Aquino como seguidor das ideias de Aristóteles. Ele afirmava que "o homem é, por natureza, animal social e político, vivendo em multidão, ainda mais que todos os outros animais, o que se evidencia pela natural necessidade"⁵, deixando claro que acreditava que existiriam fatores naturais determinantes para que o homem buscasse a permanente convivência com outros homens, e isso representaria uma forma normal de vida em contraposição a uma vida insular, a qual seria uma exceção.⁶

Na atualidade, vários são os autores que seguem a mesma opinião destacando-se o italiano Ranelletti, que baseia suas ideias e apoia seus argumentos na observação da realidade. Para ele, seja em que época for, mesmo nas mais

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 9.

² ARISTÓTELES. **A Política** Apud DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 10.

³ CÍCERO. **Da República** Apud ibidem. p. 10.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. op cit. p. 10.

⁵ AQUINO, Santo Tomás de, **Summa Theologica**. Apud ibidem. p. 10.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p.10.

remotas, ou mesmo que sua origem o traduza como muito rude e selvagem, o homem sempre é encontrado convivendo com outros homens e com estes estabelecendo combinações. Isso aconteceria porque o homem seria motivado por uma necessidade natural e associar-se a outros seres humanos seria condição essencial de vida. Somente tais associações e diante da cooperação de outros homens seria possível a satisfação de suas necessidades, conservando e melhorando a si mesmo, com a conseqüente realização dos objetivos de sua existência. Os meios de consecução desses fins incluem os conhecimentos, a produção e experiência dos outros, acumulados ao longo da história.⁷

Desse modo, os argumentos que sustentam, em linhas gerais, a ideia da sociedade como um fato natural compreendem a necessidade do homem em ter a cooperação de seus semelhantes para atingir os fins de sua existência. Essa necessidade não é somente material já que, mesmo que os meios materiais de que dispõe sejam suficientes à sua subsistência física, este ainda procurará o convívio social para buscar outros gêneros de meios dos quais necessita para alcançar o seu aprimoramento seja este intelectual, técnico ou mesmo moral.

Já os adeptos da segunda corrente de entendimento do fenômeno social, qual seja o de que a sociedade teria um caráter contratual em suas associações de comparses, veem a sociedade como resultante de acordo de vontades, de forma a se constituir em um contrato hipotético instituído entre os homens. Deste modo, a associação entre os homens não se fundamentaria em um impulso associativo natural, mas sim na vontade humana e esta viria a influenciar na organização social, no poder social, e mesmo no próprio relacionamento dos homens com a sociedade.⁸

O contratualismo é efetivamente proposto a partir de obras de Thomas Hobbes, especialmente em o "Leviatã"⁹. Para Hobbes, existiria um estado de desconfiança instaurado pela capacidade que tinham de adotar atitudes abjetas as quais não eram passíveis de repressão, o que prejudicava alguma possibilidade de pacificação social. Com isso, os homens seriam condenados a uma vida solitária. Diante de tal situação, se fez necessário a celebração de um contrato social baseado no fato de que o homem é um ser racional e isso o conduziria a superar o

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p.11.

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p.11.

⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã** Apud DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.

que Hobbes denominou “estado de natureza” e a procurar estabelecer o “estado social”.¹⁰

Este “estado social” se apoiaria em duas leis, quais sejam a busca da paz, sendo esta impossível se buscaria as chamadas “utilidades e vantagens da guerra”, e a renúncia do direito de obter todas as coisas, para ser possível obter a manutenção da paz e a defesa de si mesmo. Para o efetivo cumprimento desse chamado contrato social, seria necessário a existência de um poder visível, o qual vem a procurar manter os homens dentro dos limites consentidos e os coajam a cumprir com os compromissos estabelecidos e à observância das leis pactuadas. Este poder caberia ao Estado.¹¹

Para Hobbes, a segurança que seria conferida aos homens pela comunidade a ser estabelecida, justificaria a sua preservação a todo custo, de forma que seria preferível um mau governo ao “estado de natureza”. Para ele, a vontade de um governante é lei e a desobediência a ela é injusta.¹²

Dessa concepção contratualista decorre o conceito de Estado, formulado na obra de Hobbes, como:

Uma pessoa de cujos atos se constitui em autora uma grande multidão, mediante pactos recíprocos de seus membros, com o fim de que essa pessoa possa empregar a força e os meios de todos, como julgar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comuns.¹³

Teríamos ainda que o titular dessa pessoa seria o *soberano*, o qual possuiria o poder soberano, e ainda os súditos como os homens que cercam esse soberano¹⁴.

Diametralmente opostas às concepções de Thomas Hobbes seriam as pregadas por Montesquieu que, em sua obra "Do Espírito das Leis"¹⁵, faz menção ao homem em estado natural antes do surgimento das sociedades, mas que não faria sentido algum que os homens buscassem se sobrepor uns aos outros. Para Montesquieu, a paz, que até então existiria, seria resultado do temor do homem por

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p. 13.

¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p. 13.

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p. 14.

¹³ HOBBS, Thomas. *Leviatã* Apud DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 14.

¹⁴ DALLARI, D. op. cit. p. 14.

¹⁵ MONTESQUIEU, Charles. **Do Espírito das Leis**. Apud DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15.

se sentir fraco e indefeso, o que não o induziria à guerra com seus comparsas. Sua busca pelo convívio social se apoiaria sim pelo desejo de paz, pelas necessidades que experimentava tais como a de alimentos, a atração natural entre as pessoas de sexos opostos, bem como da consciência que teriam de sua condição e estado. Com a união passariam a se sentirem fortes e o estado de guerra então começaria, seja entre sociedades, ou mesmo entre indivíduos da mesma sociedade. Ele ainda diz que "sem um governo nenhuma sociedade poderia subsistir"¹⁶.

Rousseau, no livro "O Contrato Social", de 1762, aderiu à ideia de Montesquieu destacando a predominância da bondade humana no estado de natureza de ser humano. Neste estado de natureza, o homem se preocuparia tão somente com a própria sobrevivência. A respeito disso afirmou Rousseau:

Suponho os homens terem chegado a um ponto em que os obstáculos que atentam à sua conservação no estado natural excedem, pela sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para manter-se nesse estado. Então, este estado primitivo não pode subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse de modo de ser.¹⁷

Para solucionar tal dificuldade, o homem buscaria uma forma de associação em que tanto sua força como liberdade sejam combinados e preservados e que ainda haja a defesa e proteção de cada associado bem como de seus bens. Uma associação na qual, unindo-se a todos, não obedeça senão a si mesmo, de forma a ainda preservar-se livre. A solução então, segundo Rousseau, estaria na adesão dos homens ao contrato social. É através deste que surge "um corpo moral e coletivo", que é o Estado, o qual é o executor de decisões e ainda é soberano quando exerce o poder de decisão. Para isso, é necessário que houvesse a alienação de direitos de cada associado em favor de toda a comunidade, de forma que a soberania pertenceria ao conjunto das pessoas associadas, sendo esta inalienável e indivisível. Importante ainda mencionar que essa associação dos indivíduos sempre atua no interesse do todo e tem vontade própria, que é a geral, a qual engloba o interesse de cada componente.¹⁸

¹⁶ MONTESQUIEU, Charles. **Do Espírito das Leis**. Apud DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 16.

¹⁷ ROUSSEAU, **O Contrato Social**. Apud DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.16.

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p. 16.

Além disso, Rousseau defende a ideia da existência de uma liberdade natural a ser protegida pela sociedade além da igualdade natural, razão que o leva a concluir que o bem maior de todos, o qual deve ser alcançado por toda legislação, se traduz no respeito à liberdade e à igualdade.¹⁹

As ideias de Rousseau exerceram forte influência sobre a Revolução Francesa, além de todos os movimentos que buscaram a afirmação e a defesa dos direitos naturais da pessoa humana. Ainda hoje, vige a concepção de que a sociedade é resultante de uma necessidade natural do homem, sem excluir a participação da consciência e da vontade humanas. Que é natural a concepção do homem de um ser social e não como um ser propenso ao insulamento.²⁰

De qualquer sorte, buscamos em vários pensadores e encontramos que, independentemente das correntes de ideias a que se filiem, o homem busca e necessita do convívio social e não o insulamento. Daí surge a sociedade que nada mais é do que um agrupamento humano que se estrutura de forma organizada e que busca um determinado fim.

Imaginamos que uma pequena sociedade talvez não necessite de um poder central que a organize. No entanto, é possível se depreender que uma vez que exista uma sociedade e esta seja dotada de muitos integrantes e, por isso, de certa complexidade, se faz necessário existir uma instituição que ajude à sociedade a se manter. Esta instituição deve centralizar um poder de decisão, o qual represente seus membros e, ao mesmo tempo, tenha uma força de manutenção, inclusive podendo chegar a se utilizar de alguma força de coação com vistas a manter o equilíbrio e a coesão entre os homens. Como vários pensadores mencionados acima expuseram, essa incumbência caberia ao Estado.

1.3. A origem e evolução do Estado

Uma vez instituído o Estado, em conformidade com a coletividade diante da qual vem a se manifestar, importante se faz compreender o que vem a ser esta importante instituição, como surgiu e o que efetivamente vem a representar.

¹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p. 17.

²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p. 17.

O Estado é uma sociedade política que, através de uma autoridade superior, tem o poder de fixar as regras de convivência entre seus membros e destes com o próprio Estado. Sua formação pode se dar de forma originária, que é quando o estado em formação não se derivou de um preexistente, ou derivada, que é quando se dá essa formação a partir de outros preexistentes.²¹

São diversas as teorias que tratam da origem do Estado, das quais destacamos as teorias que tratam da formação originária dos estados. Estas teorias ainda podem ser reunidas em dois grandes grupos quais sejam as teorias que tratam a formação originária estatal como resultante de uma formação natural e não dependente da vontade humana e as teorias que atribuem à vontade humana a formação dos Estados, que por isso são denominadas como teorias contratualistas.²²

Por outro lado, as teorias que dão conta das causas que contribuíram para o surgimento do Estado são agrupadas em quatro grandes grupos quais sejam os que consideram a origem estatal atrelada à expansão de agrupamentos familiares, o que correlaciona a origem do estado a atos de força, de violência ou de conquista de grupos dotados de maior força que se sobressaíram a grupos mais fracos, o que atribui a origem estatal vinculada a causas econômicas ou patrimoniais e o grupo de teorias que atribuem origem estatal ao desenvolvimento interno da própria sociedade que, ao atingir determinado patamar de desenvolvimento e tornando-se mais complexa, vem a precisar da formação do Estado.²³

A respeito da segunda teoria, a qual vincula a origem estatal a atos de dominação dos mais fortes, Oppenheimer²⁴ afirmou que esta conjunção de vencedores e vencidos aconteceu com o fim de possibilitar a exploração econômica do grupo vencido pelo grupo vencedor.²⁵

Já o terceiro agrupamento, ou seja, o que envolve as teorias que atribuem a origem do Estado a causas econômicas e patrimoniais, foi teoria desenvolvida por Marx e Engels, a qual obteve maior repercussão prática. A opinião deles foi exposta por Engels que disse que:

²¹ DALLARI, D. op. cit. p. 54.

²² Idem.

²³ Idem.

²⁴ OPPENHEIMER, Franz. The State Apud DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 54.

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p.54.

Faltava apenas uma coisa: uma instituição que não só assegurasse as novas riquezas individuais contra tradições comunistas da constituição gentílica; que não só consagrasse a propriedade privada, antes tão pouco estimada, e fizesse dessa consagração santificadora o objetivo mais elevado da comunidade humana, mas também imprimisse o selo geral do reconhecimento da sociedade às novas formas de aquisição da propriedade, que se desenvolviam umas sobre as outras – a acumulação, portanto, cada vez mais acelerada das riquezas: uma instituição que, em uma palavra, não só perpetuasse a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito de a classe possuidora explorar a não-possuidora e o domínio da primeira sobre a segunda. E essa instituição nasceu. Inventou-se o Estado.²⁶

Através dessa afirmação, Engels expressou a opinião de que o objetivo maior do Estado nascente é permitir a exploração da classe proletária pela burguesia, servindo assim de instrumento para alcançar tal objetivo.

Por fim, o quarto agrupamento de teorias expõe a ideia de que toda sociedade teria um Estado em estado latente. Uma vez que essa sociedade chegasse a um determinado grau de desenvolvimento, fatalmente se faria existir a necessidade da constituição do Estado. Note-se que, conforme essa classe de teorias, a formação estatal independe de fatores externos à sociedade, mas tão somente do desenvolvimento espontâneo desta.²⁷

Teorias à parte, as quais revelam grande preocupação em justificar as razões que expliquem o surgimento do Estado, é fato que o Estado passou por diversas configurações ao longo da história, das quais podem se observar uma forte relação entre o a disposição do poder e a ideia que a sociedade faz dele, revelando-se assim forte conteúdo cultural e histórico em sua configuração. Essa evolução culminou com Estados atuais que revelam a preocupação com o elemento humano, pelo menos expressa em suas Constituições, diversamente do que acontecia no passado.

Os Estados, na Antiguidade, eram sustentados no ideário de um poder estatal centralizado na figura de seu governante, sendo esse centro de poder geograficamente localizado em cidades. A autoridade do governante contava com um respaldo divino e secular, permitindo que a vontade do titular único do poder fosse a que importasse para as decisões dos destinos dos seus domínios. Com isso,

²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p.55.

²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p.56.

era observável a força bruta das tiranias imperiais, que contavam com uma vontade social que acabava por autorizá-la. Esta vontade era fortemente influenciada pela ética teológica baseada no paganismo vigente à época. Deste modo, os Estados Antigos possuíam um caráter voltado à proteção de interesses de poucos.²⁸

A seguir vem a Idade Média que, com a decadência do Império Romano, testemunha a descentralização do poder nas mãos de um soberano. Diante disso, a ideia de Estado enquanto instituição que possibilitaria unidade ao sistema de administração, que é dotado de poder de coerção, vem a se enfraquecer. O que antes se traduzia em uma unidade do sistema, através dos poderes político e religioso concentrados na figura de um soberano, na idade média e com o surgimento do cristianismo veio o rompimento inexorável da referida unidade anterior à idade média.²⁹

Desta feita, o poder vem, a esta época, desmembrado e representado na autoridade temporal do governo do Império Romano Germânico e na autoridade espiritual do Papa.

Com a Idade Moderna, vem, naturalmente, o Estado Moderno atrelado ao conceito de soberania, que se encontra vivo até à atualidade, ou seja, com o Estado Moderno vem se fortalecer a ideia da soberania nacional que encontra forte resistência da soberania dos mercados e seu projeto recolonizador que desrespeita, nas palavras de Bonavides³⁰, os direitos dos povos e das Nações Periféricas.

Interessante mencionar que, mesmo existindo um poder concretizado em uma autoridade central, unitária e monopolizadora de grande capacidade de coerção, ainda não é possível se falar em uma instituição detentora de poder de decisão do interesse coletivo com caráter despersonalizado, já que a autoridade ainda se prende à figura de um soberano, resultado da lenta destituição do poder peculiar do período feudal abalizado em desigualdades e privilégios. Em outras palavras, estava aí configurado um poder absolutista que conforme prelecionou Bonavides:

²⁸ BONAVIDES, Paulo Bonavides. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 29.

²⁹ Idem.

³⁰ Idem.

A ideia de grandeza, majestade e sacralidade da soberania coroava a cabeça do príncipe e levantava as colunas de sustentação do Estado Moderno, que era Estado da soberania ou do soberano, antes de ser Estado da Nação ou do povo.³¹

Diante disso, resta claro que o Estado Moderno, pelo menos em seu princípio, não era voltado ao bem estar de seu povo e sim utilizado pra privilegiar os interesses de seus soberanos. Nessa linha de raciocínio, houve importante manifestação de Nicolau Maquiavel, em seu célebre livro *O Príncipe*, no sentido de que ao governante caberia se utilizar dos meios que se fizessem necessários para se manter no poder, inclusive podendo ser esses meios os mais amorais que assim julgasse necessários.

Neste Estado Moderno, de caráter notadamente absolutista, ainda sobreviam uma antiga nobreza de origem remetida à época feudal e, por outro lado, surgia a classe burguesa, a qual baseava seu lastro de influência em um poder econômico baseado no comércio. Essa classe burguesa passou a exercer forte influência, se aliando primeiramente à Monarquia Absoluta, depois dela se separou para encontrar condições de monopolizar o poder. E foi através de revoluções que se fez efetivamente a ascensão da classe burguesa e que esta conseguiu extinguir o poderio absolutista, que culminou com o fim dos privilégios que ainda eram herança feudal.³²

Com a mudança instaurada através da participação burguesa, teve fim a velha ordem moral e social construída à custa de grandes injustiças, desigualdades e privilégios. Por outro lado, surgiu uma situação em que a população veio a lutar por sua emancipação política e civil. Este fato foi possível a partir do momento em que a burguesia se uniu ao povo, com vistas a obter a libertação do absolutismo do governo o que culminou com o desvio do poder para o povo.³³

A partir daí, tomou lugar a construção de um novo Estado no qual a soberania estaria associada à força do direito. Um novo Estado em que o poder não é mais de pessoas e sim das leis. Nesse contexto, surge o Estado Constitucional no qual se abre o lugar à instituição dos Direitos Fundamentais.

³¹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 30.

³² BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 30.

³³ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 31.

1.4. Finalidade e competência do Estado

A busca da finalidade estatal passa pela compreensão de todo o contexto no qual se insere o ente estatal. Este contexto consiste de um povo que se encontra em um território e que cabe ainda ao Estado exercer sua soberania dentro do referido território e fora dele também. Como já exposto, ao Estado cabe um poder que pode ser determinante nos destinos das pessoas que habitam esse território dentro do qual o Estado exerce sua soberania. Deste modo, existe uma forte relação entre o Estado e o elemento humano que determina a orientação sobre a qual aquele deve se conduzir e que espelha o fim que o Estado tem que buscar.

Nesse sentido, há os que acreditam que o Estado é um fim em si mesmo, de forma que o homem que gravitaria diante do Estado e este seria uma concretização do ideal que o homem buscaria. Em outras palavras, o homem seria um meio de o Estado se realizar em sua grandeza.³⁴

Disso depreende-se que o homem é que acabaria por ter que se esforçar para contribuir para que o Estado se desenvolvesse, de forma que este dependeria do contributo do homem, e não o homem que dependeria de que o Estado lhe oferecesse algum tipo de prestação.³⁵

Por outro lado, existem os que corroboram com a ideia de que o Estado é que se constitui em meio para que o homem atinja os fins que lhe cabem quais sejam a busca da paz e da felicidade. Deste modo, o Estado seria um meio, para a consecução do bem estar do homem, e não um fim em si mesmo. Notório resta que essa linha de pensamento é a que merece atenção quanto ao seu fundamento tendo em vista que, conforme palavras de Azambuja “a pessoa humana é a medida e o fim do Estado e da sociedade, o seu valor supremo transcende infinitamente ao de todas as coisas do universo, que só existe como quadro, necessário mas transitório, dentro do qual a alma humana evolui para o seu destino imortal”.³⁶

Desenvolvendo essa linha de raciocínio, vem à baila uma outra observação que é o fato de que não se deve confundir o que vem a consistir em finalidade estatal. A finalidade estatal é sempre o bem comum. Pertinente observação é

³⁴ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Globo, 2008. p. 122.

³⁵ Idem.

³⁶ idem.

levantada pelo fato de que há os que defendem que a finalidade estatal é variável no tempo e no espaço. Diante dessa situação, se faz necessário informar que existem dois termos, quais sejam a finalidade e a competência, que merecem ser adequadamente distintos para que tenhamos condições de compreender o que consiste realmente a finalidade do Estado.³⁷

A finalidade vem a ser o objetivo para o qual são voltados todos os esforços de uma instituição. No caso do Estado, como já mencionado, o fim que deve nortear as atividades estatais é o bem comum. Por outro lado, a competência estatal compreende as atividades que o Estado tem que exercer para cumprir os seus deveres, podendo sim variar de conformidade com a época e o lugar. Assim, o que pode variar não é a finalidade estatal e sim as suas competências, podendo inclusive ocorrer de determinadas competências serem delegadas a particulares ou mesmo definidas como exclusivas ao Estado.³⁸

Voltemos ao bem comum. Nas palavras de Dabin apud Darcy Azambuja, o bem comum pode ser compreendido como:

[...] conjunto de meios de aperfeiçoamento que a sociedade politicamente organizada tem por fim oferecer aos homens e que constituem patrimônio comum e reservatório da comunidade: atmosfera de paz, de moralidade e de segurança, indispensável ao surto de atividades particulares e públicas; consolidação e proteção dos quadros naturais que mantêm e disciplinam o esforço do indivíduo, como a família, a corporação profissional: elaboração, em proveito de todos e de cada um, de certos instrumentos de progresso, que só a força coletiva é capaz de criar (vias de comunicação, estabelecimentos de ensino e de previdência); enfim, coordenação das atividades particulares e públicas tendo em vista a satisfação harmoniosa de todas as necessidades legítimas dos membros da comunidade.³⁹

Isso posto, deve-se compreender que o bem comum passa pelo estabelecimento de condições que permitam e possibilitem o alcance da felicidade do homem socialmente integrado. Para se alcançar tal objetivo, necessário se faz a participação tanto do cidadão quanto do Estado.

Ao indivíduo cabe o cumprimento de deveres que não devem se sujeitar ao arbítrio estatal ou mesmo particular, mas devem, conforme afirma Azambuja, se

³⁷ AZAMBUJA, Darcy. Op. cit. 122.

³⁸ AZAMBUJA, Darcy. Op. cit. 122-123.

³⁹ AZAMBUJA, Darcy. Op. cit. 124.

harmonizar com uma consciência social e serem definidos juridicamente através tanto do Direito Natural quanto do Direito Social. No que tange ao Direito Natural, ao Estado corresponde uma obrigação negativa, tendo em vista que a sua intervenção representaria a invasão da esfera de liberdade que cabe ao indivíduo. Por outro lado, no que tange ao Direito Social, representam obrigações positivas que o Estado tem que prestar para que o indivíduo tenha condições de cooperar na realização do bem público.⁴⁰

De qualquer modo, é fundamental que se reste claro que a finalidade geral que cabe ao Estado é ser um meio para que os indivíduos e demais sociedades consigam atingir seus fins particulares. Em outras palavras, a finalidade estatal é proteger e promover o bem comum que, como bem informou o Papa João XXIII⁴¹, consiste em favorecer a reunião de todas as condições de vida social as quais possibilitem o desenvolvimento integral da pessoa humana. É essencial também que compreendamos que o direito é importante em todo esse processo de adequação dos meios e os fins a se alcançar para a concretização do bem público.

1.5. Estado e Direito

O Estado em seu papel de regular comportamentos sociais, não teria condições de cumpri-lo sem a existência e o apoio do Direito. Assim, conforme Miguel Reale, sendo o Direito “a ciência da ordenação social que rege a conduta humana com base nos ideais de justiça e de segurança”⁴², ele vem a contribuir para que isto tenha condições de ocorrer. No entanto, deve existir a interação do direito com a sociedade na qual será aplicado, de forma que não há de falar em um ordenamento jurídico que imponha leis que não se coadunam com a realidade social a qual se aplica.

Por outro lado, a sociedade a qual se aplica o Direito não teria condições de subsistir sem a interferência do Direito, de forma que a referida sociedade possa alcançar os objetivos que anseia, tendo em vista que a sociedade é um

⁴⁰ AZAMBUJA, Darcy. Op. cit. 125.

⁴¹ Papa João XXIII. *Pacem in Terris* (Encíclica) Apud DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 108.

⁴² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, São Paulo: Saraiva, 2006, p.62.

agrupamento humano organizado que objetiva alcançar um determinado fim. No caso do Estado, o objetivo é notadamente o bem comum, como já mencionado.

A esse respeito preleciona Martins Filho que o bem comum é o próprio bem particular de cada indivíduo, o qual faz parte de um todo ou de uma comunidade "como o fim do todo é o fim de qualquer de suas partes"⁴³. Desta forma, pode-se concluir que o bem da coletividade não é alheio ao bem de cada indivíduo.

O Direito vem assim para estabelecer regras que, uma vez respeitadas, promovem a pacificação social. E essas regras tem o condão de estabelecer não só limites aos cidadãos, mas também ao próprio Estado, de forma a evitar arbitrariedades que aconteciam no passado quando do Estado tinha uma face absolutista. Além disso, o Direito vem também para outorgar direitos das mais diversas ordens, o que torna cada cidadão sujeito com deveres, mas também senhor de direitos que, na lei, encontram garantias para serem efetivados.

A esse respeito, interessante se faz encontrar o momento histórico em que surgiu o Estado de Direito. Interessante também esclarecer que houve, historicamente, uma gradação de formações do Estado de Direito enquanto baseado em uma orientação do direito que regeria a atividade estatal, de forma que uma primeira disposição estatal, ao surgir uma segunda, não desapareceu e sim foi aperfeiçoada. Em outras palavras, uma primeira configuração estatal era absorvida e enriquecida pela segunda, de forma a que esta vem a representar um aperfeiçoamento da primeira, o qual é ilustrado pelo crescimento dos direitos fundamentais bem como a criação de novos direitos.⁴⁴

Assim, com o surgimento do Estado de Direito a partir das revoluções burguesas do século XVIII que culminaram com a queda do Estado Absolutista, temporalmente encontramos primeiramente o Estado Constitucional de Separação de Poderes (Estado Liberal), seguido pelo Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais (Estado Social), sendo a terceira modalidade o Estado Constitucional da Democracia Participativa (Estado Democrático Participativo).⁴⁵

⁴³ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público. Jus Navigandi**, Acesso em: 17 jun. 2013. Documento eletrônico não paginado.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 37.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 37.

O Estado Liberal é aquele que surgiu logo após as duas grandes revoluções do século XVIII, quais sejam a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa. Ele encontra sua base no Artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que diz “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”⁴⁶.

Deste modo, o Princípio da Separação dos Poderes, quando recepcionado pelas constituições pátrias, buscou pôr fim a regimes absolutistas que possuíam poderes ilimitados. Esse princípio é fundamental, pois através dele é dificultado o arbítrio do governante através da desconcentração de poderes, que antes estariam centrados em apenas um ramo da autoridade pública. O Estado Liberal, portanto, tem rigoroso compromisso com as liberdades individuais e, conseqüentemente, com os direitos civis e políticos.⁴⁷

O Estado Social, no entanto, possui preocupações diversas das do Estado Liberal. Enquanto que este se preocupa com a liberdade, que já estava positivada no ordenamento jurídico, a preocupação fundamental que o Estado Social apresenta é a respeito da justiça enquanto valor social superior e que ainda necessitava encontrar efetividade e nível de positivação cabíveis. Esse direito à justiça compreende os direitos sociais e os de desenvolvimento os quais compreendem os direitos fundamentais de segunda e terceira geração.⁴⁸

Já o Estado Constitucional da Democracia Participativa consiste no Estado no qual se busca, além dos mesmos direitos fundamentais já enunciados, tornar efetiva uma quarta dimensão de direitos fundamentais, que é consubstanciado no direito à Democracia.⁴⁹

Qualquer modo, conforme palavras de Bonavides:

O substrato do Estado constitucional contemporâneo é possível visualizá-lo assim nos direitos fundamentais e na justiça e nos princípios. De seu conjunto se infere um valor supremo que governa a teleologia da Sociedade e do Direito, em derradeira instância: o princípio da dignidade da pessoa humana.⁵⁰

⁴⁶ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO Disponível em: <<http://sociocracia.blogspot.com.br/2013/04/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do.html>>. Acesso em: 05 jul 2013.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 37.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 43-45.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 49.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 47.

Desse modo, o Estado Constitucional contemporâneo adota como valor supremo a ser rigorosamente observado a dignidade da pessoa humana, a qual serve de fundamento para as bases constitucionais quais sejam os princípios, os direitos fundamentais e a justiça. Como veremos adiante, os direitos fundamentais encontram grande relação com a dignidade da pessoa humana, que se encontra como um dos princípios fundamentais de nossa Constituição Federal de 1988.

2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. Evolução histórica dos direitos fundamentais

Os direitos humanos tem profunda relação com a história para a conquista da democracia sendo, por isso, direitos de cunho histórico e caráter universal os quais foram resultado de conflitos contra os poderes que os desrespeitavam. Notadamente as mudanças socioeconômicas que surgiam traziam consigo um perigo de lesão de tais direitos, impedindo o exercício pleno deles. Por outro lado, surgiu paralelamente o constitucionalismo o qual trouxe profundas transformações e que tinha como meta oferecer as condições necessárias com vistas a proteger esses direitos humanos.⁵¹

A esse respeito preleciona Norberto Bobbio:

(...) direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem (...) direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado.(...) direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana(...)⁵²

O autor faz menção de várias acepções através das quais podem ser compreendidos os direitos humanos, mostrando a variedade de significações para estes.

Esses direitos, ao longo da história da humanidade, sofreram uma evolução do seu alcance em decorrência da trajetória humana e em função das ideias que caracterizavam a forma como o homem, em sociedade, se via e via seus semelhantes, além das concepções que alimentava em função de sua realidade temporal.

Da antiguidade, por exemplo, não existe um consenso com relação à contribuição oferecida por esta fase histórica a respeito dos direitos humanos. De qualquer modo, se forem considerados direitos humanos quaisquer espécies de

⁵¹ MENEZES, Carolina Neves et all. **A Trajetória dos Direitos Humanos e suas Formas de Concretização**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/view/300/248>>. Acesso em: 25 jun. 2013. Documento eletrônico sem paginação.

⁵² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 37.

direitos atribuídos a homens então diversas seriam as fontes dos direitos humanos, entre as quais o Código de Hamurabi e o Direito Romano.⁵³

A respeito de direitos humanos na Grécia e em Roma, ponderou Ricardo Schmitt:

(...) surgem na Grécia vários estudos sobre a necessidade da igualdade e liberdade do homem, destacando-se as previsões de participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles); a crença na existência de um direito natural, anterior e superior às leis escritas, definida no pensamento dos sofistas e estóicos (por exemplo, na obra Antígona – 441 a.C. -, Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos pelo homem). Contudo, foi o Direito romano quem estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A lei das doze tábuas pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção dos direitos do cidadão.⁵⁴

A preleção do autor informa, entre outras coisas, que existiria um direito natural que é anterior e superior às leis escritas. Além disso, menciona a preocupação de se estabelecer mecanismos de proteção contra arbítrios estatais. Manifestadamente isso demonstra uma preocupação de gregos e romanos em relação aos direitos humanos.

Foi o cristianismo que teve o mérito de favorecer a ideia de que todos os homens são iguais, independentemente de origem, raça, sexo ou credo. Este fato contribuiu decisivamente para que os direitos humanos fossem considerados essenciais e através deles houvesse o efetivo respeito à dignidade da pessoa humana.⁵⁵

No entanto, existe forte concepção de autores diversos de que os direitos humanos necessitam do respaldo legal para serem reconhecidos. A esse respeito, Fábio Konder Comparato informa:

⁵³ MENEZES, Carolina Neves et all.op. cit. Documento eletrônico sem paginação.

⁵⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal. Apud MENEZES, Carolina Neves et all. **A Trajetória dos Direitos Humanos e suas Formas de Concretização**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/view/300/248>>. Acesso em: 25 jun. 2013. Documento eletrônico sem paginação.

⁵⁵ MENEZES, Carolina Neves et all.op. cit. Documento eletrônico sem paginação.

Nesse sentido, deve-se reconhecer que a proto-história dos direitos humanos começa nos séculos XI e X a.C. , quando se institui, sob Davi, o reino unificado de Israel, tendo como capital Jerusalém. (...) o reino de Davi, que durou 33 anos (996 a.C. - 963 a.C.), estabeleceu, pela primeira vez na história política de humanidade, a figura do rei-sacerdote, o monarca que não se proclama deus nem se declara legislador, mas se apresenta, antes, como o delegado do Deus único e o responsável supremo pela execução da lei divina. (...) Essa experiência notável de limitação institucional do poder de governo foi retomada no século VI a.C., com a criação das primeiras instituições democráticas em Atenas, e prosseguiu no século seguinte, com a fundação da república romana.⁵⁶

Houve acima a menção da mudança na relação entre Estado e cidadão. Existe claramente a ideia de uma limitação de poder que representa uma proteção do arbítrio estatal que poderia vir a prejudicar as liberdades dos indivíduos. Resta, com isso, manifestadamente configurada a primeira fase dos direitos humanos. A respeito desses direitos de primeira geração menciona Bobbio que “os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado.”⁵⁷

Já na Idade Média a situação na Europa era que o poder estava nas mãos dos senhores feudais, tendo em vista que o território europeu estava fracionado e em posse desses. A partir do século XI, por outro lado, estabeleceu-se a luta no sentido de se buscar a reunificação europeia e, com isso, houve forte disputa pelo poder. Diante disso, surgem documentos como A Declaração das Cortes de Leão de 1188 e a Magna Carta de 1215. A Magna Carta de 1215, da Inglaterra, representou uma referência para alguns direitos e liberdades civis tais como o habeas corpus, o e a garantia da propriedade.⁵⁸

No ano de 1776, surgem a Declaração de Direitos do povo da Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, documentos os quais trazem a determinação de que todos os homens tem a aptidão para conquistar o aperfeiçoamento de si mesmos, de forma paulatina e contínua. Já na Revolução Francesa, os ideais de igualdade e liberdade são grandemente reforçados através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, em seu artigo 1º enuncia

⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 52.

⁵⁸ MENEZES, Carolina Neves et al. op. cit. Documento eletrônico sem paginação.

“Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”⁵⁹. Nesse momento, segunda fase dos direitos humanos começa a ser delineada, já que começa a se externar através da participação dos membros da comunidade no poder político, bem como na defesa dos próprios direitos econômicos.⁶⁰

A reafirmação dos direitos humanos se dá gradualmente ao longo da história. A exemplo disso, a Constituição Francesa de 1848 reforça o que já havia sido posto nas Constituições anteriores de 1791 e 1793 e ainda apresenta exigências de ordem econômica e social. No entanto, conforme enuncia Comparato “a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.”⁶¹

Foi enfim, a partir da Declaração dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948, que veio uma nova fase para os direitos humanos em que, além dos direitos individuais de natureza civil e política e dos direitos de caráter econômico e social, ainda reafirma novos direitos humanos tais como os direitos do povo e da humanidade, além de reconhecer a fraternidade.⁶²

Chegamos finalmente à internacionalização dos direitos humanos através do reconhecimento e da adoção de vários tratados internacionais a respeito da temática dos direitos humanos, os quais se dirigem à proteção destes direitos. A esse respeito afirma Mazzuolli:

Os direitos humanos passaram, então, com o amadurecimento evolutivo desse processo, a transcender os interesses exclusivos dos Estados, para salvaguardar, internamente, os interesses dos seres humanos protegidos.⁶³

Diante do acima exposto, depreende-se que não mais existem exclusivamente direitos que só possam ser defendidos e reclamados no âmbito de um Estado. É importante se compreender que os direitos humanos contam com

⁵⁹ **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://sociocracia.blogspot.com.br/2013/04/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do.html>>. Acesso em: 05 jul 2013.

⁶⁰ MENEZES, C. Op. cit. MENEZES, Carolina Neves et all.op. cit. Documento eletrônico sem paginação.

⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 54.

⁶² MENEZES, C. et all. Op. cit. Documento eletrônico não paginado.

⁶³ MAZUOLLI, Valério. **Direitos Humanos e Cidadania**: à Luz do Novo Direito Internacional. Apud *op. cit.* MENEZES, Carolina Neves et all.. op. cit. documento eletrônico não paginado.

reconhecimento e proteção em âmbito internacional, proteção esta que supera as fronteiras de algum Estado.

2.2. Classes de direitos fundamentais

Os direitos humanos consistem em direitos que permitem ao indivíduo poder agir bem como exigir para que se realize a dignidade humana nas dimensões da liberdade, igualdade e solidariedade. O constitucionalismo contemporâneo prescreve esses direitos tanto em âmbito internacional bem como através das constituições pátrias. Importante mencionar que geralmente a expressão direitos humanos é adotada para os direitos positivados no ordenamento supraestatal – tratados, convenções, pactos, declarações. Quando se refere a direitos constitucionalizados através das constituições nacionais, geralmente são tratados como direitos fundamentais.⁶⁴

Com base em sua evolução histórica na ordem jurídica supraestatal bem como estatal, os direitos humanos são classificados em gerações, tendo em vista que são direitos que se subordinam a um mesmo fundamento de caráter universal.⁶⁵

Assim teremos os direitos fundamentais de 1ª geração, quais sejam os que dizem respeito às liberdades públicas e direitos políticos, os direitos fundamentais de 2ª geração, que se referem aos direitos sociais, econômicos e culturais, os direitos fundamentais de 3ª geração, concernentes aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e os direitos fundamentais de 4ª geração, que se referem aos direitos da bioética e direito da informática.⁶⁶

A 1ª geração dos direitos humanos tem na liberdade o elemento fundamental. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789, consiste em marco histórico dessa espécie de direitos. Além disso, nesta categoria são inclusas as liberdades públicas, que se referem à proteção frente às

⁶⁴ SARMENTO, George. **As Gerações dos Direitos Humano e os Desafios da Efetividade**. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Gera%C3%A7%C3%B5es-dos-direitos-humanos-e-os-desafios-de-sua-efetividade1.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2013. Documento eletrônico não paginado.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Idem.

intervenções ilegais em decorrência de abuso de poder estatal, e os direitos políticos que asseguram que haja a participação popular na administração do Estado.⁶⁷

A 2ª geração de direitos fundamentais, que são subdivididos em direitos sociais, econômicos e culturais, guarda forte correlação com a concepção de Estado do Bem-Estar Social. Essa geração de direitos confere a capacidade de se exigir prestações estatais positivas, as quais venham a garantir a todos igualdade de oportunidades.⁶⁸

Entre os textos precursores dos direitos sociais, econômicos e culturais, estão a Constituição Francesa de 1848 e a Constituição Mexicana de 1917. Mas foi com a Constituição alemã de 1919, que é conhecida como Constituição de Weimar, que houve a sua sistematização desse gênero de direitos fundamentais. Este documento trouxe grande influência sobre diversos Estados democráticos.⁶⁹

Os direitos de 3ª geração, que compreendem os direitos de fraternidade, também conhecidos como direitos de solidariedade, são gêneros de direitos que visam à proteção de grupos sociais vulneráveis, além de buscar a preservação do meio ambiente equilibrado. Isso acontece através da observação dos direitos difusos e dos direitos coletivos, os quais são direitos cuja concretização cabe à contribuição tanto do Estado quanto de toda a sociedade. Nesse contexto, o respeito a esses direitos beneficia a todos, enquanto a sua violação prejudica a toda a coletividade.⁷⁰

Podemos mencionar como exemplo de direitos de terceira geração o direito à paz, o direito de comunicação, o direito de autodeterminação dos povos e o direito à proteção contra discriminação racial.⁷¹

Por fim, a 4ª geração dos direitos humanos há entendimento que eles compreendem duas espécies de direitos quais sejam os direitos da bioética, que envolve discussões tais como sobre o suicídio, a eutanásia, o aborto, entre outros, e os direitos da informática os quais surgem em decorrência da sociedade da informação e suas mais diversas formas de manifestação. Exemplos são os direitos que surgem através do uso da informática e telecomunicações. Importante destacar

⁶⁷ SARMENTO, George. Op. cit. documento eletrônico sem paginação.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ Idem.

que esse gênero de direitos encontra quanto à sua existência e configuração, bastante controvérsia no âmbito doutrinário.⁷²

2.3. Direitos fundamentais sociais

Os direitos sociais, ou direitos de segunda geração, são aqueles que obrigam o Estado a intervir quando se fizer necessário que seja assegurado à coletividade as condições básicas de saúde, educação, habitação, transporte, trabalho, lazer, entre outros. Essa intervenção estatal pode se dar através de políticas públicas ou ações afirmativas que produzam resultados eficientes e de caráter inclusivo para a população em geral⁷³.

Na prática, esse gênero de direitos consiste basicamente em prestações positivas a serem cumpridas pelo ente estatal, já que implicam basicamente em um poder de exigir do Estado o cumprimento dessas prestações positivas, com o intuito precípua de garantir uma vida digna a qual só seria possível com a concessão de bens necessários ao bem estar individual ou mesmo coletivo.⁷⁴

Ainda conforme bem preleciona George Sarmento:

São, portanto, direitos a ações positivas que devem ser prestadas pelo ente estatal, as quais vinculam o Estado a promover um conjunto de medidas administrativas e legislativas que assegurem as condições básicas para uma vida digna (mínimo existencial), a partir das quais cada indivíduo possa se desenvolver de acordo com seus talentos e aspirações.⁷⁵

Além disso, o Estado deve realizar um conjunto de obrigações que podem ser a produção de leis bem como a criação e cumprimento de políticas públicas, Tendo em vista isso, a concretização desses direitos resta dependente da atuação estatal e esta deve estar imbuída do objetivo de garantir a todos os que necessitem dessas prestações, o acesso que se faz fundamental.

Na falta da atuação estatal necessária, a este devem ser destinadas sanções quais sejam, por exemplo, a determinação de obrigação de fazer ou mesmo

⁷² SARMENTO, George. Op. cit. documento eletrônico sem paginação.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Idem.

o pagamento de indenizações a quem possa ser prejudicado. Desse modo, os direitos sociais são direitos cujo cumprimento pode ser exigido em juízo para que haja efetivamente o seu cumprimento.

A questão fundamental que gera discussões quanto ao cumprimento justamente dos direitos sociais é ao fato de como o Estado vem a gerir os seus recursos, para que haja condições para o cumprimento das prestações estatais. Naturalmente, como veremos adiante, o ente estatal não tem condições de atender a todos os anseios sociais. Por outro lado, é necessário que reste claro que é fundamental a atuação quando falamos em direitos sociais a ser concedido a pessoa em situação de grande necessidade daquela prestação estatal, por não existirem condições dela mesma obtê-la a custa de recursos próprios. Quando o Estado não atende a tal necessidade, o judiciário vem frequentemente a ser convocado para deliberar a respeito de tal situação, o que frequentemente provoca discussões quanto à intervenção do poder judiciário no âmbito de competência do poder executivo.

Como veremos adiante, a questão exposta não é simples de ser resolvida tendo em vista que, quando alguém vem a solicitar apoio financeiro e material estatal, comumente o faz em vista de sua grande necessidade deste e da escassez de recursos para promovê-lo. Há ainda teorias a respeito de níveis de essencialidade do direito previsto constitucionalmente e essa essencialidade tem relação com a dignidade da pessoa humana.

2.4. Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal Brasileira de 1988 veio a trazer a instauração do regime político democrático ao nosso país e com isso traz um importante avanço no estabelecimento das garantias e direitos fundamentais no ordenamento pátrio. Além disso, a nossa Carta Magna de 1988 proporcionou grande importância aos direitos fundamentais. Na Constituição Federal de 1988 se encontra importante destaque,

como fundamento do Estado Democrático de Direito no Brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana.⁷⁶

Assim, a Constituição Brasileira pode ser visto como embaixadora de um sistema, o qual vem a eleger determinados valores sociais e a dignidade humana é confirmado em nossa Carta Magna como valor essencial, o qual lhe confere um sentido fundamental. Isto significa que a dignidade humana é um valor que norteia a ordem constitucional de 1988.⁷⁷

Nesse sentido, Flávia Piovesan informa:

É justamente sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que é possível compreender, no Pós-Guerra, de um lado a emergência do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a nova feição do Direito Constitucional ocidental, em resposta ao impacto das atrocidades então cometidas. No âmbito do Direito Constitucional ocidental, são adotados Textos Constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana. Esta será a marca das Constituições europeias do Pós-Guerra. Observe-se que, na experiência brasileira e mesmo latinoamericana, a abertura das Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade humana demarcaram a feição das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política. Basta atentar à Constituição brasileira de 1988, em particular à previsão inédita de princípios fundamentais, entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana.⁷⁸

Ou seja, a autora corrobora com a importância que o princípio da dignidade da pessoa humana veio a assumir em diversos ordenamentos pátrios, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro, sendo inclusive incorporado às várias cartas constitucionais pátrias.

Esse princípio assumiu um papel fundamental, pois também confere unidade à Constituição e todo o ordenamento jurídico. Além disso, ele norteia também o Direito Internacional, tendo em vista o poder de orientação que ele assume diante de todo o sistema normativo.

⁷⁶ MANCHINI NETO, Dirceu. **A Constituição Brasileira de 1988 e os Direitos Humanos: Garantias Fundamentais e Políticas de Memória.** Disponível em: <<http://revistacientifica.facmais.com.br/wp-content/uploads/2012/10/6.A-Constitui%C3%A7%C3%A3o-Brasileira-de-1988-e-os-Direitos-Humanos-Dirceu-Marchini1.pdf>>. Acesso em: 01 jun 2013. Documento eletrônico não paginado.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 8ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 28.

A Constituição Federal de 1988 elevou os direitos fundamentais à condição de cláusula pétreia. Com isso, o legislador demonstrou que existe uma vontade constitucional em priorizar os direitos e garantias fundamentais e o que eles representam. Essa situação é estabelecida no Texto Constitucional através de seu artigo 60, § 4º, “d”.⁷⁹

Além disso, há um aumento da dimensão dos direitos e garantias fundamentais, sendo incluídos, no leque de direitos fundamentais que a Carta Constitucional de 1988 protege, os direitos políticos e civis, além dos direitos sociais. Ainda existe previsão, na Constituição Federal de 1988, dos direitos coletivos e difusos, sendo os direitos coletivos relacionados à determinada categoria ou classe social. Já os direitos difusos são os direitos que se relacionam a todos e a cada um.⁸⁰

A respeito dos direitos fundamentais enuncia Antonio Enrique Pérez Luño:

Os direitos fundamentais representam uma das decisões básicas do constituinte, através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica. Os direitos fundamentais assinalam um horizonte de metas sócio-políticas a alcançar, quando estabelecem a posição jurídica dos cidadãos em suas relações com o Estado, ou entre si.⁸¹

Assim, Antônio Enrique Pérez Luño estabelece que a opção do constituinte por reconhecer os direitos fundamentais representa a elevação dos principais valores éticos e políticos de uma coletividade, os quais alcançam uma expressão jurídica.

A Carta Magna Brasileira ainda reconhece direitos fundamentais expressos em tratados e convenções internacionais, em que o Brasil seja signatário. Essa disposição legal está prevista através do parágrafo 3º do art. 5º, o qual foi acrescido ao texto constitucional através da Emenda Constitucional 45/2004, a qual expõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

⁷⁹ MANCHINI NETO, Dirceu. Op. cit. documento eletrônico não paginado.

⁸⁰ MANCHINI NETO, Dirceu. Op. cit. documento eletrônico não paginado.

⁸¹ LUÑO (1991) apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 35.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.⁸²

O legislador, deste modo, permitiu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, ganhem status de emenda constitucional sendo, para tanto, necessário que se cumpra o rito de votação disposto no mencionado dispositivo constitucional, qual seja o §3º do art. 5º.

Conforme todo o exposto, podemos inferir que nossa Lei Maior procurou respeitar e assimilar juridicamente os direitos humanos, assim demonstrando o reconhecimento que tem a eles como valor fundamental. Além disso, criou mecanismos para que eles pudessem encontrar efetividade prática. Por outro lado, existem dificuldades práticas que se referem em fazer cumprir o disposto em nossa Lei Maior.

Essa dificuldade tem relação, conforme alegações do Estado, com os recursos financeiros dos quais são dotados os entes estatais, de forma que tenham que realizar escolhas políticas das dotações orçamentárias. Infelizmente observamos que existem escolhas políticas que geralmente não priorizam políticas públicas, as quais endossem o cumprimento dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

⁸² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>>. Acesso em: 21 jun. 2013.

3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E MÍNIMO EXISTENCIAL

3.1. Considerações Gerais

Neste ponto do estudo, importante se faz que analisemos os fundamentos mais prementes que tornam evidentes os aspectos que determinam a aceitação e em que medida pode ser aceita a reserva do possível aos casos concretos sobre apreciação judicial. Não se trata de verificar a mera condição financeira estatal. Mais que isso, é uma questão de se avaliar também o direito a ser tutelado, a sua essencialidade e a falta de condições da parte pleiteante em ser detentora de condições para alcançar, sem a assistência estatal, o direito fundamental de que tanto necessita.

Neste capítulo se encontram os fundamentos que podem ancorar uma decisão judicial, tendo em vista que permitem ser realizadas as avaliações fundamentais quanto ao que se constitui no direito pleiteado e as possibilidades de atendê-lo e, deste modo, poder ir de encontro e enfrentar a alegação estatal de escassez de recursos ancorada no Princípio da Reserva do Possível.

3.2. Dignidade da Pessoa Humana e sua Previsão Legal na Constituição Federal de 1988

A dignidade da pessoa humana é termo de larga importância para todos nós, enquanto pessoas que convivem em um ambiente social que demanda um respeito mútuo para que haja um bem-estar necessário ao nosso desenvolvimento individual. Esse princípio, necessariamente, vai repercutir em um ambiente coletivo mais saudável e agradável.

No entanto, nos deparamos comumente com pessoas em situação que não condizem com as mínimas condições que lhe tragam bem-estar, seja este de ordem ambiental, financeira, moral, ou seja, encontrando dificuldades para viver bem e feliz. Assim, podemos afirmar que está existindo flagrante agressão à sua dignidade, e essa afirmação nos remete à importância de se compreender o que se constituiria

a tão falada dignidade da pessoa humana e qual seria a repercussão que pode ser esperada pela pessoa ao ser efetivamente respeitada.

Interessante, inicialmente, construir uma ideia do que vem a ser o significado que cabe ao termo dignidade. A palavra tem como raiz etimológica o termo em latim *dignus*, que vem a significar “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”⁸³. Infelizmente demorou-se a atribuir esta qualidade a todos tal qual se confere atualmente. Essa ideia veio à baila com o Cristianismo, através do qual a expressão “pessoa” foi associada a uma extensão moral do caráter humano a todos, os homens os quais são considerados iguais diante de Deus e, deste modo, dignos. Com isso, a palavra “pessoa” deixou de ser um *status* para se tornar um atributo inerente ao ser humano⁸⁴.

Mais recentemente, não podemos deixar de mencionar a contribuição de Kant para a compreensão do que vem a significar a dignidade. Para Kant, o ser humano é um fim em si mesmo e, por isso, não pode ser tratado como meio para se atingir algum objetivo de alguma vontade alheia, ou seja, não pode ser tratado como um objeto. Esse pensamento kantiano vem a influenciar a doutrina, bem como a produção jurídica de forma que ainda persiste influenciando no pensamento filosófico e jurídico atual.⁸⁵

No entanto, a concepção de dignidade continuou a evoluir e incorporar outras perspectivas. Neste contexto, a Segunda Guerra Mundial trouxe à dignidade da pessoa humana, diante das aberrações flagrantes aos direitos humanos, uma necessidade de ser exaustivamente discutida. Isso culminou com a constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse fenômeno aconteceu primeiramente na Alemanha, se propagando para diversas outras constituições pelo mundo.⁸⁶

Ainda é importante observar que, ao longo da história, a concepção de dignidade da pessoa humana evoluiu de forma que, se primeiramente existia uma

⁸³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, 2006. p. 112.

⁸⁴ FURLAN, Alessandra Cristina. Dignidade da Pessoa Humana. In: **Inclusão social e direitos fundamentais**. SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Petinati. (Coord.) Berigui: Boreal. 2009. p. 4.

⁸⁵ FURLAN, Alessandra Cristina. Op. cit. p. 5.

⁸⁶ FURLAN, Alessandra Cristina. Op. cit. pp. 5-6.

concepção individualista, apoiada na prevalência do indivíduo, a seguir passa a vigor a concepção na qual deveria a prevalecer o interesse coletivo em detrimento do individual. Hoje vige a concepção personalista na qual, caso haja conflito entre algum interesse individual e coletivo, a solução deverá ser encontrada através da análise particular do caso⁸⁷.

A respeito do significado da dignidade da pessoa humana Martins fala, diante de múltiplas acepções propostas pela doutrina:

[...] múltiplos significados atribuídos pela doutrina nacional ao princípio: ora como valor absoluto; ora como critério interpretativo; ora como um direito fundamental em si mesmo; ora como um direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana; ora como mera referencia filosófica desprovida de maior normatividade. Na verdade, muitas vezes a doutrina adota dois ou mais destes sentidos sem, contudo, precisar qual a relação entre eles, o que pode gerar grande confusão.⁸⁸

De qualquer modo, por ser algo real pode até existir dificuldades em defini-la, mas não em identificá-la quando nos deparamos com alguma situação em que a dignidade da pessoa humana é desrespeitada. Observa-se que o legislador não a definiu com vistas a evitar algum limite a ela e o risco de violações em decorrência disso.

Tendo em vista a sanar a situação Ingo Wolfgang Sarlet propôs a significação da dignidade da pessoa humana através de três dimensões: ontológica, comunitária e histórico-cultural.⁸⁹

Pela dimensão ontológica, ao ser humano a dignidade da pessoa humana é atributo que lhe é inerente e por isso irrenunciável e inalienável, sendo assim anterior ao Direito. A dimensão comunitária, também chamada de social, atribui à

⁸⁷ SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. – uma análise do inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Celso Bastos. p. 27.

⁸⁸ MARTINS, Flademir Gerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá. 2003. p. 53.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo um a compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **As dimensões da dignidade da pessoa humana – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional** Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 43.

dignidade um caráter vinculado à intersubjetividade a partir de valores socialmente relevantes.⁹⁰

Por fim, a dimensão histórico-cultural expressa um caráter atribuível à dignidade da pessoa humana que a relaciona com um processo de construção social e cultural, o que invoca uma construção que deve ser observada pelos órgãos estatais bem como por cada indivíduo.⁹¹

A partir da caracterização da dignidade da pessoa humana desenvolvida por Ingo Wolfgang Sarlet, este veio a propor uma definição que informa que a dignidade da pessoa humana é:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, num complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁹²

Deste modo, o autor estabelece um conceito que, a nosso ver, é bastante claro e completo. É importante se observar que existe neste conceito uma grande ênfase às dimensões individual e social, anteriormente expostas. Daí concluímos que, por ser a dignidade inerente ao ser humano pelo fato dele simplesmente existir e ser racional, deve-se a este conceito ser incorporado um atributo social, o que é satisfatoriamente realizado pelo autor.

Com relação à dimensão intersubjetiva, Perez Luño⁹³ ainda menciona uma dimensão negativa, a qual se traduz pela garantia de que a pessoa não seja vítima de ofensas e humilhações, e uma dimensão positiva, manifesta pela consecução de pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. Este entendimento é largamente adotado por diversos autores, quando se fala em posituação de dignidade da pessoa humana.

Retomando o raciocínio e diante do exposto até aqui, em relação à dignidade da pessoa humana, um consenso pode ser colocado: se existe ainda

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p.43.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p.43.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p.59.

⁹³ Perez Luño apud SANTOS, Fernando Ferreira dos. Op. cit. p. 61.

alguma dificuldade em significar o que seja exatamente a dignidade da pessoa humana e todo o seu alcance, ao menos existe condições de enunciar um conteúdo mínimo o qual pode se identificado. A esse respeito, preleciona Ingo Wolfgang Sarlet:

Onde não houver respeito pela vida, pela integridade física e moral, onde as condições mínimas para sua existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação de poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção de homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as consequências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade.⁹⁴

Daí pode-se perceber um conteúdo mínimo de essência negativa da dignidade da pessoa humana, o qual não deve se restringir a esse conteúdo, mas sim deve ser tomá-lo como um conteúdo basilar. Além disso, é necessário se construir uma consciência de que a dignidade da pessoa humana é muito mais que isso e é constituída ainda pela necessidade de desenvolvimento humano e social do ser humano, ao qual deve ser oportunizada a concretização desse direito.

Dada a importância da temática da dignidade da pessoa humana para a coletividade, o ordenamento jurídico pátrio deve assegurar as condições para que este direito seja efetivado. Como já foi mencionado, esse conceito passou por franca evolução histórica, mas foi em ocasião da Segunda Guerra Mundial que houve uma constatação do que representava o desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Daí fez-se observar uma farta preocupação com a proteção da vida humana e sua qualidade de fruição com dignidade. Assim começou-se, com a iniciativa da Alemanha, a “onda” de constitucionalização da dignidade da pessoa humana, sendo esta elevada a condição de princípio basilar de uma constituição nacional.

⁹⁴ SARLET Ingo Wolfgang. op. cit. p. 59.

Esse fato encontra como corolário que o Estado tem a sua razão de ser na pessoa humana sendo, dessa forma, a pessoa a finalidade fundamental do Estado e não meio de sua atividade. Em outras palavras, o Estado existe para garantir as condições sociais, econômicas, jurídicas e políticas necessárias à proteção do ser humano que a ele assiste.

Na atualidade, a dignidade da pessoa humana encontra previsão legal tanto em tratados de ordem internacional bem como nas constituições pátrias. Esse fato culminou por ocorrer devido a enorme repercussão que foi fruto das atrocidades cometidas no transcorrer da Segunda Guerra Mundial, tornando patente a necessidade de bem proteger e positivar a dignidade da pessoa humana a alçando a princípio fundamental.

No direito constitucional brasileiro, apesar de diversas menções à dignidade da pessoa humana em outras constituições brasileiras anteriores, foi efetivamente a Constituição Federal de 1988 que veio a tratar tão importante princípio como fundamento de seu Estado Democrático de Direito, o transformando em valor superior a ser observado por todo o ordenamento jurídico brasileiro. Este fato é expresso na Constituição Brasileira de 1988 através do inciso III de seu artigo 1º, o qual diz:

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

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;⁹⁵

Do dispositivo legal exposto acima depreende-se que a dignidade da pessoa humana foi elevado à condição de fundamento constitucional que vem a nortear as atividades estatais, bem como sua disposição.

É ainda importante se relembrar a ideia que acompanha a constitucionalização de um princípio e o alçá-lo a princípio constitucional fundamental. A esse respeito enunciou Paulo Bonavides:

⁹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>>. Acesso em: 21 jun. 2013.

Os princípios constitucionais, postos no mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento jurídico. Servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos constitucionais, os princípios, desde sua constitucionalização, que é, ao mesmo tempo, posituação no mais alto grau, recebem, como instância máxima, categoria constitucional, rodeada de prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com essa relevância adicional, os princípios se convertem em igualmente em norma *normarum*, ou seja, norma das normas.⁹⁶

Esse fato significa que se a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental constitucional, ele é um mandamento que serve de orientação a ser respeitada não só pela Constituição Federal, mas por todo o ordenamento jurídico brasileiro. Serve para oferecer unidade ao ordenamento jurídico que se reflete na harmonização de seus diversos dispositivos legais, além de servir de parâmetro de controle da legitimidade do poder e atividade estatal.

Essa posituação da dignidade da pessoa humana, expressa em nossa Lei Maior, demonstra a preocupação do legislador brasileiro em criar alguma garantia de respeito ao elemento humano em nossa constituição, em consideração a uma tendência mundial, a qual demonstrou uma evolução na concepção do lugar que deve ocupar a condição humana para o Direito, no que tange à sua proteção.

Por fim, desejamos trazer interessantes palavras que Sarlet a respeito da responsabilidade do zelo e proteção à dignidade da pessoa humana. A esse respeito ele preleciona:

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexas dimensão defensiva e prestacional da dignidade.⁹⁷

Com o exposto, inferimos que a todos cabe a responsabilidade de respeitar e zelar pela proteção da dignidade da pessoa humana. No entanto, é impossível

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 289-280.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

deixar de destacar a responsabilidade que cabe ao aparelho estatal para tutelar a dignidade da pessoa humana.

3.3. Mínimo Existencial e Direitos Sociais

O conceito de mínimo existencial passa pela ideia de que a cada ser humano, cabe o direito a dispor das condições materiais mínimas que são necessárias a que este tenha uma vida saudável e digna.

Carina de Castro Quirino⁹⁸ afirma que o direito correspondente ao mínimo existencial se coaduna com os princípios de liberdade, dignidade humana, igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa. Isso é fundamental para a garantia da liberdade individual já que, para poder-se exercer satisfatoriamente seu papel social, o cidadão deve ter suas necessidades mínimas satisfeitas.

Uma forma interessante que busca entender o que seria o mínimo possível parte das ideias de John Rawls, para o qual os homens teriam aderido a um contrato social e a partir deste é determinado um conjunto de princípios que regem o funcionamento da sociedade e a distribuição de bens⁹⁹. Importante destacar que nesse contexto, os homens desconheceriam qual seria sua posição social. Esse conjunto de princípios seria composto das seguintes premissas: a) Todas as pessoas estariam sujeitas a um mesmo sistema onde teriam os mesmos direitos e liberdades e; b) Somente é possível alterar o esquema de liberdades para beneficiar um desfavorecido, sendo esse princípio conhecido como o princípio da diferença.

Para John Rawls, o primeiro princípio não deve ser objeto de intervenção estatal, inclusive por ser um princípio constitucional. Por outro lado, o princípio da diferença deve ser objeto de deliberação do poder legislativo para ser efetivado. O

⁹⁸ QUIRINO, Carinha de Castro. Os direitos fundamentais sociais e a revisão judicial das escolhas orçamentárias. In: **Direitos Humanos: os 60 nos da Declaração Universal da ONU**. FOLMANN, Melissa; ANNONI, Danielle (Coord.). Curitiba: Juruá, 2008. p. 61.

⁹⁹ RAWLS, John. Liberalismo Jurídico apud PORTELLA, Simone de Sá. **Considerações sobre o conceito de mínimo existencial**. In: *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, X, n.46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2407>. Acesso em 29 jun 2013. Documento eletrônico não paginado.

mínimo existencial, conforme ideias de John Rawls, seria um elemento essencial e o qual não depende de lei, sendo por isso diverso do princípio da diferença.¹⁰⁰

Para Rawls, dentro do princípio da diferença é identificável um conteúdo mínimo que é assegurado pela Constituição e não depende de apoio, para ser efetivado, do Poder Legislativo. Por outro lado, o que exceder a esse mínimo dependeria de lei e, portanto, do Poder Legislativo.¹⁰¹

Deste modo, a ideia de John Rawls traz uma concepção de garantia das condições mínimas a serem alcançadas para que o indivíduo tenha uma vida digna. Note-se que esse mínimo existencial é comumente associado à proteção diante de uma pobreza absoluta, a qual é responsabilidade estatal que seja combatida, diferentemente da pobreza relativa. Esta situação, como veremos adiante, deve ser melhor analisada, com vistas a atender efetivamente à proteção da dignidade da pessoa humana.¹⁰²

Nas palavras de Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial seria “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”¹⁰³. Em vista disto, claro resta que a ideia de mínimo existencial deve abranger muito mais que as condições necessárias à sobrevivência do indivíduo.

O mínimo existencial não está explicitamente exposto em nossa Constituição Federal, mas vem de forma implícita em seu artigo 3º, III, o qual preleciona:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;¹⁰⁴

¹⁰⁰ REWLS, John. Op. cit. documento eletrônico não paginado.

¹⁰¹ REWLS, John. Op. cit. documento eletrônico não paginado.

¹⁰² REWLS, John. Op. cit. documento eletrônico não paginado.

¹⁰³ TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Vol. III. Apud PORTELLA, Simone de Sá. **Considerações sobre o conceito de mínimo existencial**. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande, X, n.46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2407>. Acesso em 29 jun 2013. Op. cit. documento eletrônico não paginado.

¹⁰⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 jul 2013.

Essa disposição legal informa que a República Brasileira deve observar o fundamento constitucional que trata da necessidade de erradicação da pobreza, marginalização social, bem como da redução das desigualdades sociais e regionais. Desse modo, tal dispositivo constitucional pode representar o acesso aos brasileiros, em condições de vulnerabilidade social, às condições mínimas que venham ensejar condições dignas de vida.

Já a Lei Orgânica da Assistência Social, Lei 8.742/93 traz, em seu artigo 1º, a ideia de mínimo existencial quando aduz:

Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.¹⁰⁵

Diante deste dispositivo, resta ainda mais evidente a importância que a questão voltada para o estabelecimento do mínimo existencial tem e o quanto esse conceito pode nortear concepções de políticas públicas assistencialistas bem como a necessidade de prestações estatais positivas em favor de cidadãos, mas especialmente à delimitação do que é reconhecidamente papel do legislador disciplinar.

De qualquer modo, existe uma preocupação que é exposta no ordenamento jurídico, de observação de um conteúdo mínimo que deve ser respeitado, o qual viemos a chamar de mínimo existencial. Mas isso não é suficiente, tendo em vista que é necessário se visualizar o que pode compreender esse mínimo existencial.

Inicialmente, busquemos compreender o plano de eficácia das normas. A esse respeito expõe José Afonso da Silva¹⁰⁶ que as normas constitucionais podem ser classificadas entre normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

As normas que dispõem a respeito do mínimo existencial e que estão presentes na Constituição são reconhecidamente de eficácia plena, por isso não

¹⁰⁵ BRASIL. **Lei nº 8.472** (Lei Orgânica da Assistência Social). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>. Acesso em: 01 jul 2013.

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 6. Ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p.138.

reivindicando a intervenção dos Poderes Legislativo ou Executivo e ainda contam com aplicabilidade imediata.

Outro grupo que é interessante mencionar em nosso estudo diz respeito ao grupo das normas constitucionais de eficácia limitada enquanto gênero, mais especificamente as normas programáticas que são espécie do gênero mencionado. As normas programáticas são as que estabelecem diretrizes a serem seguidos por órgãos estatais, com vistas à realização dos fins sociais do Estado.

Esse desvio foi realizado para que fosse possível compreender que, enquanto existem direitos que são dotados de aplicabilidade imediata, já que as normas de ordem constitucional que os estabelecem são dotadas de eficácia plena, há outros que, dependendo de normas programáticas, tem a sua aplicabilidade dependente da vontade do legislador.

Esse entendimento é necessário para ser compreensível a diferenciação entre os direitos econômicos e sociais e o mínimo existencial. Enquanto que os primeiros dependem da vontade do legislador para que haja a sua concessão, o mínimo existencial é independente de lei ordinária para ser efetivado. Deste modo, a normas que tratam meramente de direitos sociais e econômicos são consideradas como programáticas.

No entanto, conforme entendimento defendido por José Afonso da Silva¹⁰⁷, apesar de ele considerar que os direitos econômicos e sociais são estabelecidos através de normas programáticas, dos quais o direito à saúde e a educação fazem parte, considera que o direito à saúde e à educação não teriam seu cumprimento disciplinados necessariamente através de normas programáticas. Isso porque o desrespeito ao direito à saúde ou à educação implica em desrespeito a um direito que deve ser concedido e que é obrigação de ser conferido por e tão somente pelo Estado.

Explicando melhor, mesmo a educação e a saúde sendo direitos sociais de 2ª geração, existe um núcleo dentro deles o qual representa uma necessidade da população. No caso da educação, por exemplo, o ensino fundamental é considerado dentro do núcleo equivalente ao mínimo existencial, de forma que cabe ao Estado fornecer esta prestação social à população. No entanto, quando viermos a falar em

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 140.

ensino médio, o Estado não vem a ser obrigado a prestar gratuitamente este grau de ensino a toda a população, a não ser que a questão esteja envolvendo pessoas que não tenham condições de arcar pessoalmente com a obtenção deste tipo de serviço, seja ele por ausência de condições financeiras ou mesmo em decorrência de falta de estabelecimentos locais que o forneçam.

No entanto, geralmente existem políticas públicas previstas localmente que possibilitam o fornecimento de ensino público e gratuito, não só referente ao ensino fundamental, mas também ao ensino médio. Quanto ao ensino superior, observamos a seleção através de vestibulares.

Desta situação, observamos que mesmo sendo necessário o acesso à educação e à saúde, não existe como o ente estatal atender completamente toda a coletividade, até porque estamos falando no Brasil, o qual é um país notadamente pobre. Por outro lado, tendo em vista a população carente que não dispõe de recursos para pessoalmente se desincumbir de tal necessidade, a esta parcela da população o Estado deve acorrer para se concretizar os direitos fundamentais à educação e à saúde, pelo menos no que tange ao núcleo essencial que denotamos por mínimo existencial.

Desse modo, desejamos deixar claro que o que José Afonso da Silva queria dizer, quando enunciou a diferença entre direitos sociais e econômicos e mínimo existencial, é que existe um núcleo que, pela sua essencialidade, deve ser concedido a quem dele precisa e não tenha condições de obtê-lo para que possa dispor de uma vida digna e saudável. Por outro lado, o que ele chamou de direitos sociais e econômicos são gênero de direitos que, no sentido amplo, são os que gozam de grande importância para toda a coletividade. No entanto, em decorrência de não dispor o Estado de condições para efetivá-los completamente com relação a toda a população, venha a existir a situação que o Estado deve atender, a qual deve ser denotada por mínimo existencial, e aquela que o Estado pode vir a atender e que geralmente são previstas em políticas públicas, sempre em função de uma atividade legislativa que estabelecem essas.

Importante também até que se acorrendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, como o fez a Corte Alemã quando lhe foi requerido posicionamento acerca do caso do número de vagas para acesso ao curso de medicina e como veremos adiante, reste claro que se torna impraticável

atender a todas as demandas que ao Estado cheguem. É uma situação em que o Estado, não só por não dispor de recursos financeiros, não tem como realizar todos os desejos da população atinentes aos direitos previstos em seu ordenamento e, por isso, tem que eleger prioridades a serem atendidas. Com isso, fica clara ainda mais a importância de se estabelecer o que seria o mínimo existencial e o seu alcance prático.

A importância dessas divagações reside no fato de que existem diversas controvérsias, basicamente, quanto ao atendimento dos direitos sociais e econômicos. Apesar de serem enquadrados enquanto direitos fundamentais, por não estar todo o elenco desses direitos necessariamente na esfera do mínimo existencial, em decorrência inclusive da não carência financeira do indivíduo e possibilidade deste de o atender sem a assistência pecuniária estatal, ficam sujeitos à reserva do possível, ou seja, à verificação da possibilidade financeira e orçamentária estatal diante de ser a necessidade suscitada ser fundamental ou não.

Retomando a ideia a respeito do mínimo existencial, já mencionado que são amparados através de norma de eficácia plena, existem controvérsias a respeito de seu alcance quanto ao que deve ser tutelado pelo Estado.

Uma noção de direitos fundamentais que requeiram condições materiais para que se veja assegurada uma vida a ser fruída com dignidade é mérito inicial da Alemanha. Neste país houve profícua elaboração doutrinária, bem como importante reconhecimento jurisprudencial.¹⁰⁸

Na Lei Fundamental Alemã de 1949 não existem, de modo geral, direitos tipicamente sociais que assumam cunho notadamente prestacional. Apesar disso, a discussão concernente a concessão de um mínimo fundamental para a fruição de uma vida digna ocupou grande destaque, tanto antes como depois da entrada em vigor da Lei Fundamental. Esse tema foi desenvolvido pela doutrina e ainda encontrou recepção na jurisprudência pátria alemã.

Foi com o jurista Otto Bachot, grande publicista alemão, que surgiu a ideia de que o princípio da dignidade da pessoa humana não resta satisfeito tão somente

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benneti Timm. **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev.e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado.2010. p. 20.

com a garantia da liberdade. Ele invoca também a proteção de um mínimo de segurança social, tendo em vista que a ausência de recursos materiais impede que o indivíduo tenha condições de ter acesso a uma vida digna.¹⁰⁹

Algum tempo depois, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha reconheceu o direito subjetivo de pessoas carentes a um auxílio material advindo do Estado, argumentando que, com fundamento no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, o homem deve ser reconhecido como sujeito de direito e deveres e, por isso, deve ser favorecida a promoção das condições adequadas para a sua vida. O direito a prestações condizentes com a assistência social encontrou, algum tempo depois, regulamentação infraconstitucional no ordenamento jurídico alemão.¹¹⁰

Também o Tribunal Constitucional Federal acabou por aplicar, após duas décadas, o direito fundamental às condições mínimas para uma existência digna. Da primeira decisão proferida, neste sentido, por esse eminente tribunal podemos ler:

Certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar essas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais.¹¹¹

Desse trecho podemos observar que o ordenamento jurídico alemão reconheceu a necessidade de o Estado oferecer a pessoas carentes e impossibilitadas de prover suas necessidades, as condições mínimas fundamentais para possibilitar uma vida digna e, além disso, permitir a integração dessas pessoas à sociedade.

As ideias alemãs acerca do mínimo existencial e sua extensão vieram trazer grande repercussão no Direito Comparado. Das observações empreendidas, evidente ficou que eles concluíram que não deve restar confusão entre mínimo

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 20.

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 20.

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 20.

existencial e mínimo de sobrevivência. O mínimo existencial é muito mais que o mínimo de sobrevivência e comporta uma existência com dignidade, ou seja, com qualidade.¹¹²

Exemplo dessa repercussão das concepções alemãs, atinentes ao mínimo existencial, é o reconhecimento pelo Tribunal Constitucional de Portugal de um direito tanto negativo quanto positivo a um mínimo de sobrevivência condigna, que o Estado tem a responsabilidade de assegurar ao indivíduo, através de prestações materiais.¹¹³

Por fim, importante mencionar importante colocação realizada por Ingo Wolfgang Sarlet quando disse:

De outra parte, mesmo que não se possa adentrar em detalhes o exame do tópico, firma-se posição no sentido de que o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental.¹¹⁴

Dessa menção exposta acima podemos depreender que deve existir grande correlação entre o mínimo existencial e, além da vida, a dignidade da pessoa humana de forma que não é suficiente assegurar ao indivíduo somente condições para lhe garantir a sobrevivência. É necessário também que a pessoa tenha condições de desenvolvimento e bem estar que só são perceptíveis se a este for respeitada a sua dignidade.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 23.

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 23.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 23.

4. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL *VERSUS* DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1. Princípio da Reserva do Possível e Orçamento Estatal

Quando se fala em prestações materiais ou financeiras a serem prestadas pelo Estado a indivíduos que a ele se acorrem, comumente o Estado se utiliza da Reserva do Possível para justificar a negativa, alegando impossibilidade de atender à reivindicação por não dispor de aparato financeiro ou material para bem atender ao pleito formulado. Mas o que seria a Reserva do Possível e como esta pode ser condição justificadora da não prestação estatal?

A princípio, esta expressão surgiu na Alemanha na década de 1970, em decorrência de julgamento em que a questão dizia respeito a número de vagas em universidades públicas alemãs, caso este que ficou conhecido como *numerus clausus*¹¹⁵. No caso em tela, estudantes reivindicavam vagas em curso de medicina, tendo em vista não terem sido admitidos nas universidades de Hamburgo e Munique, fato este em decorrência de política de restrição do número de vagas, imposto pela Alemanha, nos cursos superiores deste país. Diante da situação, a Corte Constitucional Alemã proferiu célebre decisão, a qual serviu de marco para adoção da Teoria da Reserva do Possível.

A alegação adotada pelos estudantes autores da ação mencionada teve base, conforme Fernando Mânica¹¹⁶, no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã a qual preleciona que “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. No entanto, a Corte Constitucional Alemã entendeu que o cidadão só poderia exigir do Estado somente o que fosse possível esperar deste, de forma que a pretensão deveria ser razoável. No caso em tela, resta evidente a impossibilidade do Estado prover a pretensão de todos que

¹¹⁵ KRELL, Andreas apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹¹⁶ MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Apud ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. **Teoria da reserva do possível**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3558, 29 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/24062>>. Acesso em: 21 jun. 2013. Documento eletrônico não paginado.

invocassem o direito ao acesso ao ensino superior. Deste modo, nisto é que teria fundamento a reserva do possível, a razoabilidade da pretensão invocada e este foi o entendimento adotado pela Corte Constitucional Alemã.

Do caso observado, pode-se depreender que a intenção veiculada no Princípio da Reserva do Possível era de que a exigência de prestação estatal para efetivação de algum direito social deveria estar associada à razoabilidade da pretensão proposta e à possibilidade de sua concretização. Além disso, é possível concluir que o problema a se solucionar não estava associado somente a uma limitação estatal de recursos materiais ou financeiros. Assim, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.¹¹⁷

Em nosso país, por outro lado, a utilização da reserva do possível se relaciona ao que seja possível ao Estado do ponto de vista financeiro, para a efetivação de direitos fundamentais sociais. Observamos assim que existe clara diferença entre a proposta alemã e a que é adotada no Brasil. Explicando melhor: a concretização de direitos fundamentais prestacionais estaria condicionada às possibilidades financeiras do Estado.

A princípio, existe uma corrente de pensamento que acredita que a decisão quanto à concessão de prestações pecuniárias caberia a seus governantes bem como aos parlamentares, e essa decisão seria expressa basicamente através de seus orçamentos públicos. Com isso, quando o poder judiciário determinasse a efetivação de direitos sociais, apesar da discordância do poder legislativo, estaria atuando em flagrante desrespeito ao princípio da separação de poderes, previsto em nossa lei maior.

Uma conclusão natural do exposto é que a reserva do possível é adotada, no Brasil, servindo de justificativa para que o Estado, de forma que este se permite a licenciosidade de não cumprir com o que a Constituição lhe atribui como seu papel, qual seja o de atender às necessidades sociais expressas através dos direitos

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang op.cit. p. 265.

fundamentais. E assim vem acontecendo realmente: o Estado vem se utilizando de um nível de discricionariedade que, a nosso ver, não lhe cabe para restringir em demasia a concessão de atendimentos financeiros e/ou materiais que se constituem de necessidades da população. Lembremos-nos das premissas consistentes com a dignidade da pessoa humana e que acabam por fundamentar o atendimento do mínimo existencial, como exposto anteriormente. Sejam através de normas programáticas, ou não, vemos como perigoso descaso o que anda acontecendo quanto ao uso desmesurado da reserva do possível.

4.2. Recepção da Cláusula da Reserva do Possível no Direito Brasileiro

Já havíamos dito que a adoção da reserva do possível, em nosso país, tem conotação totalmente diversa da que foi aplicada em seu país de origem, a Alemanha. Sem intenção de sermos repetitivos, importante se faz lembrar que, ao invés de associarmos sua aplicação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que, aliás, nos parece bastante cabível, em nossa nação a ideia foi assimilar tal cláusula como mera limitação financeira ou material das possibilidades estatais. Esse fato pode se tornar extremamente arriscado, ainda mais quando nos referimos a direitos que ensejam uma prestação pecuniária que envolve a proteção da dignidade do cidadão, e essa ideia tem que restar muito contundente em nossas consciências.

No que tange a esse fato, diversos são os entendimentos, tendo em vista a polêmica que o tema suscita. Existem os que militam sobre a ideia de que o Estado é vítima de limitações que independem de sua iniciativa.

Com isso, caberia a decisão estatal de alocar estes recursos de forma racional e isso poderia inevitavelmente impossibilitar o atendimento de algumas reivindicações que o estado não teria condições de atender por mera ausência de recursos financeiros.

Além disso, há intensa manifestação acerca da interferência do Poder Judiciário que não caberia, tendo em vista que as decisões, quanto à alocação de recursos que estão a serem aplicados em políticas públicas, deveriam caber aos Poderes Legislativo e Executivo.

Ainda nessa linha, a cláusula da Reserva do Possível teria o condão de proteger o erário estatal para que se pudesse os recursos serem alocados em políticas públicas que beneficiariam maior número de cidadãos e não somente a alguns poucos que necessitassem de prestações bastantes onerosas. Ainda sim, existiria o perigo de que, com a concessão de prestações de valor bastante elevados para alguns indivíduos, houvesse a criação de um precedente que permitiria que outros indivíduos viessem a requerer igual prestação e, com isso, os recursos financeiros fossem ainda mais escassos e possivelmente desviados de outras áreas, o prejudicaria a coletividade como um todo.

Nessa perspectiva milita Sérgio de Oliveira Netto que expõe:

Noutras palavras, o Poder Judiciário, por mais bem intencionado que esteja no intuito de conferir cabal aplicabilidade às normas diretoras do sistema jurídico, não pode pretender arvorar a hercúlea tarefa de tentar suprir todas as carências sociais, mediante a expedição de uma ordem judicial. Que, de antemão, já se sabe que não alcançará efetividade, face a inexistência de condições materiais (leia-se, precipuamente econômicas) capazes de viabilizar sua implementação.¹¹⁸

Notório se faz que o autor expressa uma preocupação com a efetividade da ordem judicial que concederia a prestação pleiteada, alegando que possivelmente ela não encontraria efetividade diante das limitações financeiras estatais.

Ainda a respeito da questão expressa Flávio Galdino:

Neste sentido, reconhecer um direito concretamente a uma pessoa - especialmente em termos de custos e benefícios - pode significar negar esse mesmo direito (concretamente) e talvez vários outros a muitas pessoas que possivelmente sequer são identificadas em um dado litígio. E uma análise pragmática não pode descuidar desses efeitos prospectivos e concretos. Não pode esquecer a realidade.¹¹⁹

Nesta menção, o autor demonstra uma preocupação prática e racional com relação à destinação dos recursos públicos que, a seu ver, deveria ser distribuída entre as necessidades mais coletivas ao invés de favorecer a poucos indivíduos.

¹¹⁸ OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. **O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 05 jul 2013. Op. cit. documento eletrônico não paginado.

¹¹⁹ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. São Paulo: Lúmen Júris, 2005, p. 235.

Por outro, existem os que corroboram com a ideia de que não se justifica a penalização daqueles que necessitam de algum amparo estatal pecuniário e que a simples negativa a essa pretensão não encontra justificativa razoável.

Os direitos sociais seriam uma prerrogativa amparada constitucionalmente que deve ser atendida tão logo estivesse comprovada a necessidade do requerente e a sua impossibilidade de supri-la sem o amparo estatal. Nesse quadro, se encontram mais comumente o direito à saúde o qual inclui as prestações positivas relativas a necessidade de tratamento de alto custo que, com a ausência, poderia comprometer a saúde do indivíduo requerente.

Andreas Joachim Krell a esse respeito preleciona:

E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está tão 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 doentes incuráveis ou terminais?"¹²⁰

Deste modo, para o autor, por ser o Brasil um país pobre, é inadmissível empregar a cláusula da reserva do possível se utilizando de um Direito Constitucional comparado equivocado, de forma que essa atitude pode servir de justificativa para que o Estado encontre uma razão para se omitir diante da necessidade de atender a direitos sociais, se utilizando de critérios embasados numa política monetária. Este fato poderia vincular o cumprimento de direitos sociais a existência de recursos abundantes, o que tornaria sua eficácia proibitiva.

De qualquer modo, existe uma ideia de que a Reserva do Possível pode se fazer necessária tendo em vista a escassez de recursos e que seria prudente a eleição e ponderação dos gestores quanto à adoção da aplicação dos recursos públicos, de forma a beneficiar a coletividade, mas sem prejudicar aos que necessitem efetivamente de prestações estatais.

¹²⁰ KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Apud BEDIN, Débora Cristina Roldão. **A efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário e a reserva do possível** Revista de Direito Público, Londrina, V. 4, N. 2, p. 12-28, MAIO/AGO. 2009.

A respeito disso comenta Ingo Wolfgang Sarlet:

Considerando que a reserva do possível implica na existência de recursos para a realização de direitos fundamentais e na possibilidade jurídica de uso destes recursos, em consonância com a previsão orçamentária e com a competência tributária, legislativa e administrativa, sem olvidar a proporcionalidade exigida no momento da análise, trata-se efetivamente de um limite jurídico e fático imposto aos direitos sociais, mas que nem sempre servirá para impedi-los podendo servir para a garantia da preservação de sua essência quando houver conflito com outro direito da mesma natureza e que poderá garantir o mínimo existencial de uma grande parcela da comunidade.¹²¹

Como se pôde observar, o autor adotou uma postura moderada, mas que ainda significa a relativização de direitos sociais diante da presença da cláusula da reserva do possível.

No que tange as posturas adotadas e expressas através da jurisprudência pátria o que predomina é que, ao ser adotado como elemento de defesa pelo Estado, a reserva do possível não pode ser meramente alegada, mas sim comprovada a incapacidade do Estado em adimplir com a prestação pleiteada, ou seja, cabe ao Estado o ônus da prova no sentido de comprovar que não existem condições financeiras e ou materiais para atender à necessidade levantada por alguém que veja seu direito fundamental social desrespeitado.

A este respeito preleciona Daniel Sarmento apud Kellen Ávila que:

[...] não basta, portanto, que o Estado invoque genericamente a reserva do possível para opor à concessão judicial de prestações sociais - como, infelizmente, tem ocorrido na maior parte das ações nesta matéria. É preciso que ele produza prova suficiente desta alegação.¹²²

Diante disso, fica assegurada uma garantia para quem necessita da assistência estatal e recebe uma negativa: que, em juízo, o ente estatal invocado comprove sua alegação, qual seja que não dispõe de recursos orçamentários para atender a reivindicação do requerente.

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹²² SARMENTO, Daniel. apud ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. Teoria da reserva do possível. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3558, 29 mar. 2013 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/24062>>. Acesso em: 21 jun. 2013. Documento eletrônico não paginado.

De qualquer modo, a jurisprudência do STF e do STJ vem considerando a cláusula da Reserva do Possível, mas se utiliza dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para ajudar a bem adequar a reserva do possível ao caso concreto, ou seja, verifica se existe adequação entre o meio empregado e o fim a se alcançar bem como se não existe excesso à adoção da reserva do possível, de forma a regular a discricionariedade que é inerente ao ato administrativo, claro que dentro da vinculação imposta pela lei a este ato administrativo. Também é analisado pela autoridade judiciária se há realmente necessidade da prestação reivindicada pelo autor e se o meio para alcançá-la é mesmo através da tutela oferecida pelo Estado.

E não fica por aí. Mais detidamente, quando o Poder Judiciário é recrutado para se manifestar a respeito do pleito de alguém que diz necessitar da prestação estatal, ele verifica se a não prestação estatal representa a invasão do mínimo existencial da pessoa humana, o que ensejaria que o Poder Judiciário reconhecesse que o caso mereceria a respectiva proteção. Isso representa que o mínimo existencial deve ser respeitado em detrimento da reserva do possível e que o Poder Público não pode simplesmente se escusar de atendê-lo, alegando que não tem condições financeiras e ou materiais de cumpri-la.

Por outro lado, se realmente o Poder Público conseguir provar, em juízo, que não dispõe de recursos orçamentários para cumprir com seu dever constitucionalmente estabelecido, não será possível exigir a imediata efetivação do comando constitucional. Essa situação é considerada pelo Poder Judiciário e este investigará com o fim de comprovar se existe alguma real possibilidade para o cumprimento do direito prestacional previsto na Lei Maior.

Outro aspecto que o Poder Judiciário vem considerando é o fato da implicação que a concessão de direito fundamental a alguém possa repercutir no cerceamento de direitos de demais. Nessa situação, o STF vem negando o referido direito quando, por ser bastante oneroso, possa comprometer o orçamento que poderia beneficiar outros tantos indivíduos sendo exemplo desse fato pleitos concernentes a tratamentos de saúde bastante onerosos. Em todo este contexto, resta evidente a necessidade de ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

Existe grande controvérsia a respeito de que o Poder Judiciário estaria invadindo a competência dos Poderes Executivo e Legislativo ao não considerar a cláusula da reserva do possível, com isto estando a violar o princípio constitucional da separação dos poderes. No entanto, quando o Poder Judiciário atende somente a demandas não baseadas em normas programáticas, quais aquelas que dependam do aval do poder legislativo, e sim as que dizem respeito a direitos originários de prestação, não há que se falar que o Poder Judiciário estaria invadindo as competências dos outros Poderes da República e sim fazendo valer o mínimo existencial da pessoa humana.

Além disso, quando o Poder Judiciário é invocado a opinar a respeito de concessão de direitos que não estejam, explicitamente, entre o que se incluiriam entre os que se enquadrariam no mínimo existencial, ele está a exercer a função estatal que lhe cabe enquanto Estado-juiz e buscando dirimir um conflito de interesses entre o cidadão, notadamente parte vulnerável no conflito, e o Estado que é parte na relação judicial e que não deveria ter nada a temer. Aqui invocamos o preceito constitucional expresso no artigo 5º, inciso XXV que diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;¹²³

Diante deste dispositivo constitucional, resta claro que é assegurado o direito ao cidadão de procurar o Poder Judiciário quando sentir que possui direito que venha a ser ameaçado. Se essa ameaça a direito vier a existir quando o Estado, seja por ato comissivo ou omissivo, deixe de cumprir com dever, cujo descumprimento, que contribua para a ineficácia de direito do indivíduo, a este assiste o direito de invocar a assistência judicial.

¹²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.

Na prática, o direito a que tanto nos referimos consiste no fato do sujeito não ver respeitado seu direito a alguma ordem de prestação positiva estatal. Por outro lado, existe um Poder Executivo que não pretende atender à necessidade do indivíduo.

Feitas essas necessárias considerações, passemos à atuação do Poder Judiciário com vistas a procurar resolver os conflitos diante da aplicação da cláusula da reserva do possível frente à busca de assistência estatal, por parte do indivíduo ou da alguma coletividade, sendo essa assistência em decorrência de algum direito social que é previsto constitucionalmente.

Vejamos o seguinte acórdão do STF, que se trata da STA-238/TO, cujos trechos do texto expomos abaixo:

Trata-se de suspensão de tutela antecipada, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Município de Palmas/TO, contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara dos Feitos das Fazendas e Registros Públicos da Comarca de Palmas/TO, na Ação de Reparação de Danos Morais e/ou Materiais no , mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, que deferiu a antecipação de tutela recursal para determinar ao Estado do Tocantins e ao Município de Palmas a prestação de tratamento odontológico, com aplicação de anestesia geral, em favor de FRANCISCO CEZÁRIO NASCIMENTO, paciente portador de distúrbios mentais. [...]“assim como a obrigação do Estado, por meio dos seus entes, de garantir o direito à saúde, não vislumbro risco de lesão grave à ordem, à saúde, à segurança e à economia do Município de Palmas, devendo ser mantido o tratamento conforme garantido pela decisão combatida, pois sua interrupção poderá ocasionar o denominado dano inverso, com graves e irreversíveis prejuízos [...] As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar de “mínimo existencial” e da “reserva do possível”[...] Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros poderes quanto à formulação de políticas públicas. Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes.[...] ante a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstâncias específicas de cada caso que serão decisivas para a solução da controvérsia. Há que se partir, de toda forma, do texto constitucional e de como ele consagra o direito fundamental à saúde. [...] é imprescindível

distinguir se a não-prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, ou de uma decisão administrativa de não fornecer.¹²⁴

Do trecho acima, que são trechos concernentes ao pedido de Suspensão de Tutela Antecipada, que o Supremo Tribunal Federal reitera a decisão proferida em instância inferior, a qual concluía por dever ser concedido a um deficiente físico, o tratamento odontológico com a aplicação de anestesia geral. Fica claro que é necessária a realização de tal tratamento. Inclusive o relator informa não ver nessa concessão, alguma ameaça à ordem, como é usual se alegar nessas situações. Ainda menciona que diante de necessidade de ponderações, as circunstâncias específicas é que serão determinantes na solução do caso concreto.

Outra interessante situação, que trata de recurso especial interposto diante do STJ, é exposta através de trechos do acórdão que apresentamos abaixo:

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. [...] 3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. [...] 5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Trata-se de suspensão de tutela antecipada, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Município de Palmas/TO, contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara dos Feitos das Fazendas e Registros Públicos da Comarca de Palmas/TO, na Ação de Reparação de Danos Morais e/ou Materiais no , mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, que deferiu a antecipação de tutela recursal para determinar ao Estado do Tocantins e ao Município de Palmas a prestação de tratamento odontológico, com aplicação de anestesia geral, em favor de FRANCISCO CEZÁRIO NASCIMENTO, paciente portador de distúrbios mentais.. Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada julgada improcedente. Acórdão Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 238/TO. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 28 out 2008.

daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador"¹²⁵

Essa decisão tem o condão de demonstrar várias dos preceitos anteriormente visitados ao longo desse texto. Interessante as observações do relator do recurso que observa que não se configura justificativa ao administrador público o uso da reserva do possível e, conforme as palavras dele, "A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador".

Ainda se faz importante a menção, exposta no acórdão acima, ao necessário respeito que se deve dedicar à dignidade da pessoa humana e que a não prestação estatal, requerida pelo autor, representa uma omissão que desrespeita a esse fundamento constitucional. Além disso, o relator aduz que não cabe ao governante optar pelo atendimento dos direitos fundamentais, além de não depender de vontade política. Sendo esses direitos fortemente ligados à dignidade da pessoa humana não podem encontrar obstáculo a sua concretização na alegação de escassez de recursos.

Por fim, podemos concluir que o princípio da reserva do possível, no caso brasileiro, não pode ser adotado de forma absoluta, sob pena de incorrer-se em grandes injustiças. À exceção da incapacidade econômico-financeira estatal objetivamente comprovada, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada com o objetivo de exonerar-se, o Estado, de suas responsabilidades constitucionalmente estabelecidas, especialmente quando esta omissão possa resultar em desrespeito a direitos fundamentais que estão previstos em nosso Texto

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Direito à saúde. Direito subjetivo. Prioridade. Controle judicial de políticas públicas. Escassez de recursos. Decisão política. Reserva do possível. Mínimo existencial. Recurso especial julgado procedente. Acórdão em recurso especial nº 1.068.731/RS. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20 mar 2012.

Constitucional e que são resultado de lutas históricas que culminaram em conquistas para a comunidade universal, qual seja o efetivo respeito à dignidade da pessoa humana. Aliás, é fundamental observar que o Estado surgiu para haver o equilíbrio e desenvolvimento de sua população e isso basicamente envolve o respeito a dignidade da pessoa humana de forma efetiva, sendo este um fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro constitucionalmente reconhecido.

CONCLUSÃO

A Reserva do Possível é uma ferramenta da qual se faz uso o Estado para expor que não encontra recursos tanto financeiros quanto materiais para atender as demandas suscitadas, para as quais este deva oferecer alguma resposta tendo em vista cumprir com o seu papel de provedor das necessidades de seus governados. No entanto, como qualquer outro instrumento, pode representar algo pernicioso se não for empregado com os cuidados necessários ao seu uso adequado.

Ao longo do estudo desenvolvido, pudemos demonstrar que não é o instrumento que se faz inadequado, mas sim o uso que se faz dele, que pode representar prejuízos à população. Explicando-nos melhor, o princípio da reserva do possível não é em si algo ruim, mas o emprego inadequado que se faz dele para se justificar a ausência de socorro do Estado à sua população mais impossibilitada de prover às suas necessidades mais urgentes sejam elas de que ordem financeira ou estrutural é o que desvirtua o instrumento em si.

O mínimo existencial, nesse contexto, é relativo tendo em vista que vai depender da demanda necessária invocada pelo indivíduo ao Estado e de sua não condição de atendê-la sem o patrocínio estatal. Isso representa, como já foi amplamente exposto, que o núcleo essencial dos direitos, os quais não necessitam de previsão legal para serem atendidos podem ser invocados ao poder judiciário, quando só a este puder acorrer para ter seu pleito atendido, já que ao Poder Judiciário cabe resolver as contendas que a ele cheguem. Este fato não pode ser caracterizado como desrespeito ao princípio da separação de poderes, como vem largamente sendo alegado pelos que argumentam a inviabilidade do poder judiciário “invadir” a esfera de atuação do poder executivo. Representa sim a atuação do Estado enquanto juiz, atendendo a uma de suas atribuições para promover o bem estar de seus governados.

Além disso, é direito constitucionalmente consagrado que o cidadão recorra ao Poder Judiciário quando sentir que pode estar sujeito a ver algum direito de que dispõe sob ameaça de ser violado. Cabe lembrar que essa apreciação é pessoal, e cabe ao Poder Judiciário dirimir tal dúvida e eleger a quem cabe à razão, ao Estado ou ao seu governado, e disso encontrar a possibilidade de promover a justiça, que é o dever do Estado-juiz.

Assim, fica evidente que não se constituiria invasão de competências, como vem sendo largamente utilizado enquanto argumento sustentado pelos que, a nosso ver, sentem a ameaça de que uma decisão não parta mais do Poder Executivo ou mesmo do Poder Legislativo, o qual é responsável pela aprovação dos orçamentos governamentais.

Retornando à questão dos direitos sociais e ao mínimo existencial, a linha que demarca a sua separação pode ser tênue, tendo em vista a necessidade do cidadão que invoca o atendimento do direito que necessita. O importante é que não se deve restringir o mínimo existencial a uma concessão de direitos estritamente fundamentais, isso representando os que somente possibilitam a pessoa a sua sobrevivência.

Com isso, queremos dizer que o ser humano necessita de desenvolvimento, crescimento e isso não é possível, por exemplo, com a prestação de alimentos. O ser humano precisa também de cultura e educação, enfim, viver com condições que lhe ofertem uma vida cheia de dignidade e isso só é possível com as condições, ao menos, básicas que lhe possibilitem ser feliz e saudável. Infelizmente isso não é comum em nossa sociedade e vemos nisso, como contributo, uma omissão de ordem estatal, uma falta de comprometimento estatal que não pode ser admissível.

De qualquer modo, é temerário encarar os direitos fundamentais como algo que pode aguardar previsão orçamentária para poder ser atendido adequadamente ou mesmo que possa deixar de ser patrocinado, pelo risco que possa representar o atendimento alastrado de várias reivindicações de valor oneroso. Claro que o Estado pode ter que se deparar com decisões difíceis, mas não se pode, por exemplo, criar ordens de prioridade quando falamos em vidas sofrendo riscos de se esvaírem por falta de um socorro estatal urgente e necessário. Assim, é mais conveniente, se necessário, uma realocação de recursos de áreas que não sejam tão prioritárias para as que necessitam desses recursos até diante de sua importância, as quais representem um efetivo respeito à dignidade da pessoa humana, a qual é fundamento do nosso Estado Democrático de Direito.

Deste modo, não há que se falar, a nosso ver, de relativizar os direitos fundamentais em detrimento de um pretense bem coletivo, já que o próprio bem coletivo passa pelo respeito de todos e de cada um dos membros da coletividade pela qual é responsável o Estado em questão. A não tutela do estado a esses

direitos representa sim uma omissão ao papel para o qual foi criado e do qual não poderia se eximir, qual seja o de garantir uma vida aos seus membros com dignidade atendendo, assim, o comando constitucionalmente consagrado.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. Teoria da reserva do possível. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3558, 29 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/24062>>. Acesso em: 21 jun. 2013.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Globo, 2008.

BEDIN, Débora Cristina Roldão. **A efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário e a reserva do possível**. Revista de Direito Público, Londrina, V. 4, N. 2, P. 12-28, MAIO/AGO, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.

_____. **Lei nº 8.472** (Lei Orgânica da Assistência Social). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8742.htm>. Acesso em: 01 jul 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Direito à saúde. Direito subjetivo. Prioridade. Controle judicial de políticas públicas. Escassez de recursos. Decisão política. Reserva do possível. Mínimo existencial. Recurso especial julgado procedente. Acórdão em recurso especial nº 1.068.731/RS. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20 mar 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Trata-se de suspensão de tutela antecipada, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Município de Palmas/TO, contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara dos Feitos das Fazendas e Registros Públicos da Comarca de Palmas/TO, na Ação de Reparação de Danos Morais e/ou Materiais no , mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, que deferiu a antecipação de tutela recursal para determinar ao Estado do Tocantins e ao

Município de Palmas a prestação de tratamento odontológico, com aplicação de anestesia geral, em favor de FRANCISCO CEZÁRIO NASCIMENTO, paciente portador de distúrbios mentais.. Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada julgada improcedente. Acórdão Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 238/TO. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 28 out 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva. 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FURLAN, Alessandra Cristina. **Dignidade da Pessoa Humana** in: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. (Coord.) Birigui: Boreal Editora, 2009.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. São Paulo: Lúmen Júris, 2005.

MANCHINI NETO, Dirceu. **A Constituição Brasileira de 1988 e os Direitos Humanos**: Garantias Fundamentais e Políticas de Memória. Disponível em: <<http://revistacientifica.facmais.com.br/wp-content/uploads/2012/10/6.A-onstitui%C3%A7%C3%A3o-Brasileira-de-1988-e-os-Direitos-Humanos-Dirceu-Marchini1.pdf>>. Acesso em: 01 jun 2013.

MARTINS, Fladimir Gerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá. 2003.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 48, 1 dez. 2000 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

MENEZES, Carolina Neves et all; Santos, Larissa Rainha Costa; Jesus, Priscilla Silva de. **A Trajetória dos Direitos Humanos e suas Formas de Concretização**. Disponível em:< <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/view/300/248>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito**

privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

OLIVA, Liliane de Jesus Vollrath. **Razoabilidade e proporcionalidade no ato administrativo discricionário.** Revista Jus Vigilantibus, Sabado, 8 de agosto de 2009.

OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. **O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 05 jul 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 8. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PORTELLA, Simone de Sá. **Considerações sobre o conceito de mínimo existencial.** In: Âmbito Jurídico. Rio Grande, X, n.46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2407>. Acesso em 29 jun 2013.

QUIRINO, Carina de Castro. Os direitos fundamentais sociais e a revisão judicial das escolhas orçamentárias. In: **Direitos Humanos: os 60 nos da Declaração Universal da ONU.** FOLMANN, Melissa; ANNONI, Danielle (Coord.). Curitiba: Juruá, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito,** 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** – uma análise do inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Celso Bastos.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2013.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 8. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____.; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. rev e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **As dimensões da dignidade da pessoa humana – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

SARMENTO George. **As Gerações dos Direitos Humano e os Desafios da Efetividade**. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Gera%C3%A7%C3%B5es-dos-direitos-humanos-e-os-desafios-de-sua-efetividade1.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal. Apud MENEZES, Carolina Neves et all. **A Trajetória dos Direitos Humanos e suas Formas de Concretização**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/view/300/248>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 34. ed. atual. e amp., 2011.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2002.