
A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A DIGNIDADE HUMANA

*THE EFFECTIVITY OF SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS
AND HUMAN DIGNITY*

Claudia de Oliveira Fonseca

*Advogada - Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de
Brasília (UnB) Professora da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Dignidade Humana e os Direitos Fundamentais; 2 A concretização dos direitos fundamentais: a necessidade de um mínimo existencial; 3 Os direitos fundamentais sociais e a escassez de recursos públicos: a teoria da reserva do possível; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: A Constituição de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil. Entretanto, apesar do texto constitucional trazer um rol de direitos fundamentais para garantir essa existência digna, lamentavelmente, o poder público não tem cumprido esse mandamento, o que tem ensejado a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, sempre que provocado, para viabilizar a concretização desses direitos. Nesse contexto, surge a necessidade de um estudo mais aprofundado do mínimo existencial, conjunto de condições materiais indispensáveis à existência com dignidade, em contraposição à teoria da reserva do possível, fundamento das alegações do poder público para não concretizar a totalidade desses direitos. Pretende-se aprofundar o estudo dos direitos fundamentais sociais, especificamente no que diz respeito à sua concretização pelo poder público. E, havendo omissão do ente estatal, como o Judiciário vem se posicionando no caso concreto? Para atingir o objetivo geral da investigação foi utilizada a revisão bibliográfica, análise documental, estudo comparativo e pesquisa jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade humana. Direitos fundamentais. Mínimo existencial. Políticas públicas. Reserva do possível.

ABSTRACT: The 1988 Constitution elevated the dignity of the human foundation of the Federative Republic of Brazil. However, despite the Constitution to bring a list of fundamental rights to ensure the dignified, unfortunately, the government has not fulfilled this commandment, which has occasioned the need for intervention of the Judiciary, when provoked, to enable the implementation of these rights. In this context there is a need for further study of the existential minimum, set of material conditions necessary for existence with dignity, as opposed the theory of the reservation as possible, the foundation of the claims of the public not to realize the full entitlement. It is intended to deepen the study of fundamental social rights, specifically with regard to its implementation by the public. The aim is to analyze how the judiciary is positioning itself in this cases? To this end, we have used literature review, document analysis, comparative study and research case law.

KEYWORDS: Human dignity. Fundamental rights. Minimum necessary to existence. Public policies. Reserve of the possible.

INTRODUÇÃO

O atual texto constitucional traz um rol de direitos sociais que objetivam garantir uma existência digna ao cidadão. Dentre esses direitos é possível citar: o direito à educação, saúde, moradia, acesso à justiça, alimentação, etc. Os direitos sociais¹ fazem parte da segunda geração ou dimensão dos direitos fundamentais. Tais direitos visam assegurar o mínimo de bem estar ao cidadão e remete à noção de uma existência digna. Garantir a efetivação dos direitos sociais seria, portanto, o patamar básico que equivaleria os membros da sociedade no ideal de dignidade humana.

Segundo Comparato², fundados no princípio da solidariedade humana, os direitos sociais foram alçados à categoria jurídica concretizadora dos postulados da justiça social, dependentes, entretanto de execução de políticas públicas voltadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e pobres. Os direitos sociais exigem uma prestação positiva, isto é, exigem um “fazer” por parte do Estado. Nesse contexto, pode-se afirmar que o ente estatal tem o dever constitucional de aplicar as verbas públicas previstas na lei orçamentária para viabilizar a concretização dos direitos fundamentais sociais. Caso não adote tal postura, o poder público estará lesionando, ou ameaçando de lesão, direitos básicos do ser humano, direitos esses que o legislador constituinte quis proteger.

Eis o propósito do presente texto: estudar a problemática referente à eficácia dos direitos sociais face à omissão administrativa, partindo do exame dos diversos posicionamentos apresentados na doutrina brasileira sobre o tema. Também pretendemos investigar como o Poder Judiciário brasileiro vem se manifestando na análise de situações fáticas que lhe são submetidas, quando o jurisdicionado reclama pela não prestação, por

1 A doutrina moderna classifica os direitos fundamentais em gerações (ou dimensões) tomando por base a ordem cronológica em que tais direitos passaram a ser reconhecidos constitucionalmente. A 1ª dimensão refere-se à liberdade do indivíduo em relação ao Estado, com a contenção do arbítrio estatal; trata-se dos primeiros direitos reconhecidos pelas Constituições, voltados contra a opressão do monarca absolutista. São também chamados de direitos negativos ou de defesa. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais, bem como os direitos coletivos ou de coletividade. Aqui, cabe ao Estado o compromisso de promover o bem-estar social, precisando agir positivamente de modo a intervir na realidade econômica e social. São também chamados de direitos prestacionais, pois reclamam do Estado uma atuação positiva. Os direitos de terceira dimensão, por sua vez, dirigem-se à proteção dos direitos coletivos e difusos, como o meio ambiente, a paz, os direitos do consumidor, entre outros. São direitos cuja titularidade pertence a todo o gênero humano. Alguns autores falam de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais.

2 COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

parte do ente estatal, dos direitos essenciais para uma existência com dignidade e o Estado utiliza argumentos atinentes à reserva do possível.

1 A DIGNIDADE HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição de 1988 inovou ao elevar a dignidade da pessoa humana à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil. Trata-se, portanto, de um dos pilares básicos do Estado Democrático de Direito. Assim, com o advento do atual texto constitucional, o tema dignidade da pessoa humana tem sido muito debatido entre os doutrinadores brasileiros. Para Silva:

A dignidade da pessoa humana é dotada, ao mesmo tempo, da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica [...] se é fundamento, é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. [...] Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional³.

No entendimento de Sarlet⁴, a dignidade da pessoa humana trata-se de:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes 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”.

A dignidade humana deve nortear não apenas a atividade de interpretação da lei, mas deve atuar como norma jurídica que deve ser concretizada e, a ciência jurídica deve lhe proporcionar meios para tanto, é o que afirma Jacintho⁵:

3 SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

5 JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade Humana – Princípio Constitucional*. Paraná: Juruá, 2006.

O princípio da dignidade da pessoa humana, de consagração expressa no art. 1º, III, art. 170 e art. 226, § 7º da Constituição Federal de 1988 assumiu feição claramente axiológica, eixo gravitacional sobre o qual transita não apenas o regime dos direitos fundamentais, como também, a estruturação do Estado brasileiro. A dignidade da pessoa humana atua, pois, como vetor não apenas da atividade hermenêutica dos direitos fundamentais, porém, como norma cuja concretização a ciência jurídica deve se propor a incessantemente buscar.

Os direitos sociais exigem uma prestação positiva, isto é, exigem um “fazer” por parte do Estado. Se o Estado não viabiliza a concretização desses direitos, ele estará lesionando ou ameaçando de lesão os direitos fundamentais protegidos constitucionalmente. Estará, em via de consequência, violando a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, como afirmam Guerra e Emerique⁶, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. Ainda segundo os mesmos autores, embora seja uma preocupação significativa com os direitos fundamentais e com a valorização da pessoa, infelizmente observa-se a violação contínua dos referidos direitos e o aviltamento da dignidade humana.

Para Sarmiento⁷ o Estado não tem apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo um mínimo vital para cada ser humano em seu território. E ainda acrescenta o mesmo autor: o homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.

Para Silva⁸ os direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado de forma direta ou indireta que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, visando igualar situações sociais desiguais. Com isso se cria condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, fazendo com que os direitos sociais proporcionem maiores possibilidades para o exercício efetivo da liberdade.

Nesse contexto, já é possível constatar que a garantia de um mínimo existencial implica na concretização do princípio da dignidade

6 GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 9, dez. 2006.

7 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

8 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro e que deve ser observado pelo administrador público em sua atuação.

2 A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A NECESSIDADE DE UM MÍNIMO EXISTENCIAL

Cabe ao poder público concretizar os direitos sociais previstos no texto constitucional, sendo, portanto, dever do ente estatal assegurar de forma plena a concretização da dignidade da pessoa humana, o que deve ser feito, preferencialmente, através da implementação de políticas públicas que possam assegurar proteção razoável e suficiente à parcela mais pobre da população.

Quando o legislador constituinte elevou o princípio da dignidade humana a fundamento do Estado brasileiro ele estava determinando que, no exercício das funções do Estado, cabe a cada um dos poderes constituídos pelo ordenamento jurídico brasileiro (legislativo, executivo e judiciário) a observância da dignidade humana. Isso significa que o legislador não poderá aprovar um projeto de lei que possibilite violação à vida digna; o administrador público, no exercício da função executiva, não poderá fazer escolhas que não observem esse mesmo preceito. E, finalmente, o judiciário, deverá estar atento à atuação dos demais representantes do poder e, quando lhe for apresentada a demanda judicial, deverá decidir sempre com os olhos voltados para a concretização do preceito maior do ordenamento jurídico brasileiro: a concretização do princípio da dignidade.

Entretanto, apesar de o legislador constituinte ter elevado a dignidade humana à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil, tem-se percebido que, infelizmente, o poder público não tem cumprido com esse mandamento constitucional, o que tem ensejado a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, através de provocação do jurisdicionado, para viabilizar a concretização desses direitos.

Não há dúvida que ao se omitir e descumprir a imposição ditada pela Constituição Federal, o Estado assume um comportamento grave no aspecto político-jurídico, eis que com a sua postura ele põe em xeque a aplicação dos postulados garantidos na Carta Magna e, mais do que isso, ameaça lesionar direitos que representam o fundamento do próprio Estado Democrático.

Quando o ente estatal não adota as medidas cabíveis, necessárias à realização concreta dos preceitos trazidos na Constituição, tornando-os efetivos, operantes e exeqüíveis, está, por via de consequência, abstendo-se de cumprir o seu dever traçado no texto constitucional, possibilitando,

em contrapartida, a violação aos direitos assegurados pelo legislador constituinte.

A não concretização dos preceitos constitucionais ou sua concretização de modo insuficiente à forma como está previsto na Carta Magna, leva o ente público a incidir em inconstitucionalidade por omissão. Essa omissão do poder público pode ser total, quando nenhuma providência é adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

Nesse contexto, com fundamento na própria Lei Maior e como instrumento para efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana a doutrina faz referência à necessidade de garantia de um mínimo existencial, composto por parcelas indispensáveis para que o cidadão possa viver com dignidade.

Para Sarlet⁹,

A dignidade da pessoa humana, princípio que inspira todo o texto constitucional, exige ações estatais implementando e garantindo o denominado mínimo existencial. O princípio da dignidade da pessoa humana assume, no que diz com este aspecto, importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido.

Para Torres¹⁰ o mínimo existencial corresponde a um direito constitucional imediatamente exigível. Para ele “há 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”. Afirma ainda o mesmo autor que:

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo.

Entendimento também compartilhado por Silva¹¹, ao afirmar que “não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a

9 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

10 TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

11 SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

incultura, pois a liberdade humana com frequência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade”.

Também com o entendimento do dever do Estado em garantir um mínimo necessário à existência digna, Guerra e Emerique¹² afirmam que:

As formulações em torno do mínimo existencial expressam que este apresenta uma vertente garantística e uma vertente prestacional. A feição garantística impede agressão do direito, isto é, requer cedência de outros direitos ou de deveres (pagar imposto, p. ex.) perante a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna da pessoa ou da sua família. Neste aspecto o mínimo existencial vincula o Estado e o particular. A feição prestacional tem caráter de direito social, exigível frente ao Estado. Neste caso, não se pode deixar de equacionar se esse mínimo é suficiente para cumprir os desideratos do Estado Democrático de Direito.

Segundo Barcellos¹³, uma proposta de concretização desses efeitos exigíveis diante do Poder Judiciário, sem os quais o princípio da dignidade da pessoa humana se considera violado, deve incluir: *ensino fundamental gratuito*, prestações de saúde preventiva e assistência aos desamparados. Entretanto, quando a autora trata de saúde básica entende que o direito à saúde é composto, unicamente, por aquelas prestações que estejam disponíveis pela rede pública:

É claro que a definição de quais prestações de saúde compõem esse mínimo envolve uma escolha trágica, pois significa que, em determinadas situações, o indivíduo não poderá exigir judicialmente do Estado prestações possivelmente indispensáveis para o restabelecimento ou a manutenção de sua saúde, caso elas não estejam disponíveis na rede pública de saúde. Esta é uma decisão que, verdadeiramente, gostaríamos de evitar. É certamente penoso para um magistrado negar, *e.g.*, o transplante ou o medicamento importado que poderá salvar a vida do autor da demanda, pelo fato de tais prestações não estarem compreendidas no *mínimo existencial* que decorre da Constituição e nem constarem de qualquer outra norma jurídica como uma opção política adicional.

12 GUERRA; EMERIQUE, op. cit.

13 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Certo é que apesar da divergência doutrinária em relação às parcelas que compõem o mínimo existencial fica claro que, em determinadas circunstâncias, para ter uma vida com dignidade será preciso exigir as prestações materiais que o constituinte estabeleceu como dever do Estado.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS: A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Apesar do princípio constitucional de garantia de uma vida digna, nem sempre o Estado implementa políticas públicas capazes de assegurar a concretização dos direitos sociais, necessários para garantir uma existência com dignidade ao cidadão. Nesse contexto, com o objetivo de justificar a não efetivação de direitos fundamentais sociais, o poder público tem invocado a teoria da reserva do possível, e afirma não existir recursos financeiros suficientes para concretizar tais direitos.

A teoria da reserva do possível, também denominada de reserva do financeiramente possível, é de origem alemã e foi mencionada pela primeira vez em julgamento do Tribunal Constitucional alemão em 1960.

Nessa decisão histórica analisava-se uma demanda proposta por estudantes que não tinham sido contemplados com uma vaga em escolas de medicina de Hamburgo e Munique, em virtude da política de limitação do número de vagas em cursos superiores. Ao decidir a questão o tribunal entendeu que o direito à prestação positiva por parte do Estado – nesse caso específico, o aumento do número de vagas nas universidades – encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. Na ocasião, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que ampliar o número de vagas nas universidades sacrificaria outros serviços públicos em decorrência da onerosidade excessiva e da escassez de recursos, em parte decorrente do período pós-guerra.

No Brasil a teoria ganhou novo contorno e uma interpretação distinta daquela oriunda do seu surgimento. No dizer de Scaff¹⁴, a versão brasileira da teoria da reserva do possível vem se fundamentando na afirmação de que as necessidades humanas são infinitas e os recursos financeiros para atendê-las são escassos. Dessa forma, em inúmeras situações quando o cidadão exige a efetivação de determinado direito fundamental, o ente estatal afirma não ser possível face às limitações de ordem econômica.

14 SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 7, n. 32, p. 213-226, jul./ago. 2005.

Siqueira¹⁵ entende que essa teoria foi concebida com o objetivo de legitimar a ausência do Estado na concretização de direitos assegurados constitucionalmente.

Assim, por um lado, a Constituição brasileira assegura um rol de direitos fundamentais sociais que demandam uma atuação positiva do ente público, por se tratarem de direitos prestacionais, direitos que exigem uma atuação positiva do ente estatal. Por outro lado, surge o argumento da escassez de recursos, utilizado pelo ente público pautando-se na reserva do possível para justificar o não atendimento de todas as necessidades.

Para Olsen¹⁶ a reserva do possível pode ser considerada como:

Um elemento externo à norma de direito fundamental; no caso dos direitos fundamentais sociais, isso significa que o princípio determinaria posições jurídicas *prima facie* as mais amplas possíveis, as quais eventualmente poderiam ser restringidas em face da limitação dos recursos disponíveis para torná-las posições jurídicas definitivas, prontamente exigíveis.

Ainda segundo a mesma autora, na atuação restritiva, a reserva do possível deve respeitar o núcleo essencial do direito fundamental social, aferível nos casos concretos, sempre atendendo à proporcionalidade, não se podendo diferenciar quais os tratamentos médicos que se encontram acobertados pelo direito à saúde de forma abstrata, sem antes ponderar as circunstâncias do caso concreto.

Assim, é evidente que essa discussão da garantia de um mínimo existencial em contraposição à reserva do possível está intrinsecamente ligada à concretização do princípio da dignidade humana e às restrições orçamentárias do poder público.

Nesse sentido, como se tratam de interesses importantes que se encontram em conflito, parece que cabe ao Poder Judiciário, quando essa temática lhe for submetida, ponderar a situação fática. Para tanto, como sugere Olsen¹⁷, o Judiciário tem dois instrumentos para tal ponderação: o postulado da proporcionalidade enquanto proibição da insuficiência e o mínimo existencial. No primeiro caso, a proporcionalidade pode ser medida tanto em relação às condutas praticadas pelos poderes públicos que tornaram “impossível” a realização do direito fundamental em questão,

15 SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Da reserva do possível e da proibição de retrocesso social. *Revista do tribunal de contas do Estado de Minas Gerais*, ano XXVIII, v. 76, n. 3, jul./set. 2010.

16 Apud, BARCELLOS, 2008. p. 204.

17 Ibidem.

quanto em relação à exigência do titular do direito frente ao Estado. Já o mínimo existencial, afirma a autora, embora de conteúdo indefinido e variável, em respeito aos padrões de valores vigentes na sociedade, pode ser considerado um parâmetro para a exequibilidade dos direitos fundamentais sociais sempre que a vida humana com dignidade estiver em risco.

No entendimento de Barcellos¹⁸:

A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Olsen¹⁹ afirma que se, por um lado, os direitos fundamentais sociais não configuram categoria jurídica absoluta, também não o é a reserva do possível. Logo, a escassez de recursos não pode ser tomada como dogma em virtude das dificuldades econômicas enfrentadas pelo Estado brasileiro, mas como um elemento a ser utilizado na ponderação dos institutos.

Na mesma linha é o entendimento de Stumm²⁰:

O direito não é necessariamente restringível. A necessidade de restringi-lo advém das relações que o homem mantém com outros

18 BARCELLOS, 2008.

19 *Apud*, BARCELLOS, 2008.

20 STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

homens e com bens coletivos. Dessa forma, a restrição acontece por uma necessidade externa ao direito, que tem de compatibilizar diferentes direitos individuais e bens coletivos. [...] A necessidade de restrição ao direito é sempre *a posteriori*, pois o direito não nasce desde já limitado, somente surge da necessidade de harmonização e 'conciliação com outro direito fundamental ou interesse constitucional suficientemente caracterizado e determinado.

A verificação da insuficiência de recursos públicos deve levar em consideração não somente o caso concreto, mas a totalidade dos casos semelhantes, afirma Souza Neto²¹. Esse mesmo autor defende a racionalização da atividade judiciária e quando os julgadores forem chamados a proferir decisões em demandas complexas que envolvam a concretização de direitos sociais, primeiro eles devem verificar, com cautela, as consequências práticas de suas decisões:

O parâmetro da universalização é fundamental para tornar a ação do Estado coerente e imparcial. Do contrário, apenas os cidadãos que obtiveram sucesso em suas ações judiciais teriam seus direitos sociais efetivados, invertendo-se a lógica igualitária subjacente aos direitos fundamentais²².

Na jurisprudência é possível encontrar decisões nas quais os magistrados se posicionam pela efetivação dos direitos básicos como instrumento para concretização da dignidade humana:

[...] Se por um lado é correto reconhecer que o dinheiro público é limitado e deve ser gasto de forma adequada e racionalizada, por outro também é certo dizer que a razão de ser do Estado é atender os direitos fundamentais do Homem, de forma a resguardar-lhe um mínimo de dignidade. O Estado tem o dever de proteger e garantir um mínimo existencial à população, devendo adotar mecanismos de gestão democrática do orçamento público, como forma de assegurar os direitos fundamentais como a saúde e a própria vida²³.

21 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org). *Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551.

22 Ibidem.

23 Mandado de Segurança nº 476.084-9, julgado em 24/06/08 pela 4ª Câmara Cível do TJPR, relator Des. Abraham Lincoln Calixto.

Como também é possível encontrar julgados nos quais a decisão do magistrado aponta a teoria da reserva do possível como limite à concretização dos direitos fundamentais, como se vê no trecho a seguir:

A dignidade da pessoa humana, princípio que inspira todo o texto constitucional, exige ações estatais implementando e garantindo o denominado mínimo existencial. - A essa responsabilidade política estatal correspondem políticas públicas concretizadoras. A ausência dessa atuação caracteriza a inconstitucionalidade por uma omissão. Ou seja, deixar de concretizar políticas públicas estabelecidas na Constituição, sob a forma de normas programáticas, é atentar contra a Constituição. [...] O Poder Judiciário não vai dizer à Administração Pública o que deve ser feito. Isso a Constituição já fez. O papel do Poder Judiciário está em exigir que sejam implementadas as políticas sociais já delineadas. - Mas a ingerência jurisdicional no tema políticas públicas não pode ser ilimitada ou mesmo indefinida. É preciso um parâmetro norteador. - Esse vetor é a reserva do possível.²⁴

Apesar de crível a alegação de escassez de recursos públicos, não se pode negar que é dever do Estado garantir condições para uma vida com dignidade. Nesse impasse, cabe ao judiciário aplicar a ponderação de interesses ao caso concreto, permitindo a coexistência do mínimo existencial com a teoria da reserva do possível, de forma que os direitos fundamentais não sejam desrespeitados.

Nessa seara, afirma Souza Neto (2008) que se a Administração dá atenção especial às políticas sociais, deve-se adotar a presunção de legitimidade de suas opções e, nesse caso, o controle jurisdicional deve ser mais flexível. Mas, no caso contrário, se a Administração pretere esse tipo de investimento o controle jurisdicional deve ser mais rígido.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual Constituição brasileira garantiu um rol de direitos básicos, indispensáveis para que o cidadão possa manter uma condição digna de vida. Nesse propósito, o legislador constituinte elevou o princípio da dignidade humana ao patamar de fundamento do Estado brasileiro e, para concretizá-lo faz-se necessário que o Estado disponibilize um patamar mínimo para satisfação das necessidades pessoais, denominado

24 Apelação Cível nº 200172010028273/SC, julgada em 22/05/06 pela 3ª Turma do TRF da 4ª Região, sendo relatora a Des. Fed. Vânia Hack de Almeida. DJ 02/08/06, p. 378.

pela doutrina de mínimo existencial, que seria um conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma existência com dignidade.

Para viabilizar a efetivação desses direitos, cabe ao poder público uma atuação positiva, isto é, ele deve pautar sua atuação de forma a implementar políticas públicas que permitam ao cidadão a garantia de um mínimo necessário para lhe proporcionar uma existência com dignidade, nos ditames do texto constitucional.

Entretanto, tem-se percebido que, infelizmente, o poder público não tem cumprido com esse mandamento constitucional, o que tem ensejado a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, através de provocação do jurisdicionado, para viabilizar a concretização desses direitos.

O posicionamento que vem se consolidando na doutrina brasileira é pela impossibilidade de retrocesso em se tratando de efetivação dos direitos fundamentais. Grande parte da doutrina, dentre os quais Siqueira²⁵, Cunha Júnior²⁶, Barnes²⁷, Conto²⁸, afirma ser impossível a regressão no atendimento dessas necessidades básicas, violando-se um patamar mínimo necessário à existência com dignidade. Dessa forma, seguindo o raciocínio desses doutrinadores, devem ser efetivadas políticas públicas para evitar o retrocesso social.

Em apertada síntese, pode-se afirmar que mesmo diante da alegação do administrador público de escassez de recursos, nem assim será possível deixar a concretização dos direitos fundamentais sociais em segundo plano. Pois, se a Constituição de 1988 buscou garantir um rol de direitos básicos, indispensáveis para que se tenha uma condição digna de vida, cabe ao poder público assegurar tais direitos, através da implementação de políticas públicas, com a finalidade de resguardar e efetivar o fundamento maior do Estado brasileiro.

E como ensina Cunha Júnior²⁹ hoje é exigência da sociedade contemporânea uma expansão do papel do juiz, que, muito mais do que pronunciar as palavras da lei, deve estar atento à efetivação dos preceitos

25 SIQUEIRA, op. cit.

26 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

27 Apud., SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Da reserva do possível e da proibição de retrocesso social Revista do tribunal de contas do Estado de Minas Gerais, julho/agosto/setembro 2010. V. 76, n. 3, ano XXVIII.

28 CONTO, Mário de. *O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

29 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

constitucionais, especificamente à defesa dos direitos fundamentais, quase sempre inviabilizados pela inatividade dos órgãos de direção política.

Portanto, seguindo essa linha de raciocínio, se em sua atuação, o poder público não cumprir o seu dever constitucional, cabe ao Poder Judiciário, sempre que provocado através de demandas judiciais, determinar o suprimento de tal omissão no sentido de concretizar a norma constitucional, assegurando o mínimo existencial necessário para uma existência digna ao cidadão, a fim de evitar o retrocesso social.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O Mínimo existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: Ricardo Lobo Torres (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONTO, Mário de. *O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 9, dez. 2006. EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 9, dez. 2006.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade Humana – Princípio Constitucional*. Paraná: Juruá, 2006.

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. Políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais: controle judicial do dever de progresso e da proibição de retrocesso. In *Caderno de Ciências Sociais Aplicadas*. Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). ano 7, n. 7, jan/jun 2009. Vitória da Conquista: UESB, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. Interesse Público, Porto Alegre, ano 7, n. 32, p. 213-226, jul./ago. 2005.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. Malheiros, São Paulo: 2009.

SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Da reserva do possível e da proibição de retrocesso social *Revista do tribunal de contas do Estado de Minas Gerais*, v. 76, n. 3, ano XXVIII, jul. ago. set. 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de (Org). *Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.