



Escola Da Magistratura do Estado do Rio De Janeiro

O Papel do Poder Judiciário na Proteção à Dignidade da Pessoa Humana e a Teoria da Reserva do Possível

Rafael de Oliveira Galluggo

Rio de Janeiro
2016

RAFAEL DE OLIVEIRA GALLUGGO

O Papel do Poder Judiciário na Proteção à Dignidade da Pessoa Humana e a Teoria da Reserva do Possível

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2016

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Rafael de Oliveira Galluggo

Graduado pela Universidade Candido Mendes.
Pós-graduando em Direito Público e Privado
pela Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro-EMERJ.

Resumo: A Administração Pública tem por dever a implementação de políticas públicas que se coadunem com os objetivos fundamentais da República, sendo a dignidade da pessoa humana um de seus principais. No entanto, por reiteradas vezes, a Administração se omite na concretização desses objetivos, utilizando-se da teoria da reserva do possível como linha argumentativa para se exonerar de eventual responsabilidade. Nesse contexto, tem-se a importância desse estudo, que trabalha a possibilidade de o Poder Judiciário, cuja função precípua é a jurisdicional, implementar medidas que visem a assegurar esses objetivos fundamentais, em especial quando envolver violação à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Dignidade da Pessoa Humana. Reserva do Possível. Ativismo Judicial.

Sumário: Introdução. 1. A importância do princípio da dignidade da pessoa humana pós Constituição de 1988. 2. Teoria da reserva do possível como fundamento ao não atendimento de políticas públicas essenciais. 3. Ativismo Judicial e sua importância na proteção à dignidade da pessoa humana. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para determinar que a Administração Pública, frente à arguição da teoria da reserva do possível, realize medidas de forma a garantir direitos essenciais que, caso não efetivados, venham a violar o princípio da dignidade da pessoa humana. Procura-se demonstrar que, por diversas e reiteradas vezes, a Administração Pública se utiliza do argumento de falta de verbas, ou do poder de discricionariedade no direcionamento das mesmas, evocando a teoria da reserva do possível para, na realidade, ocultar eventuais ilícitos ou omissões.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias sobre o tema, bem como a jurisprudência, em especial recente decisão do Supremo Tribunal Federal, determinando que a

Administração Pública realize reformas emergenciais em presídios, para garantir os direitos fundamentais dos presos.

A Constituição da República possui como um de seus fundamentos justamente a dignidade da pessoa humana, que é verdadeiro princípio norteador de todo o ordenamento jurídico. Portanto, situações em que a Administração Pública se omite ou não faz o devido direcionamento das verbas públicas favorecem a algumas reflexões: ao determinar que a verba pública seja direcionada para realização de determinado fim, estaria o Poder Judiciário violando o princípio constitucional da separação dos poderes? Até onde vai o poder discricionário do administrador público? A teoria da reserva do possível pode ser considerada como fundamento para omitir má gestão da verba pública?

O tema é controvertido, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, especialmente no que refere à violação ou não do princípio da separação dos poderes, prevista no texto constitucional.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “dignidade da pessoa humana”, especialmente após a edição da Constituição da República de 1988, e compreender como a proteção a tal princípio autorizaria o Poder Judiciário a intervir no que, em princípio, seria de competência do Poder Executivo.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho demonstrando justamente a importância que o princípio da dignidade da pessoa humana ganhou após a edição da Constituição de 1988, dando atenção especial no que tange à recente vulgarização de tal princípio.

No segundo capítulo do trabalho, busca-se apresentar e demonstrar como, por reiteradas vezes, o administrador público, por má gestão da verba pública, e se utilizando de forma abusiva da teoria da reserva do possível, não realiza as medidas necessárias à efetivação de direitos fundamentais, que refletem diretamente na dignidade humana.

O terceiro capítulo destina a examinar o ponto nevrálgico do trabalho, que consiste na possibilidade de o Poder Judiciário, em chamado ativismo judicial, adentrar ao que seria de competência do Poder Executivo, para determinar as medidas necessárias, à luz do caso concreto, para efetivação dos direitos e garantias previstos na Constituição da República.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

1. A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988.

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe, pela primeira vez na história do Brasil, a dignidade como fundamento do Estado Brasileiro (CF, art. 1º, inciso III)¹. O país que inaugurou a dignidade da pessoa humana como princípio de valor constitucional foi a Alemanha, na sua Constituição de 1949.

Tal princípio emanou em um contexto de pós-guerra, em especial a segunda guerra mundial, quando foram cometidos diversos atentados contra a vida, saúde, e dignidade de seres humanos de diversas nacionalidades em geral. Observou-se a necessidade de se consagrar direitos e condições mínimas para todo e qualquer ser humano, de sorte que sua dignidade fosse mantida, mesmo em casos de guerra.

¹ BRASIL *Constituição da República*. 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”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acessado em 20 de abril de 2016.

Importante se faz a observação de que nenhum diploma jurídico, nacional ou internacional, conceituou o que seria a dignidade da pessoa humana, razão pela qual esta é uma expressão que suporta diversos conceitos.

No Brasil, esse princípio se tornou normal fundamental do Estado a partir de 1988, conforme já dito, em um ambiente de redemocratização do país, onde diversos direitos e garantias individuais foram suprimidos, pelo regime ditatorial antecedente. O intuito de resguardar a supremacia do regime democrático, bem como todos os direitos e garantias individuais recém-criados fizeram com que o legislador constituinte erigisse a dignidade da pessoa humana como valor fundamental.

Não obstante a dignidade da pessoa humana possuir conceito polissêmico, um dos conceitos mais adotados e aceitos pela comunidade jurídica internacional é aquele elaborado por Immanuel Kant, no sentido de que a dignidade da pessoa humana se fundamentaria na natureza racional do ser humano, sendo este digno por natureza. Sob este prisma, a dignidade seria um atributo natural do homem e não uma concessão do Estado, razão pela qual todos os cidadãos do mundo teriam dignidade, pouco importando se determinado ordenamento jurídico o reconhecesse expressamente ou não. Daí porque se falar em respeito (e não direito) à dignidade da pessoa humana.²

Portanto, a dignidade da pessoa humana, conforme já visto, comporta diversos significados, podendo ser extraída de diversas dimensões, tal como a ontológica, a histórico-cultural, e inclusive política. Portanto, limitar o conceito é algo difícil, a verdadeira importância aqui é entender não o máximo, mas sim o mínimo necessário para se considerar a dignidade respeitada.

O substrato mínimo para compreendermos dignidade humana pode ser extraído do pensamento kantiano, que veda a coisificação e instrumentalização do ser humano. Mesmo para

² KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor, 2006, p. 134 e 141.

os autores que seguem uma linha historicista e negam um fundamento absoluto para os direitos do homem, como Norberto Bobbio, pelo menos dois direitos seriam absolutos: o direito a não ser escravizado e o direito a não ser torturado.

Nos tempos atuais, tem-se a noção de que, mesmo não sendo o ser humano escravizado e torturado, este poderá claramente sofrer violação a sua dignidade. Fica evidenciada aqui a dificuldade de se traçar o mínimo necessário para que se entenda a dignidade como violada, especialmente com civilizações influenciadas por culturas extremamente diversificadas.

Há de se constatar que o direito caminha para uma conceituação mínima do que venha a ser dignidade da pessoa humana, uma espécie de consenso. Para isto, a questão não é tanto o que é, mas sim em quais situações há flagrante violação ao princípio em tela.

O fato de se considerar a dignidade humana como um atributo próprio de cada indivíduo, conforme a corrente kantiana, levando diversos juristas a preferir usar a expressão direito ao respeito à dignidade, mormente o fato de uma definição não ser possível, faz com que o princípio ganhe força e possa ser usado universalmente, não o impedindo a variação histórico-cultural acerca dos conceitos de dignidade. Devido a ideia de a dignidade humana ser uma expressão que contém o próprio cerne do significado do indivíduo, isto se torna o elemento primordial para a sua força perante o ordenamento jurídico, mesmo que um consenso quanto ao significado do termo ainda não tenha sido alcançado.³

Isso posto, tendo em vista uma difícil fixação do conceito de dignidade da pessoa humana, multiplicam-se decisões dos tribunais acerca dos mais variados assuntos em que é alegada violação deste princípio, muitas vezes de forma exagerada, o que contribui sobremaneira para a deturpação do sentido que melhor lhe possa ser atribuído. O aumento desenfreado de invocações ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana faz com que haja uma

³ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 138.

banalização do seu uso, o que contribui para o enfraquecimento e a própria desautorização do conceito, o que é algo extremamente grave.

Tal panorama se intensificou tendo em vista a situação atual em que a ciência jurídica vive, caracterizada pelo pós-positivismo. Um dos eixos do Pós-Positivismo, portanto, é a valorização dos princípios, reconhecendo-se a sua força normativa e a importância destes para o cenário jurídico, servindo-se muitas vezes de norteadores para as diversas leis existentes. Neste diapasão, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, por ser verdadeiro princípio, ocupa um papel de destaque.

Nesse ínterim, mister se faz também a análise do Princípio Democrático, para entendermos a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. Podemos dizer que a democracia forma, ao lado da dignidade da pessoa humana, o eixo de sustentação de toda a ordem constitucional brasileira. Isto fica evidente ao analisarmos o art. 1º da Constituição Federal, que traz como fundamento do Estado brasileiro a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (inciso III), o pluralismo político (inciso V), além do parágrafo único estabelecer, *in verbis*: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Por fim, insta estabelecer que a dignidade da pessoa humana, conforme todo exposto, não poderá ser suprimida, inclusive por escolha da maioria, como consequência do princípio democrático. A sociedade não pode, apenas por ser maioria, suprimir direitos que violem a dignidade da pessoa humana.

Portanto, ante a todo exposto, tendo em vista a importância de tal princípio, é que se irá posteriormente estabelecer que ao Poder Judiciário incumbe a devida observância do mesmo, mesmo que tenha que adentrar, parcialmente, ao mérito de decisões que devam ser tomadas pelo Poder Executivo. A força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana permite, com parcimônia, que o princípio da separação dos poderes seja mitigado.

2. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO FUNDAMENTO PARA O NÃO ATENDIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESSENCIAIS.

A tese da “reserva do possível” teria origem na Alemanha, na década de 1970. Tal tese, conforme originalmente estabelecida, traria a questão dos limites econômico-financeiros em relação aos direitos sociais de cunho prestacional, limitando a possibilidade de o Estado vir a atendê-los em sua plenitude. Nesse sentido, temos os ensinamentos de Ingo Sarlet:

A utilização da expressão ‘reserva do possível’ tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a ‘reserva do possível’ (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.⁴

O caso paradigma que deu origem a tal teoria, na Alemanha, envolvia uma lei que havia limitado o número de vagas para ingresso em determinados cursos universitários tendo em vista a grande quantidade de interessados.

Alguns estudantes alemães entenderam, com fundamento no art. 12 da Lei Fundamental Alemã, que todo cidadão alemão teria direito de escolher sua profissão, seu posto de trabalho e seu centro de formação⁵.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 237.

⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 287

Assim, o Tribunal Constitucional Federal Alemão decidiu que o direito de obter admissão nos referidos cursos universitários estaria limitado pela reserva do possível, no sentido de que tal limite estaria dentro daquilo que o indivíduo possa, razoavelmente, esperar do Estado. Em outras palavras, de que certos direitos não são possíveis de ser garantidos de forma plena, a todos os cidadãos, por uma limitação de ordem prática.

Neste ponto, se faz importante a observação de que, na Alemanha, na época em que a teoria foi elaborada, não existia um entendimento de que os direitos sociais seriam direitos fundamentais, de sorte que sua efetivação poderia sim ser limitada pelo legislador. Sobre o tema, Ricardo Lobo Torres leciona:

A reserva do possível não é um princípio jurídico, nem um limite dos limites, mas um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais, que na Alemanha não se consideram direitos fundamentais. Equivale a ‘reserva democrática’, no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador⁶

Dessa forma, em sua acepção original, tem-se a ideia de que seria plenamente legítimo, à luz da reserva do possível, que o Administrador Público deixasse de implementar políticas sociais relevantes, haja vista seu poder discricionário para tal, de sorte que tais direitos sociais eventualmente violados não poderiam ser buscados no Poder Judiciário.

Com efeito, a transposição de institutos jurídicos de um sistema jurídico para outro não é tão simples quanto parece. Diversos fatores sociais e econômicos devem ser observados. Em especial, quanto à teoria da reserva do possível, por óbvio que sua aplicação perante o ordenamento jurídico brasileiro deverá atender a diversas peculiaridades que certamente diferem daquilo que se apresentou no contexto alemão.

⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 324

Quanto à adaptação da teoria da reserva do possível ao ordenamento jurídico brasileiro, se faz relevante a lição de Ana Carolina Lopes Olsen⁷, ao disciplinar que referida teoria deve ser observada sob dois aspectos (i) quanto a lógica, de sorte a reserva do possível impediria que se exigissem do Estado prestações logicamente impossíveis e, (ii) quanto à existência de recursos materiais, de maneira que a reserva do possível impediria a exigência de prestações do Estado quando não houvesse disponibilidade fática ou jurídica dos recursos para sua efetivação.

Percebe-se que é neste segundo sentido, qual seja, referente à disponibilidade fática e jurídica de recursos, que a teoria da reserva do possível possui maior relevância, não raro sendo utilizada para não efetivação de direitos sociais fundamentais, que por via de consequência acabam por violar a dignidade da pessoa humana.

É evidente que o Estado nem sempre terá dinheiro para arcar com todos as suas obrigações, isso é um fato. Porém, o que o Estado poderá e deverá fazer, é eleger a prioridades que deverão ser atendidas, assim entendidas aquelas que garantam as necessidades básicas do cidadão brasileiro, em especial os de baixa renda.

Portanto, quando o Administrador Público se utiliza de recursos para construção de uma rodovia, por exemplo, enquanto comprovadamente faltam materiais hospitalares básicos em diversos hospitais sob sua administração, resta evidente que evocar a teoria do possível nesse caso não seria um argumento juridicamente válido.

Sobre o ponto leciona, de forma brilhante, Ana Carolina Lopes Olsen:

A reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas, como os direitos sociais, pois nada poderia ser feito, ainda que houvesse 'vontade política', face à escassez de recursos. Interessante que estes recursos nunca são escassos para outros fins, de modo que a própria noção de escassez merece ser investigada, e não tomada como um dado de verdade irrefutável.⁸

⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 204-205.

⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 209.

Dessa forma, se faz eminentemente necessário verificar se a ausência de recursos para uma determinada prestação não é decorrente de alocação de recursos feita pelo Poder Público, contrariamente às disposições constitucionais.

Em regra, a Constituição não disciplina, de forma detalhada, onde e como deverão ser gastados os recursos públicos, porém é indubitável que, dentre as prioridades eleitas pelo Constituinte, a efetivação de direitos fundamentais que garantam a dignidade da pessoa humana é uma das principais.

Assim, é possível dizer que a discricionariedade do Administrador Público possui parâmetros, não podendo ser confundida com arbitrariedade, devendo observar todos os ditames constitucionais, de sorte que a avocação da teoria da reserva do possível como argumento para não consecução dos objetivos mais fundamentais do Estado caracteriza verdadeiro ilícito, sendo plenamente possível de ser revisto pelo Poder Judiciário.

3. ATIVISMO JUDICIAL E SUA IMPORTÂNCIA NA PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Um dos temas de maior relevância no contexto jurídico atual é justamente o chamado ativismo judicial. Para entendê-lo, antes se faz necessária a análise de um conceito prévio, qual seja, o de Judicialização.

Judicialização, à luz do que dispõe Barroso, seria um fenômeno no qual o Poder Judiciário passasse a decidir questões de larga repercussão política e social, em substituição a

outros órgãos representativos de funções republicanas, tais como o Congresso Nacional e a Presidência da República.⁹

Tal fenômeno é bastante complexo e possui diversas causas. Luís Roberto Barroso aponta três principais causas para o surgimento de tal situação no Brasil, quais sejam: (i) a redemocratização do país, a partir da promulgação da Constituição Federal da República de 1988; (ii) a chamada Constitucionalização Abrangente, que deu *status* constitucional a diversas matérias que anteriormente possuíam tratamento infraconstitucional; e (iii) o Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade.¹⁰

Portanto, tendo em vista a maior relevância política do Judiciário, o maior volume de matérias com tratamento constitucional, em conjunto com um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, tem-se que a Judicialização é um fenômeno decorrente do modelo constitucional adotado pós Carta de 1988, e não apenas um exercício deliberado partido do Judiciário.

Feitas tais considerações, parte-se para análise do conceito de ativismo judicial. Tal conceito, no entender de Barroso, seria a forma pela qual o Poder Judiciário se decide se comportar, diante do fenômeno da Judicialização. Estaria associada a uma “participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”.¹¹

Não obstante, muitas críticas são feitas ao controle de políticas públicas feita pelo Poder Judiciário. As duas principais críticas seriam: (i) de que a intervenção do Poder Judiciário violaria o princípio da separação de poderes e; (ii) de que o Judiciário não possuiria meios

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acessado em 30 de abril de 2016.

¹⁰ Ibid., Acessado em 30 de abril de 2016.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 78.

suficientes para aferir se a destinação dos recursos pública se deu efetivamente de forma legal, constitucional ou não.

Fato é que o Brasil, país historicamente carente de políticas públicas sociais, passa a viver momento de compromisso com a efetividade de suas normas, em especial as constitucionais, que possuem aplicabilidade imediata e refletem verdadeiros objetivos da República.

Sendo assim, resta evidente que o controle jurisdicional das políticas públicas, em especial as que visam atender à direitos fundamentais, caso revistas pelo Poder Judiciário, não irão ferir a discricionariedade do Administrador Público, pelo contrário, irão sim fazer com que esta seja obedecida, e não seja confundida com verdadeira arbitrariedade, conforme não raro acontece no Brasil.

Ana Paula de Barcellos, em lição sobre o tema disciplina que, a macro justiça somente será alcançada se forem atribuídos aos indivíduos os bens essenciais à dignidade humana, ou seja, se forem consideradas as micro-justiças. Segundo a autora, “a ‘macro-justiça’ – assim como a clássica noção de interesse público -não existe como um conceito etéreo, desvinculado da realidade e das pessoas concretamente consideradas”¹². Assim, conclui que haverá injuricidade na concepção da macro-justiça se não se respeitarem os direitos mínimos à vida digna dos indivíduos.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se debruçar sobre o tema, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581, oriundo do Rio Grande do Sul, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que reformou acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para determinar reformas em casa de albergado, não efetivadas pela Administração Pública local.

¹² BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 139.

Sobre a decisão, importante se faz a transcrição de passagem do voto do Min. Relator:

A hipótese aqui examinada não cuida, insisto, de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais.

A reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema¹³

No referido julgamento o Ministro Relator entendeu que a dignidade da pessoa humana possui eficácia plena e imediata, consubstanciada no caso pela disposição do art. 5º, inc. XLIX, da Constituição da República, de sorte que a intervenção judicial no presente caso não violou o Princípio da Separação dos Poderes e os limites da reserva do possível.

CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar com o presente artigo que, tendo em vista o novo panorama constitucional que se estabeleceu após 1988, em conjunto com todas as mudanças políticas e sociais vividas pelo país, a utilização da reserva do possível como limite à efetivação de políticas públicas que garantam o princípio da dignidade da pessoa humana, não é argumento juridicamente subsistente, de sorte que caberá ao Poder Judiciário, de forma absolutamente legítima, rever tal decisão, alocando os recursos públicos em consonância com o previsto na Constituição.

A alocação de recursos público, bem como a elaboração de políticas públicas é, indubitavelmente, uma atribuição precípua do Poder Executivo, de sorte que jamais caberá ao Poder Judiciário tomar partido destas funções. Porém, nos casos em que a dignidade da pessoa

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>> . Acessado em 01 de maio de 2016.

humana se demonstrar violada por não ter o Administrador Público agido como deveria, deverá o Poder Judiciário agir em seu nome, garantido princípios básico e fundamentais da República.

É importante salientar que não caberá ao Judiciário se imiscuir na discricionariedade que permeia a forma de administrar. Caberá sim, a intervenção judicial quando premissas basilares, quando garantia fundamentais forem deixadas de lado, não havendo que falar em violação do princípio da separação dos poderes ou superação dos limites da reserva do financeiramente possível.

Existem situações em que não haverá ponderação, de sorte que os recursos públicos deverão ser necessariamente investidos para o alcance de determinado fim, quando houve possibilidade de violação de direitos básicos do ser humano.

Portanto, à luz do que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a conclusão do artigo é no sentido de que, não apenas em situações que envolvam presídios, mas sim em todas as outras situações em que se vislumbre eventual violação de direitos fundamentais, que ocasionem ofensa à dignidade da pessoa humana, o Poder Judiciário poderá e deverá agir.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Lex: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 de abril 2016.

BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acessado em 30 de abril de 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.