

A DIGNIDADE HUMANA À LUZ DO PRIMADO DA IGUALDADE: EFICÁCIA, APLICABILIDADE E RESERVA DO POSSÍVEL

HUMAN DIGNITY IN THE LIGHT OF THE PRECEDENCE OF EQUALITY: EFFECTIVENESS, APPLICABILITY AND RESERVE OF THE POSSIBLE

Revardiêre Rodrigues Assunção

Mestrando em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL.

Advogado e Professor em cursos preparatórios para concursos públicos.

revardiêre@hotmail.com

<http://lattes.cnpq.br/7111507139656244>

<https://orcid.org/0000-0002-8579-1352>

RESUMO

Objetivo: o presente trabalho tem o escopo de analisar a dignidade humana na óptica do primado da igualdade, formal e material, e sua incidência que é limitada, por muitas vezes, à luz dos diversos critérios – doutrina, jurisprudência, atividade legislativa – em decorrência do fundamento econômico, uma vez que ficará demonstrado, sem querer exaurir a temática, que o ordenamento jurídico brasileiro entende que a efetivação e a aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais dependem de previsão orçamentária para satisfação das prestações materiais; não obstante, trata-se de verdadeiro direito subjetivo, individual ou coletivo, às políticas públicas. Resultado: chega-se à conclusão de que o direito positivo é encarado substancialmente por meio de políticas públicas que prestigiam, como ideal, todos aqueles que se encontram em mesma situação jurídica, havendo, contudo, a preocupação com o respeito aos limites orçamentários, porquanto as finanças do Estado são limitadas e devem ser devidamente alocadas por meio do fomento à luz da teoria da reserva do possível. Método: para tanto, utiliza-se o método indutivo.

» **PALAVRAS-CHAVE:** DIGNIDADE HUMANA. IGUALDADE. EFICÁCIA. APLICABILIDADE. RESERVA DO POSSÍVEL.

ABSTRACT

Objective: the present work has the scope of analyzing human dignity from the perspective of the primacy of equality, formal and material, and its incidence that is limited, for many times, in the light of the various criteria – doctrine, jurisprudence, legislative activity – due to the foundation economic, since will be shown that, without wanting to exhaust the theme, that the Brazilian legal system understands that the effectiveness and applicability of fundamental social rights depend on budget forecast for the satisfaction of material benefits, nevertheless, it is a true subjective right, individual or collective, to public policies. Result: the conclusion is that positive law is seen substantially through public policies that give prestige, as an ideal, to all those who are in the same legal situation, with, however, the concern with respecting budgetary limits, since finances of the State are limited and must be properly allocated through promotion in the light of the theory of reserve of the possible. Method: for that, the inductive method is used.

» **KEYWORDS:** HUMAN DIGNITY. EQUALITY. EFFICIENCY. APPLICABILITY. RESERVATION OF THE POSSIBLE.

Artigo recebido em 20/1/2023, aprovado em 16/5/2023 e publicado em 7/7/2023.

INTRODUÇÃO

O objeto ora analisado se limita à dignidade humana na óptica do primado da igualdade e seus aspectos e sua efetivação por meio da intervenção estatal (políticas públicas ou sociais), tendo como um dos objetivos finalísticos da Constituição Federal de 1988, além de análise jurisprudencial, citação do entendimento filosófico somado à hermenêutica da doutrina especializada.

Com efeito, ao considerar a redação da vigente Carta Magna de 1988, chama atenção a ausência de dicotomia entre os direitos fundamentais clássicos e os direitos fundamentais sociais, com a implicação de que estes últimos são, conseqüentemente, dotados de eficácia plena e aplicabilidade imediata, trazendo à baila a discussão sobre a classificação entre direitos fundamentais sociais em programáticos ou de aplicação imediata.

Nesse sentido, cita-se o entendimento do professor Jose Afonso da Silva, para quem:

A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados de direitos fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias de democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais (AFONSO, 1997, p. 181).

Ab initio, mister se faz apontar que a Constituição de 1988 consagra um Estado de Direito democrático e social, daí nasceu a necessidade de o legislador originário construir extenso plexo de direitos fundamentais com o intuito de buscar o tratamento igualitário e geral de todos a uma sociedade livre, justa e solidária – alicerce da República Federativa do Brasil – por meio de uma realidade tangível por intermédio da intervenção do Estado.

Nesse passo, relevante apontar que a redação do art. 5º, § 1º, da CF/88, traz que as normas de direitos fundamentais possuem aplicação imediata e eficácia plena, alcançando, assim, tanto os direitos fundamentais clássicos quanto o plexo dos direitos fundamentais sociais, ambos com base no primado da isonomia, objeto do presente estudo.

José Horácio Meirelles Teixeira (TEIXEIRA, 1991, p. 289, grifo do autor) sustenta que a aplicabilidade ou a eficácia da norma possui a qualidade de produzir, “*em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, em maior ou menor escala, situações, relações e comportamentos de que cogita*”, podendo ser de eficácia plena ou aplicabilidade plena, podendo, de antemão, fundamentar direitos subjetivos (plena eficácia jurídica).

Há certos dispositivos constitucionais de aplicabilidade imediata ou de eficácia jurídica limitada, não podendo por si só ensejar direito subjetivo. Entretanto, não se pode apontar norma de eficácia nula, visto que nenhum dispositivo constitucional é desprovido completamente de eficácia jurídica, podendo ser reduzida, mas nula jamais.

Para alguns autores, eficácia tem valor de fato real da observância da norma ou do acatamento efetivo; para Hans Kelsen, citado por Horácio (TEIXEIRA, 1991, p. 291), de aplicação e obediência. Considera-se, dessa forma, que uma norma não acatada será considerada letra morta, mesmo em vigência, *v.g.*, o idealismo constitucional; sendo que o fenômeno da ineficácia da lei é objeto de estudo da sociologia do direito.

Ocorre que as políticas públicas estão condicionadas à previsão orçamentária estatal, e o legislador deve sopesar tais atividades de fomento levando em consideração a dotação financeira da Fazenda Pública; surge aí a problemática ante os custos decorrentes da efetivação dos direitos fundamentais sociais e a teoria da reserva do possível (princípios orçamentários).

Dessa forma, para se analisar o princípio da igualdade, como dignidade da pessoa humana, por meio de sua aplicação e eficácia, nos limites do erário, a metodologia a ser utilizada, neste singular trabalho, será por meio de reflexões e argumentações por intermédio de técnicas de pesquisa bibliográfica, fichamentos, conceitos e referências autorais.

1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO ATRIBUTO JURÍDICO-RACIONAL

Inicialmente, mister se faz aludir à dignidade da pessoa humana na perspectiva constitucional, visto que se trata do amparo legal do Estado Nacional na oportunidade em que elenca em seu bojo considerável conjunto de direitos fundamentais e, para tanto, busca qualificar seu nacional – ou até o próprio apátrida – como sendo sujeito de direitos (ASSUNÇÃO, 2023).

Nessa quadra, no contexto do cenário internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos vaticina no seu art. 1º os dois fundamentos da dignidade humana: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

E, no âmbito dessa temática, não se pode omitir o entendimento de Kant, que construiu o seu imperativo categórico – princípio fundamental da sua ética – “age de tal maneira que tu possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunca como simplesmente meio” (KANT, 2003, p. 59).

Ante a sua precisão, mister se faz mencionar o conceito de dignidade humana no entendimento de Ingo Sarlet:

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, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa um 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 a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da comunidade com os demais seres humanos (SARLET, 2018, p. 60).

Tratando-se da dignidade da pessoa humana como imperativo das normas jurídicas, este aduz à permissividade (preceptiva) ou à omissividade (proibitiva) da norma um agir ou não agir.

Nessa intelecção, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) assentou como fundamento do Estado Democrático de Direito a expressa dignidade na condição de axioma com a blindagem de postulado, conforme o art. 1º, inciso III.

Pois bem, na moral kantiana, a dignidade é externada como axioma incondicional e ilimitado; Ingo cita que Kant compara a coisa ao ser humano, quando aduz que aquilo que é considerado

coisa tem preço e, ao revés, “aquilo que não possui preço, ou seja, está num patamar superior, não se subordinando à qualquer condição, tem dignidade” (SARLET, 2018, p. 65).

Ricardo Lobo Torres (TORRES, 1989, p. 70) aponta a problemática surgida com o advento da Constituição de 1988, porquanto esta trouxe extenso plexo de direitos sociais, arts. 6º e 7º da CF/88, enquadrando-os no rol dos direitos fundamentais, cuja efetivação, hodiernamente, vem sendo feita pelos fundamentais, pela jurisprudência, pela doutrina, além das definições por intermédio da efetivação da atividade administrativa.

Cita o professor Ricardo Lobo (TORRES, 1989, p. 72) a existência da tese da indivisibilidade dos direitos humanos, que, a partir da década de 1990, houve mudança de direção na interpretação dos direitos sociais – fundamentais. Dessa forma, a tese sobre a indivisibilidade considerou os direitos sociais como extensão dos direitos da liberdade ou equiparados aos direitos de primeira geração (direitos individuais ou de liberdade).

À luz da perspectiva filosófica, Martha Nussbaum, ao sustentar a tese sobre o enfoque das capacidades, entre outras faculdades, alude que deve haver “**as bases sociais de autorrespeito e não humilhação**” (NUSSBAUM, 2013, p. 91, grifo nosso), numa busca de promover, com isso, a igualdade entre os indivíduos sem nenhuma forma de discriminação por qualquer que seja o critério, enaltecendo que todos aqueles possuem o mesmo valor e grau de dignidade da pessoa humana.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Revardiêre Rodrigues Assunção, em matéria de artigo acadêmico, sinaliza que a dignidade da pessoa humana, dentro de um ordenamento jurídico, possui – ou deveria possuir – valor absoluto, não necessitando de se encontrar expresso para ser validado e respeitado (ASSUNÇÃO, 2023) e, dessa forma, deve ter, sempre que possível, eficácia e aplicabilidade com a maior densidade possível.

Nesse ponto, Ricardo Lobo, citando a doutrina do professor Ingo (TORRES, 1989, p. 77), aponta que este autor gaúcho vem produzindo obra sobre o mínimo existencial em decorrência de sua familiaridade com o direito alemão, usando a terminologia “direitos fundamentais sociais” no lugar de “mínimo existencial”, deixando o citado autor claro que o mínimo existencial está imbrincado na dignidade humana, com base em dois pontos relevantes: a dignidade humana é um princípio fundamental dos direitos de defesa quando equiparado com outros direitos sociais; e a dignidade humana se abre para o jogo de ponderação com outros princípios constitucionais diante de interesses emergentes, considerando ainda que Ingo Sarlet busca mapear os direitos fundamentais sociais com base na sua específica efetividade, assim como fez com os direitos à saúde, à moradia, entre outros.

Revardiêre Assunção, em trabalho sobre os direitos fundamentais na doutrina de Luigi Ferrajoli, aponta que, diante das possibilidades interpretativas de (re)escrever o direito, tem-se

que a Constituição Federal de 1988 esculpiu em seu art. 1º, inciso III, a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático brasileiro e, assim, revela seu compromisso em tutelar um dos axiomas de maior valor depois da vida à pessoa (ASSUNÇÃO, 2023).

Vai além a Carta Magna vigente ao registrar como núcleo a dignidade e, ao seu redor, demais valores, tais como: planejamento familiar (art. 226, § 7º); proteção absoluta à criança e ao adolescente (art. 227, *caput*); amparo aos idosos (art. 230, *caput*) (ASSUNÇÃO, 2023).

Não obstante, entre os princípios-objetivos do art. 3º da CF/88, tem-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), dando o constituinte originário valoração à dignidade por meio da liberdade, da justiça e da solidariedade (ASSUNÇÃO, 2023).

Com efeito, a interpretação lógico-sistêmica da Carta de 1988 está em harmonia com o modal de Estado escolhido pelo legislador constituinte originário – Estado Social. Dessa forma, nota-se que, compulsando os arts. 1º a 3º da *Lex Mater*, revela-se que não há qualquer diferenciação entre os direitos fundamentais propriamente ditos (clássicos) e os direitos fundamentais sociais, e estes últimos possuem eficácia plena depois da promulgação da Constituição Federal.

Na mesma toada, a promoção da igualdade de todos sem nenhuma forma de distinção (inciso IV) demonstra, ainda, o tratamento igualitário de todos perante e em decorrência do Estado, dando com isso mostra de um *plus* de relevância à dignidade humana (ASSUNÇÃO, 2023).

E mais, Canotilho (2001) aponta a impossibilidade de aclarar a questão sobre a efetivação dos direitos fundamentais sociais e sua aplicabilidade a todos ou a um ou outro, ou não se presta a ninguém, oferecendo como saída a interpretação da Lei Fundamental para cada situação em concreto, cuja inaplicabilidade deve ser devidamente fundamentada com legítima justa causa de modo a garantir a maior incidência de eficácia possível.

3 O AXIOMA DA DIGNIDADE HUMANA E SUA INTERAÇÃO COM AS DIMENSÕES FORMAL E MATERIAL DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Diante de seu posicionamento no ordenamento jurídico – como fundamento do Estado Democrático de Direito –, nota-se que a dignidade humana é núcleo e se irradia por toda a interpretação jurídica, incidindo com maior ou menor intensidade em toda a base de juridicidade (ASSUNÇÃO, 2023).

Com efeito, a dignidade humana tem relevante interação e incidência quando se leva em consideração o critério do tratamento igualitário entre os homens e seus pares e a relação desses com o Estado (ASSUNÇÃO, 2023).

E mais, o art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 2/10/1789, vaticinou o primado de que os homens nascem e permanecem iguais em direito (*Déclaration des droits de*

l'Homme et du citoyen. Article premier – Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits, 1789) (ASSUNÇÃO, 2023).

Assim, nessa ordem de ideias e antes de tecer comentários sobre as espécies da igualdade, é necessário demonstrar, em breves palavras, a evolução histórica do axioma da isonomia.

Na mesma toada:

a ideia de igualdade está relacionada à política, tendo como finalidade a liberdade; em termos da história antiga, foi na polis grega, que o homem se descobriu como iguais na condução dos negócios públicos, malgrado houvesse diferença nas demais referências sociais (religião, classe social, poder econômico, gênero etc.) (ASSUNÇÃO, 2023).

Pois bem, a ideia cristã de **todos** (nem todos) somos iguais, somente recebeu contornos político-jurídicos em decorrência dos grandes marcos históricos de ruptura social (Independência dos EUA, Revolução Francesa etc.), apesar de que não havia igualdade real, mas esboço do ideário de tratamento isonômico (ASSUNÇÃO, 2023).

Dessa forma, em um primeiro momento, depois das revoluções burguesas, o princípio da igualdade teve assento em postulados de cunho liberal em decorrência do surgimento do Estado de mesma ideologia, considerando ainda que não somente na liberdade os homens são iguais, mas também na razão que, naquele momento revolucionário, século XVIII, desencadeou a construção de sistema político que ordenara toda a vida social, buscando restaurar a paz na sociedade.

E, diante dessa nova ordem social, o Estado se fundamentou na legalidade, além da separação dos poderes, na garantia dos direitos do homem e na presença mínima – negativa – do Estado (liberalismo), consubstanciado na intervenção, somente se necessária for, com relevância aos interesses econômicos.

Não obstante, em decorrência de um Estado legalizado, surge a igualdade absoluta, devidamente fincada na legalidade, sem reservas, dando contorno de que todos somos iguais perante a lei em termos absolutos, sendo irrelevante a desigualdade real entre os homens.

Surge, assim, o princípio da isonomia, desprovido de qualquer gradação, interpretado como mero condutor legal da igualdade pura: a igualização de todos numa classe única, a dos cidadãos, é o “objetivo que se pretende atingir através da generalidade da lei, que deste modo se apresenta como exigência última do princípio da igualdade” (PINTO, 1986, p. 21-24).

Portanto, o critério a ser utilizado para igualar os homens é o do momento da aplicação da lei, cuja validade é para todos sem nenhuma forma de distinção – concretização da igualdade entre os homens à luz da dignidade humana. Nessa ordem, no momento da subsunção à legislação, o juiz ou a administração, para estabelecer distinções, não poderá utilizar entendimento adverso daquele já previsto no direito posto.

Portanto, não havia o que se falar em tratamento específico para situações diferentes, fato que acentuava, ainda mais, a desigualdade existente entre os homens.

E, diante do quanto acima explanado, a isonomia formal buscou ofertar tratamento igualitário – expressão da dignidade humana – ao fiel entendimento da lei, tudo com o fito de afastar as tradições do antigo regime absolutista, cuja derrocada tem como marco histórico a Revolução Francesa, 1789.

Entretanto, diante das consequências do tratamento dispensado aos cidadãos menos favorecidos pelo Estado Liberal, ao se desprender de postura de atuação negativa – direitos a prestações negativas (ALEXY, 1986, p. 433-434), o Estado adentrou numa perspectiva de buscar o bem-estar social, decorrente das intensas lutas de classe no século XIX, dando azo para a implementação de postura estatal mais humanizada – mais digna – em detrimento do individualismo, oriundo este do liberalismo como política de Estado (que cristalizou as diferenças existentes entre os homens).

Pois bem, decorrente do pluralismo político, além da implementação de novos direitos fundamentais, entre outras conquistas, surge nova ordem política, o Estado Social (bem-estar social), donde se extrai que a tutela fundamental não é mais a propriedade, mas a dignidade da pessoa humana (já debatida em tópico inicial).

Dessa forma, exsurge nova articulação por meio de implementação da atuação estatal positiva:

De articular igualdade jurídica (à partida) com igualdade social (à chegada) e segurança jurídica com segurança social [...] embora com projeção no plano do sistema político (com passagem do governo clássico à democracia representativa), é no âmbito dos direitos fundamentais e no da organização econômica que mais avulta o Estado social de Direito (MIRANDA, 1993, p. 201).

Nesse passo, surgiu a igualdade material ou, também, conhecida como igualdade de chances, que buscou dar tratamento desigual àqueles em situação jurídica adversa.

Foi nessa perspectiva que se implementou, *v.g.*, a criação da Justiça do Trabalho, porquanto a inferioridade do trabalhador – uma desigualdade – foi neutralizada com tratamento desigual em sentido contrário por meio da criação de estrutura jurídica especializada com base na lei.

Para John Rawls:

Toda pessoa tem o mesmo direito a um esquema plenamente válido de iguais liberdades básicas que sejam compatíveis com um esquema similar de liberdades para todos [...] as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer as duas condições. Em primeiro lugar, devem estar associadas a cargos e posições abertos a todos em igualdade de oportunidades; em segundo lugar, devem supor o maior benefício para os membros menos avantajados da sociedade (RAWLS, 1988, p. 13).

Portanto, diante do resultado da efetivação da isonomia de chances ou material, no ordenamento jurídico pátrio, em especial na hodierna esfera constitucional, existem artigos com expressa redação igualitária, tais como: art. 7º, XX (proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei), art. 37, VIII (a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão), ambos na Constituição Federal de 1988, entre outros, podendo se falar em direitos subjetivos a prestações sociais (ASSUNÇÃO, 2023).

4 O PRIMADO DA IGUALDADE E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Para efetivação dos direitos fundamentais sociais, na óptica da igualdade, deve ser levada em consideração a possibilidade orçamentária estatal, uma vez que os recursos são limitados, devendo existir efetivas e planejadas políticas públicas para implementação de tais direitos.

Ocorre que não se pode perder de vista os limites orçamentários e, dessa forma, exsurge a teoria da reserva do possível, oriunda do direito constitucional alemão, o que torna necessário levar em consideração a previsão do erário com base na economicidade.

E, nesse entendimento, o princípio da reserva do possível – também chamado de princípio da reserva de consistência – nasceu do entendimento da doutrina alemã decorrente de ação judicial que tinha como escopo permitir a determinados estudantes cursar o ensino superior público à luz do livre arbítrio na escolha do trabalho, do ofício ou da profissão.

No caso em tela, ficou firmado pela Corte Suprema germânica que é razoável apenas exigir do Estado a prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de razoabilidade.

Com efeito, os direitos sociais que requerem uma prestação de fazer estariam submetidos ao primado da reserva do possível no sentido daquilo que o administrado, equilibradamente, pode esperar da sociedade e com base nos limites orçamentários do Estado.

Em relação à reserva do possível, aponta Ricardo Lobo (TORRES, 1989, p. 80) que há diferença entre mínimo existencial e direitos econômicos e sociais, donde estes precisam das concessões do legislador (são normas programáticas), e aqueles prescindem de lei ordinária, além de apontar o autor que a Constituição não leva em consideração contexto econômico para fins de balizamento da prestação dos direitos econômicos e sociais, deixando essa matéria para legislação específica para cada ente federativo.

E, ao contrário, no entendimento de Lobo, diante das emendas constitucionais que vincularam o orçamento a prestações dos direitos sociais, construídas no governo de Fernando Henrique (1995/2002), houve confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, abrindo brecha jurídica para a judicialização de demandas individuais em busca de efetivação dos direitos sociais.

Afirma Lobo (TORRES, p. 81) que a efetivação dos direitos econômicos e sociais à luz da igualdade depende da “reserva do possível” ou da “soberania orçamentária do legislador”, enaltecendo que “a pretensão do cidadão é à política pública, e não à adjudicação individual de bens públicos”.

Em relação à reserva orçamentária, aponta Ricardo Lobo (TORRES, p. 81) que a fruição do mínimo existencial não se encontra inserida na tese da reserva do possível, não dependendo de orçamento nem de políticas públicas, afirmando que o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, que estão inseridas nas garantias institucionais da liberdade, pois tais direitos

não se encontram com a livre discricionariedade do legislador nem da administração, e cita Alexy, para quem “uma posição jurídica prestacional: exige urgentemente o princípio da liberdade fática; o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático; a afetação dos princípios materialmente opostos quando da efetivação da garantia jusfundamental da posição jurídica prestacional”.

Nessa toada, mister se faz declinar a manifestação do jurista germânico Robert Alexy, visto que este se distancia do entendimento da doutrina brasileira no que se refere à teoria da reserva do possível, ao considerar que:

em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculantes, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade” (ALEXY, 2011, p. 69).

No que se refere à vinculação do orçamento, afirma Lobo (TORRES, p. 85) a existência de limites da vinculação do orçamento ao atendimento das prestações públicas, *v.g.*, de saúde e educação, considerando que os governos deram interpretação ampla sobre a vinculação do orçamento a outros direitos sociais, ao passo que o Ministério Público exigiu interpretação estrita nas previsões orçamentárias no que tange ao direito à saúde, citando como exemplo a decisão do STF em matéria de ADPF (STF – ADPF: 45/DF, relator: ministro Celso de Mello, data de julgamento: 29/4/2004, data de publicação: DJ 4/5/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191), com perda do objeto em decorrência de decisão do Poder Executivo federal.

Em suas explanações sobre a reserva do possível, o saudoso professor Lobo sinalizou a questão da necessidade de enfrentamento de outros dilemas de natureza orçamentária, por exemplo, a de definir a inexistência de dinheiro, que afeta a entrega da prestação prevista em dotação orçamentária, citando que certas decisões do STF causam entrave na exata efetivação do mínimo existencial à luz do princípio da igualdade na sua dimensão material.

Na contramão, o professor e jurista Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 540) defende que “nem a reserva do possível, nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações”, nesse sentido:

A propósito, paradigmática foi a decisão do em. Ministro Celso de Mello na ADPF nº 45. Com efeito, reconheceu o Ministro Celso de Mello, inicialmente, a possibilidade do controle judicial de políticas públicas como modo de efetivação dos direitos sociais, quando quedarem-se inertes os órgãos de direção política (do Legislativo e do Executivo), que deixam de cumprir os seus deveres constitucionais de implementação daqueles direitos. Logo em seguida, enfrentando com maestria o tema referente à “reserva do possível”, considerou que o Estado não pode invocá-la “com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (CUNHA JÚNIOR, 2016, grifo do autor).

De mais a mais, no entendimento de Ricardo Lobo (TORRES, p. 86), é notável o avanço na problemática da efetivação dos direitos no Brasil, com a superação da abstração das normas pro-

gramáticas por meio da busca da implementação dos direitos sociais em meio à posição crítica da doutrina e ao ativo protagonismo do Judiciário por meio da adjudicação das prestações decorrentes do mínimo existencial, enaltecendo a existência de problemas, que precisam de análise mais profunda, ligados à mistura entre direitos fundamentais sociais (mínimo existencial) e direitos sociais (que carecem de incidência de controle judicial e previsão orçamentária).

Destarte, nota-se que o princípio da reserva do possível, além de ser meio de defesa do Estado no não contencioso administrativo, acaba sendo também calibrador da efetivação dos direitos fundamentais sociais quando se busca tratamento material, condicionando estes ao limite orçamentário na oportunidade da elaboração de políticas públicas por parte do legislador ordinário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que a essência da isonomia, conforme Aristóteles, assenta-se em tratar os iguais de forma igual e os desiguais na proporcionalidade das suas diferenças, de modo que aqueles que se encontrem na mesma situação jurídica devem ter o mesmo tratamento jurídico.

Nesse passo, após a ruptura com a velha ordem social – ditadura –, a Lei Fundamental de 1988 fora promulgada nos pilares democráticos e, para tanto, ficou bem claro para o legislador derivado, assim como para a sociedade, que o primado da dignidade humana é um dos balizadores do ordenamento jurídico pátrio e, por conseguinte, deve ser concretizado como força gravitacional por meio da efetivação dos direitos fundamentais e das garantias desses (ASSUNÇÃO, 2023).

Deve-se, e mais, manter a integralidade do sistema normativo com base na redação constitucional e, dessa forma, haverá construção jurisprudencial assentada nos axiomas mais expoentes da dignidade humana, que, em especial, neste artigo, tem-se a igualdade como direito fundamental e a possibilidade de sua eficácia e aplicabilidade, suportando, todavia, a limitação imposta pela dotação orçamentária.

E, dessa forma, nota-se que o primado da isonomia está, tanto no *locus* constitucional quanto na legislação infraconstitucional, não tendo ele, contudo, valor absoluto, porquanto há situações em que o tratamento diferenciado ocorrerá a depender de critério objetivo, que não poderá ser caprichoso, aleatório, arbitrário ou desprovido de motivação justa.

E, para consagrar os direitos fundamentais por meio da igualdade, o direito positivo deve ser encarado substancialmente por meio de políticas públicas que venham prestigiar, como ideal, todos aqueles que se encontram em mesma situação jurídica, havendo, contudo, a preocupação em respeitar o dilema orçamentário, uma vez que as finanças do Estado são limitadas e devem ser devidamente alocadas por meio do fomento à luz da teoria da reserva do possível.

Conclui-se que, considerando o quanto acima estaiado sobre a efetivação dos direitos no ordenamento brasileiro, revela-se grande evolução por meio das garantias e da jurisprudência da espécie, superando com isso a pura letra da lei com a implementação das normas programáticas.

Destarte, a dignidade da pessoa humana, na óptica do primado da igualdade, formal e material, tem sua incidência limitada, por muitas vezes, à luz dos diversos critérios – doutrina, jurisprudência, atividade legislativa – em decorrência do fundamento econômico, uma vez que ficou demonstrado, sem querer exaurir a temática, que o ordenamento jurídico brasileiro entende que a efetivação e a aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais dependem de previsão orçamentária para satisfação das prestações materiais, não obstante tratar-se de verdadeiro direito subjetivo, individual ou coletivo, às políticas públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Ed. Malheiros, 5. ed. São Paulo, 1986.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ASSUNÇÃO, Revardiêre Rodrigues. A dignidade humana por meio do primado da igualdade à luz da teoria dos direitos fundamentais de Luigi Ferrajoli. **Site Revista FT**, Rio de Janeiro, RJ, v. 27, ed. 120, p. 2, mar. Edição 120. Pag. 02, 1 mar. 2023. Disponível em: <https://revistaft.com.br/a-dignidade-humana-por-meio-do-primado-da-igualdade-a-luz-da-teoria-dos-direitos-fundamentais-de-luigi-ferrajoli/>. Acesso em: 30 abr; 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). Medida Cautelar na ADPF 45 Distrito Federal. [...] DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL” [...]. Relator: ministro Celso de Mello, 29 abr. 2004. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 4 maio 2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=ADPF&numero=45>. Acesso em: 27 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Constitucionalidade 41 Distrito Federal. Direito Constitucional. Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Procedência do pedido. 1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia [...] 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência [...] 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão [...]. Relator: ministro Roberto Barroso, 8 jun. 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 16 ago. 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>. Acesso em: 22 out. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Efetividade dos direitos sociais e a reserva do possível. **Site Jusbrasil**, [s.l., 2016?]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/efetividade-dos-direitos-sociais-e-a-reserva-do-possivel/407399082>. Acesso em: 26 nov. 2022.

FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. **Revista do Serviço Público**, Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, v. 68, n. 1, p. 99-111, 1955. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/5084>. Acesso em: 30 abr. 2023

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2001.

FERES JÚNIOR, João et al. **Ação afirmativa: conceito, história e debates**. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2018. (Coleção Sociedade e Política). Disponível em: <https://books.scielo.org/id/2mvbb/pdf/feres-9786599036477-00.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2022.

PINTO, Maria da Glória Ferreira. Princípio da Igualdade: fórmula vazia ou fórmula “carregada de sentido?”. **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, Portugal, n. 358, p. 19-64, jul. 1986.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. cap. XII, p. 74. (Coleção Os Pensadores).

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Coleção A Obra Prima de Cada Autor).

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. t. 4, p. 201.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

RAWLS, John. **Las Libertades Fundamentales y su prioridad**. Barcelona: Ariel, 1988. p. 13.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: Na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 181-182.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista De Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, RJ, v. 177, p. 29-49, 1989. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>. Acesso em: 26 nov. 2022.