

**UNIVERSIDADE DE RIO VERDE (UniRV) - CAMPUS CAIAPÔNIA
FACULDADE DE DIREITO**

SANDY SANTOS SOUZA

**RESERVA DO POSSÍVEL: UMA ANÁLISE DA IN(APLICABILIDADE)
À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

CAIAPÔNIA - GOIÁS

2021

SANDY SANTOS SOUZA

**RESERVA DO POSSÍVEL: UMA ANÁLISE DA IN(PLICABILIDADE) À LUZ DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora do
Curso de Direito da Universidade de Rio Verde –
Campus Caiapônia como exigência parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a: Renata Lamounier Oliveira

CAIAPÔNIA – GOIÁS

2021

Universidade de Rio Verde
Biblioteca Luiza Carlinda de Oliveira
Bibliotecário: Juatan Tiago da Silva – CRB 1/3158
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação - (CIP)

S713r Souza, Sandy Santos

Reserva do possível: uma análise da in(aplicabilidade) à luz da dignidade da pessoa humana. / Sandy Santos Souza. — 2021. 28f.

Orientadora: Profa. Renata Lamounier Oliveira.

Monografia (Graduação) — Universidade de Rio Verde - UniRV, Verde Campus Caiapônia – UniRV, Faculdade de Direito, 2021.

1. Reserva do Possível. 2. Dignidade da Pessoa Humana. 3. Mínimo Existencial. I. Oliveira, Renata Lamounier.

CDD: 344.81022

SANDY SANTOS SOUZA

**RESERVA DO POSSÍVEL: UMA ANÁLISE DA IN(PLICABILIDADE) À LUZ DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora do Curso de Direito da Universidade de Rio Verde (UniRV) como exigência parcial para obtenção do título de bacharel.

Caiapônia, GO, 17 de junho de 2021.

BANCA EXAMINADORA

.....
Prof. Esp. Renata Lamounier Oliveira (Orientadora)
Universidade de Rio Verde (UniRV)

.....
Prof. Esp. Bruno Pereira Malta (Membro 1)
Universidade de Rio Verde (UniRV)

.....
Prof. Esp. Rafael José Moncorvo da Silva (Membro 2)
Universidade de Rio Verde (UniRV)

Dedico a presente monografia aos meus amigos, familiares, aos professores, a orientadora e a todos aqueles que de certa forma contribuíram para a realização deste projeto.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por sempre ter me abençoado e ter traçado meu caminho até aqui, pois sem ele nada disso seria possível.

Aos meus pais Erica e Manoel, meus avós Cetilde (*in memoriam*), Aurea e Américo, Arthur e Marcos Felipe (irmãos), Iarla e Daiana (tias), Paulo e Hucariston (tios), Sávio, Ana Karoline, Karen e João Victor (primos), e a mais nova integrante Helena, que sempre estiveram presentes e me deram forças para continuar.

Aos meus sobrinhos, Lucas Felipe, Gabriel e Miguel, pois em momentos difíceis estavam ali presentes, agradeço a cada sorriso, que faz valer a pena cada segundo de vida.

Ao meu companheiro de faculdade João Victor, pelos momentos de alegria, estresse e aprendizados.

Sou imensamente grata pelos amigos que conheci durante todo esse percurso, às minhas amigas Cynthia e Aldenia, pelos incentivos e companheirismos. Em especial as minhas amigas Thanisa, Gabrielly, Hiorrara, Heloísa, Eduarda, Maria Gabriela, Susane e Paola, por serem mulheres incríveis, que sempre estiveram presente e me auxiliaram dentro e fora da faculdade.

A minha orientadora, Renata Lamounier por toda paciência, dedicação, esforço e ensinamentos.

E é claro, agradeço ao Clube de Regatas do Flamengo, pelas glórias, por todas as lágrimas de alegria e de tristeza, que foram e sempre serão momentos de sentimentos únicos, equiparáveis e inexplicáveis.

“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível.”

Charles Chaplin

RESUMO

Em nosso ordenamento jurídico ainda não há um consenso acerca do conceito concreto dos direitos, tornando-se então os Direitos Fundamentais uma escolha essencial. Eventualmente, os direitos fundamentais estão relacionados com os Direitos Humanos, relação oportuna, entretanto é preciso que se faça uma distinção entre ambos. Os direitos fundamentais estão relacionados aos direitos humanos, já que falar sobre os direitos fundamentais referem-se aos direitos aplicáveis aos homens. Já os Direitos Humanos são analisados em âmbito internacional. Na Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana é encontrada dentro dos artigos nos quais são mencionados os direitos fundamentais. Todo ser humano deve ter uma vida digna, ser respeitado e exercer de forma absoluta a sua cidadania. Todas as esferas jurídicas devem estar elencadas ao princípio da dignidade da pessoa humana. O direito brasileiro não teve ascendência de outro país. É permissível tal importação de um conceito proveniente de outro ordenamento jurídico, entretanto é necessário que essa importação seja feita de forma cautelosa, levando em conta a realidade social do país originário do ordenamento importado. O objetivo deste trabalho é enunciar um instituto que foi incorporado em nosso ordenamento jurídico, sendo ele a Reserva do Possível. Trazendo sua origem, a forma em que foi introduzida como argumento de defesa, e análise da sua inaplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Reserva do Possível. Dignidade da Pessoa Humana. Inaplicabilidade. Mínimo Existencial. Ponderação de Valores.

ABSTRACT

In our legal system, there is still no consensus on the concrete concept of rights, making Fundamental Rights an essential choice. Eventually, fundamental rights are related to Human Rights, a timely relationship, however, a distinction must be made between the two. Fundamental rights are related to human rights, since talking about fundamental rights refers to the rights applicable to men. Human rights are analyzed internationally. In the Federal Constitution of 1988, the dignity of the human person is found within the articles in which fundamental rights are mentioned. Every human being must have a dignified life, be respected and exercise his or her citizenship in an absolute manner. All legal spheres must be linked to the principle of human dignity. Brazilian law did not have ancestry from another country. Such importation of a concept from another legal system is permissible, however it is necessary that this import be done cautiously, taking into account the social reality of the country originating from the imported system. The objective of this work is to enunciate an institute that was incorporated in our legal system, being the Reserve of the Possible. Bringing its origin, the form in which it was introduced as a defense argument, and analysis of its inapplicability in the Brazilian legal system.

Keywords: Reserve of the Possible. Dignity of human person. Inapplicability. Existential Minimum. Weighting of Values.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONTEXTO HISTÓRICO ACERCA DA RESERVA DO POSSÍVEL	12
1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	13
1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E RESERVA DO POSSÍVEL	15
1.3 PONDERAÇÃO DE VALORES	17
2 OBJETIVOS	20
2.1 OBJETIVO GERAL	20
2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	20
3 METODOLOGIA	21
4 ANÁLISE E DISCUSSÃO	23
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	25
REFERÊNCIAS	26

INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, surgindo como alicerce para todo o arcabouço jurídico. Neste ínterim, surge como ponto de partida para garantia dos direitos fundamentais emanados do texto constitucional. De outro lado temos a teoria da reserva do possível, visando tratar de aspectos patrimoniais e econômicos do ente estatal. A teoria ora mencionada tem o desígnio de delimitar algumas necessidades humanas, com vistas a reserva de orçamentos.

Sabe-se que dignidade da pessoa humana é inafastável (supraprincípio) e eventualmente o Estado tem alegado aspectos econômicos frente às obrigações de atendimento aos direitos fundamentais. Diante do que foi supramencionado, delimitou-se o seguinte tema: Reserva do possível: uma análise da in(aplicabilidade) à luz da dignidade da pessoa humana. Em face do que foi aludido no tema, surge a seguinte questão: de que forma poderá ser aplicada a reserva do possível sem que seja causada ofensa à dignidade da pessoa humana?

No que tange a problemática apresentada previamente, cogita-se as seguintes hipóteses: I) Ao aplicar a reserva do possível, é de suma importância que o julgador sempre preserve a proeminência da Constituição, pois é assegurado que a dignidade da pessoa humana pela Carta Magna de nosso país, é um princípio de maior abrangência; II) A reserva do possível pode assegurar-se de que o Estado não tenha verbas suficiente para sustentar todos os direitos do cidadão, todavia, diante dos direitos fundamentais, o mesmo deve garantir o mínimo existencial; III) A Constituição deve ser efetivada, principalmente no que concerne aos Direitos Fundamentais, sendo assim, a reserva do possível não deve ser totalmente desconsiderada, pois a divisão de competências entre os poderes e o orçamento público também são matérias constitucionais.

A relevância do presente tema foi enunciar a economia como uma administração escassa de recursos financeiros, salientando em qual política pública está alocado. Visto que, não há possibilidades de advir ao Estado um ônus pelo qual o mesmo não pode cumprir, nem sequer que fundamente o não cumprimento do ônus de égide insensato. A Constituição Federal de 1988, abrange que o Estado não pode deixar de garantir o mínimo existencial, porém, o mesmo nem sempre pode cumprir com seus deveres, agregando então a demanda para o Poder Judiciário, projetando que o mesmo obrigue o Poder Público a fornecer suprimentos que ultrapassem a Lei Orçamentária.

O aspecto sócio-jurídico é importante porque trata de princípio fundamental para o cidadão (dignidade da pessoa humana) e também da reserva do possível, sendo que essa utilizada de forma indevida pelo ente estatal retira do ser humano direitos importantíssimos, como o caso dos direitos sociais. Neste ínterim, o tema é importante porque traz discussões para o âmbito jurídico, e tem sido palco de debate na doutrina e tribunais superiores.

O estudo ora apresentado, está organizado da seguinte forma: No primeiro capítulo discorreremos sobre o contexto histórico diante da reserva do possível, o modo como a mesma surgiu na Alemanha, e a maneira em que foi adotada no Brasil como um meio para constatar a economia do Estado.

No segundo capítulo abordar-se-á sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, do modo em que a mesma é vista socialmente nos dias atuais. E ainda sua previsão na Constituição Federal de 1988.

No terceiro capítulo versaremos sobre os direitos fundamentais, os conteúdos fáticos e jurídicos da reserva do possível, e a discussão acerca da reserva e do mínimo existencial. Já no capítulo seguinte, desenvolvemos sobre ponderação de valores, quanto à assimetria entre princípios e regras, e ainda, sobre a lei de colisão.

Ato seguinte, foram abordados os objetivos específicos e geral, bem como aspectos relacionados à metodologia, referindo os meios utilizados para realização deste. Por fim, serão retratadas as análises e discussões relativas, e as considerações finais.

1 CONTEXTO HISTÓRICO ACERCA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Como apontam Schwabe e Martins (2005), a reserva do possível “*Vorbehalt dès Möglichen*” surgiu na Alemanha para dirimir a restrição do número de vagas “*numerus-clausus*” em algumas universidades. Caso o qual analisou o art. 12, § 1º da Lei Fundamental, de acordo com a Lei Fundamental alemã (2007), proferindo que: *Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen* “todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação”.

Nesta decisão, tais direitos foram contrapostos diante dos princípios da igualdade e do Estado Social. Fora discutido os abundantes critérios de aprovação ao ensino superior, como também, a conjuntura dos candidatos que matricularam-se em mais de uma universidade. Com o intuito de adaptar-se a algumas decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha, Olsen (2008), conclui que as prestações demandadas do Estado são atinadas em face da razoabilidade e da proporcionalidade, frente à exigência da necessidade da realização do direito.

No Brasil, como aponta Sarlet (2001), a reserva do possível busca constatar a economia do Estado, da restrição dos recursos disponíveis em face das imprescindibilidades muitas vezes imensuráveis a serem providas por eles. A primazia da economia diante do jurídico foi se explanando de acordo com a forma de incomunicabilidade dos sistemas.

Sarlet (2001) declara que, os sistemas econômicos, políticos e jurídicos têm expressões diversas. Logo, nesta aura que a reserva do possível apareceu como pretexto corriqueiro nos processos judiciais envolvendo demanda pelos indivíduos de prestações dispostas na Constituição Federal e não efetivadas. Surgindo então, a indigência de adaptar-se à reserva do possível às prestações sociais junto às reservas orçamentárias.

Por ser conceituada como “reserva do financeiramente possível”, ela é considerada como limite à solidificação dos direitos fundamentais sociais. Andreas J. Krell (2002, p. 107), crítica e enfatiza a vasta diferença sócio-econômica entre o Brasil e a Alemanha, Segundo o estudioso:

Os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram os seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha - como nos países centrais - não há um grande contingente de pessoas que não achavam vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc.

Para Olsen (2008), a reserva do possível na Alemanha foi relacionada ao requisito de prestações dentro do limite da razoabilidade, e não da carestia de recursos, como foi concebida no Brasil.

1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra previsão no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, sendo o mesmo alçado a fundamento da República Federativa do Brasil. Para Sarlet (2001), esse princípio assume dupla dimensão, sendo elas defensiva e prestacional. Na dimensão defensiva, a dignidade limita a atuação do poder público. Sendo assim, a dignidade é um direito ao qual pertence a todas pessoas, por vezes é irrenunciável. De outro lado, segundo dimensão prestacional a dignidade impõe ao ente estatal medidas positivas para garantia de sua preservação, bem como realização de condições imprescindíveis para sua eficácia

De acordo com Sarlet (2001), circunstancialmente a dignidade não conseguirá ser eminente de modo fixo, além do mais no qual se observa que tal elucidação desta índole não se contrapesa com a diversidade de valores e o pluralismo que se denotam nas sociedades democráticas atuais, visto que, nos encontramos em um processo de constante evolução.

Na contemporaneidade, a dignidade é vista como uma serventia inerente à pessoa humana, ela se torna um atributo inabdicável e intransmissível, instituindo ao indivíduo um direito pelo qual não lhe é capaz ser desagregado.

Quanto aos afrontes à dignidade, concebe-se uma pesquisa de suma densidade jurídica, dado que, na eficácia fundamentada deste princípio, pode ocorrer conclusões discordantes ou inclusive conflitantes entre si. Para Barroso (2003, p. 36), a dignidade da pessoa humana:

Ainda vive, no Brasil e no mundo, um momento de elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica. Procura-se estabelecer os contornos de uma objetividade possível, que permita ao princípio transitar de sua dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais.

Diante do que foi mencionado, Sarlet (2001) afirma que, a dignidade de todos os seres humanos, não devem ser violadas ou feridas, independentemente do fato daqueles que executam condutas sórdidas.

Bonavides (1994), salienta que, com a convicção constitucional contemporânea, compreende-se que a dignidade é garantida, quando é assegurado um mínimo existencial a pessoa humana, não consentindo que o indivíduo vivencie qualquer grau de violação ou seja obsoleto em seu valor por parte do Estado, sendo por particulares ou por alguma instituição. Neste conceito, a dignidade da pessoa humana é o fundamento primitivo dos direitos fundamentais.

De acordo com Barroso (2011), o mínimo existencial pode ser conceituado como um (conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado).

Para Lazari (2012), o mínimo existencial deve ser visto como base da vida humana. É um direito fundamental que está expresso na Constituição Federal, não é necessário uma lei para que o mesmo seja atingido, já que é algo concernente a todo ser humano. De acordo com o autor ora mencionado, o mínimo existencial refere-se aos direitos pertinentes às necessidades nas quais o ser humano precisa para sobreviver, condições mínimas às quais estão expressas no seguinte artigo;

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

A sociedade tem se asseverado completamente incapaz de encadear essa problemática de modo conjuntural, e isso causa um travamento dos direitos humanos e fundamentais, impedindo então que ocorra a sua eficácia.

1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E RESERVA DO POSSÍVEL

Assim como apontam Stephen Holmes e Cass Sunstein (2011), para ocorrer a concretização e a proteção dos direitos consubstanciados pela Constituição, sucederá um ônus econômico.

A reserva do possível é munida por dois conteúdos, sendo eles um fático e um jurídico. Segundo Daniel Sarmiento (2011), no que se refere ao conteúdo fático, a mesma deverá ser aprimorada como um (teste da razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos existentes), ou seja, não pode reivindicar que o Estado supra algo para um cidadão, sendo que o mesmo não poderá fazer a mesma atribuição a todos que estão nas mesmas conjunturas.

Ainda segundo o doutrinador ora mencionado, a reserva do possível analisada sob prisma jurídico, nota-se que há uma polarização entre o orçamento ligado ao princípio da legalidade da despesa, e a eventualidade do Poder Judiciário promulgar decisões que designam a execução de dispêndios, para que sejam cumpridos os Direitos Sociais. Diante destes apontamentos, Daniel Sarmiento (2011) toma um partido interveniente, o qual entende que, ao Estado fadado de legitimidade democrática, tem-se o encargo de optar pelas suas primazias. Porém, simultaneamente, não concorda que os Direitos Sociais são peremptórios para serem vinculados aos prepotentes orçamentários.

Desse modo, independentemente da discricionariedade assentida ao legislador e administradores públicos, não há como assentir uma discricionariedade absoluta ao arbítrio da própria Constituição e da máxima efetividade de suas diretrizes. Assim, no entendimento de Daniel Sarmiento (2011), o epílogo é pela possibilidade excecional do dinamismo do judiciário para a execução dos direitos sociais previstos na Constituição, nos moldes e preceitos, ora expostos.

Na erudição do jurista de Kiel, Robert Alexy (1993) preserva o reconhecimento da liberdade de compleição do legislador democrático na apuração das áreas nas quais serão aplicados os recursos públicos, mas deve-se observar que o legislador deve aderir de forma coerente. Dessa forma, para Alexy (1993, p. 90-91),

A polêmica sobre este tipo de direitos baseia-se nas concepções de caráter e atribuições do Estado, da lei e da Constituição, inclusive os direitos fundamentais, bem como na avaliação da situação atual da sociedade. Os direitos fundamentais são posições tão importantes que sua concessão ou não concessão não pode ser deixada nas mãos de uma simples maioria parlamentar.

Ressalta-se a compreensão levada a cabo hodiernamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quanto ao julgamento da ADPF nº 45, na decisão o Min. Celso de Mello, dispôs o seguinte,

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. 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". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (STF – ADPF 45 DF, Relator: Ministro Celso de Mello, Julgado em 29/03/2014). (BRASIL, 2014).

Entretanto, diante do conhecimento de Ronald Dworkin (2005), percebe-se que a discussão total sobre a reserva do possível ou do mínimo existencial está posicionada para disfarçar o problema da escolha política em relação à alocação de recursos orçamentários executados pelos Poderes Executivo e Legislativo. Dissimula-se, a inexistência de qualquer planejamento político, seja de curto, médio ou longo prazo, direcionado para as ações sociais.

Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2011), o óbice por trás do discurso do mínimo existencial está no fato do mesmo ser assimilado no Brasil a contar da lógica trazida pela ponderação de princípios.

Diante do que fora supramencionado sobre a reserva do possível, nota-se que, usar como argumento de racionalidade econômica, afasta e obscurece os argumentos jurídicos, pois ainda é pautada a concepção de liberdade do Administrador Público de aplicação dos recursos financeiros públicos.

1.3 PONDERAÇÃO DE VALORES

De acordo com Alexy (2008, p. 90-91), a assimetria entre regras e princípios estaria no plano da estrutura da norma, retratando que:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Quanto às regras, para Alexy (2008), (Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau).

Todavia, Günther (1993), retrata que essa convicção falha, motivo o qual parece sugerir que ambas modalidades normativas passariam por processos discursivos de aplicação distintas, visto que, as regras virariam, definitivamente aplicáveis em todas as situações nas quais adornassem sob sua hipótese de incidência, ao mesmo tempo que os princípios viveriam um processo argumentativo de reconhecimento da razão de assentar no caso.

Alexy (2008), declara que, alguns princípios podem ser cumpridos em graus diversos, e, algumas regras necessitam serem cumpridas de forma direta, visto que, demonstre que a circunstância concreta esteja sob sua hipótese de incidência. As regras conflitantes reciprocamente se anulam, a proporção em que os princípios, fadados da dimensão de peso, consentem o sopesamento, no qual a delimitação de um princípio será um tanto superior quanto mais sobressaído for a importância relativa do princípio contraditório.

Segundo Alexy (2008), a lei de colisão, é resultado da necessidade de estabelecimento de relações instruídas de precedência, a qual se concebem determinações definitivas, que permitirão ao intérprete precisão na aplicação ponderada dos princípios contraditórios quando verificadas as condições a serem empregues.

Na análise sobre os direitos fundamentais, Alexy (2008, p.157), relata que frequentemente as normas entram em colisão, porém isso não desaloja a dedução. Tal fato, justifica um novo modelo normativo com distinção de níveis, sendo um de regras e o outro de princípios, tornando necessário o procedimento de ponderação, sendo este realizado diante do

princípio da proporcionalidade, pois o mesmo pede que colisões entre direitos fundamentais sejam esclarecidos por ponderação, e, em contrapeso, oferece o mecanismo podendo de forma concreta e racional, equilibrar os comandos de otimização previstos nos princípios em choque.

Ao ressaltar o que o dinamismo de ponderação visa ao estabelecimento de preferências condicionadas, que designarão o princípio de maior peso no caso, e ao acatar que a ponderação se dá com a aplicação de critérios fáticos, valorativos e normativos, Alexy (2008), exprime que a criação de critérios por um só tempo, não serão em absolutos, controláveis democraticamente, e, igualmente, ignoram a irrepetibilidade dos contextos existentes.

Daniel Sarmiento (2016), ressalta ainda que, dentre os direitos conflitantes, tem-se um parâmetro importante, o qual busca diminuir o arbítrio do intérprete, tais como diminuir o risco do qual a ponderação se converta em aparato para o enfraquecimento dos direitos fundamentais diante dos interesses das maiorias.

Para Luiz Antônio Rizzatto (2018), o princípio constitucional mais importante é o da dignidade da pessoa humana, sendo ele que dá os preceitos para a uniformidade dos princípios. Tanto nos conflitos em abstrato quanto no concreto, será a dignidade que dirigirá o intérprete, o qual terá em mão o artefato da proporcionalidade para buscar a conclusão. Pois, quanto mais o direito decorrer da dignidade, menos alusivo ele será.

Os direitos fundamentais são inerentes de uma política pública, e para serem instrumentalizados necessitam ser modificados para respectivo desenvolvimento. De acordo com Gilmar Mendes (2009), tal modificação para forma jurídica não afasta as conjunturas dos direitos do constituinte político que lhe deu origem.

De acordo com o autor acima mencionado, a concretização desses direitos fundamentais mostram-se subalternos às conjunções político-econômicas, fazendo-se efetivas em estágios, frisando uma reserva do possível. Visto que, não obstante a reserva do possível, deve atentar-se ao mínimo de eficácia dos direitos sociais, atando à dignidade da pessoa humana, seguindo os parâmetros do princípio da proporcionalidade.

No julgamento abaixo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou acerca de que a reserva do possível não pode se preponderar, pois o que prevalece é o princípio da dignidade da pessoa humana. Senão vejamos:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - DIREITO DA CRIANÇA À SAÚDE - SUPLEMENTO ALIMENTAR - GARANTIA CONSTITUCIONAL - RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO - CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL - PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES - INOCORRÊNCIA - RECEITA MÉDICA ATUALIZADA - NECESSIDADE. 1. Os entes federados têm responsabilidade solidária na gestão da saúde, inclusive no fornecimento de medicamentos a pacientes necessitados e na realização de serviços de saúde em geral. 2. Cumpre à autoridade judicial direcionar o cumprimento das demandas de saúde ao ente responsável, segundo as regras de repartição de competência do SUS (ED no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE). 3. O Poder Público deve garantir o suplemento alimentar, assegurando o efetivo direito à saúde da criança. 4. A cláusula da reserva do possível não pode prevalecer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. 5. O Poder Judiciário pode, sem violar o princípio da separação dos poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas à saúde. Precedente do Supremo Tribunal Federal. 6. É possível a fixação de multa cominatória contra a Fazenda Pública para garantir o cumprimento da obrigação de fazer. 7. O fornecimento do fármaco pode ser condicionado à apresentação de relatório médico atualizado, porque traduz medida razoável para evitar a utilização indevida dos insumos postulados.

(TJ-MG - Remessa Necessária-Cv: 10352200001175001 Januária, Relator: Carlos Henrique Perpétuo Braga, Data de Julgamento: 04/03/2021, Câmaras Cíveis / 19ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/03/2021)

Tatiane Fernandes da Silva (2013), discorre que a reserva do possível não pode ser usada como pretexto para a ineficácia do Estado, e se subjugar, tendo que prezar pela concretização da garantia da dignidade da pessoa humana, de modo que todos os cidadãos consigam viver dignamente.

Logo que mencionado a Reserva do Possível, cabe ao judiciário intervir para que sejam completadas as lacunas omissas do Estado. Para Tatiane Fernandes da Silva (2013), o poder público deve ter como preeminência a dignidade da pessoa humana, em face dos institutos que pretendem lhe colocar como prioridade secundária.

Tatiane (2013) relata que, ao ser alegado que se trata de uma caridade por parte do Estado, não se refere a isso, e sim de direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988. Sendo dever do Estado conduzir e administrar os valores, os quais são pagos anualmente por toda a sociedade brasileira, distribuindo então de forma benevolente.

2 OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GERAL

Demonstrar a possibilidade de aplicação da reserva do possível sem que tal fato cause ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Conceituar a reserva do possível divergindo-a do mínimo existencial;
- Analisar a dignidade da pessoa humana enquanto princípio/norma e suas facetas jurídicas;
- Demonstrar a distinção entre normas e princípios por meio de hermenêutica constitucional.

3 METODOLOGIA

A pesquisa é avançada quando se tem o interesse de apurar determinado assunto, com fim de se obter respostas para as indagações propostas, quando não se dispõe de informações necessárias para responder ao problema, faz-se necessário a utilização de métodos, técnicas e outros procedimentos científicos (GIL, 2007).

Conforme preconiza Gil (2007), o tipo de pesquisa deve ser classificado em seus procedimentos metodológicos com base nos objetivos, bem como nos procedimentos técnicos utilizados de coleta e análise de dados, e que dentro de cada uma dessas tipologias existem diversas subdivisões, originando vários tipos de pesquisa, cada qual com suas características e peculiaridades próprias.

Desta forma, a presente pesquisa a ser realizada foi classificada como descritiva, bibliográfica, qualitativa e dedutiva. Em relação aos objetivos, a pesquisa será descritiva, uma vez que cuida dos elementos para o acontecimento do fato, utilizando métodos como padrões textuais, opiniões, atitudes e crenças de uma população ou segmento dela. Desse modo, (GIL, 2007, p. 28) afirma que: (as pesquisas deste tipo têm como objetivo primordial a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou o estabelecimento de relações entre variáveis).

Quanto ao procedimento, primeiramente esta pesquisa foi efetivada por meio da pesquisa bibliográfica em livros, artigos, sites de internet, jornais, revistas, livros, teses, material cartográfico, rádio, filmes, entre outros. Nesse sentido, (a pesquisa bibliográfica é aquela realizada a partir de registro disponível, decorrente de pesquisas anteriores, em documentos impressos). (SEVERINO, 2007, p. 122).

No que tange à abordagem do problema, a análise será qualitativa, que de acordo com Lakatos e Marconi (2001) é vista como o meio de raciocínio a ser seguido, mencionando a complexidade de certa problemática, analisando a complementação de determinadas variáveis, com exame mais detalhado no tocante aos fenômenos em estudo.

O método de pesquisa utilizado no presente trabalho foi o dedutivo. Prodanov e Freitas em sua obra refletem que:

O raciocínio dedutivo tem o objetivo de explicar o conteúdo das premissas. Por intermédio de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, de análise do geral para o particular, chega a uma conclusão. (PRODANOV; FREITAS, 2013, p.27)

Com base nisso entende-se que o método dedutivo parte dos princípios, leis ou teorias que são consideradas verdadeiras e incontestáveis, prevendo os acontecimentos de casos individuais com base na lógica.

4 ANÁLISE E DISCUSSÃO

Edilson Farias (1996), afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana, diante de todo seu volume valorativo, ele também exerce como (critério interpretativo do inteiro teor do ordenamento constitucional). Este princípio infunde em grande ou pequena intensidade, diante de todas as normas jurídicas. E ainda, é relacionado com duas séries de direitos, sendo os direitos fundamentais e os direitos humanos.

Para José Afonso da Silva (1990), o termo direitos fundamentais não é unânime na doutrina, e para ter um parâmetro à mesma categoria desses direitos aplica outros termos, sendo eles “direitos individuais”, “direitos humanos”, “liberdades fundamentais” e “direitos naturais”. Na Constituição Federal de 1988 vemos essa diversidade terminológica nos artigos 4º II, 5º §1º, 5º LXXI, 5º XLI, art. 17, e art. 60, §4º IV.

Para Sarlet (2001), as expressões direitos fundamentais e direitos humanos não devem ser empregues como sinônimo, pois há uma necessidade de afastar ambas. A expressão direitos fundamentais precisam ser restritos para os direitos do indivíduo e positivados no âmbito do direito constitucional positivo de determinado Estado, já os direitos humanos deveriam ser empregues nas posições jurídicas que se discernem ao ser humano independentemente de sua união com qualquer ordem constitucional, absorvendo a validade universal, para todos os povos e tempos.

Edilson Farias (1996) compartilha do mesmo entendimento, visto que, os direitos fundamentais instituem a positivação dos direitos humanos na constituição de determinado Estado, com a sua decorrente metamorfose de reivindicações políticas em preceitos jurídicos.

Para Sarlet (2001), é notório que o rol de direitos humanos é bem mais extenso do que os direitos fundamentais, ainda que algumas constituições estabeleçam direitos fundamentais que não achem correspondência nos textos internacionais. Diante da visão da efetividade dos direitos a relevância da distinção é inquestionável, visto que a agregação expressa dos direitos humanos na constituição lhes confere circunstâncias de maior efetivação.

Por outro lado, temos a escassez de mecanismos do Estado para executar os direitos de forma universal diante da teoria da reserva do possível. Leal e Alves (2016), abrange que a teoria da reserva do possível ganhou espaço no controle jurisdicional, principalmente diante dos direitos fundamentais, ainda que no Brasil seja conceituado como caráter de reserva

orçamentária, ao se deparar com um direito fundamental baseado pelo mínimo existencial, o Estado recorre para a precisão de incorporá-lo na reserva orçamentária.

Na concretização judicial do princípio da dignidade da pessoa humana, ALEXY (1993), declara que existe uma considerável necessidade em assentir que os princípios explícitos ou implícitos, também instituem normas jurídicas. Sendo que, os princípios e as regras instituem categorias diferentes de normas jurídicas, ainda que suas características sejam diferenciadas.

Para Konrad Hesse (1991), a Constituição tem que recuperar a sua normatividade mediante de um trabalho de interpretação, sem desconsiderar os fatos concretos da vida, para conseguir concretizar de forma prudente os seus princípios.

Para que o princípio da dignidade da pessoa humana não seja apenas uma obrigação não cumprida, Canotilho (1999), afirma que é essencial a sua concretização judicial, diante de um trabalho de aplicação contínuo, buscando dar a este princípio uma máxima efetividade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alocação dos direitos fundamentais na parte inicial da carta magna revela sua importância. Não se pode falar em direitos fundamentais sem citar o princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é o tópico principal de um Estado Democrático de Direito, uma vez que, os cidadãos de uma sociedade necessitam da dignidade individual e tendo assim uma vida digna, não apenas existindo, e sim vivendo e exercendo o seu papel de cidadão.

A teoria da reserva do possível está ligada aos direitos fundamentais, e, por consequência, também mantém relação com a dignidade da pessoa humana. A reserva do possível está ligada à questão orçamentária do Estado, teoria a qual foi importada da Alemanha e que deve ser utilizada com cuidado e atenção.

Desse modo, nota-se que a reserva do possível diante dos direitos fundamentais é inaplicável. Visto que, não se pode priorizar um instituto que impede a concretização dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, pois são meios para que todo cidadão tenha uma vida digna. A reserva do possível veio de um país com cultura e realidade diferente da atual situação do nosso país.

Diante dos fatos ora mencionados, a questão orçamentária não tem que influenciar na prestação dos direitos, porém no Brasil a teoria está sendo utilizada como uma justificativa para que o Estado promova a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

O Brasil é um país que ainda está em desenvolvimento, anualmente são recolhidos altos valores monetários dos cidadãos, por meio de impostos. Diante disso, não se deve admitir que o Estado alegue que não pode prover educação, saúde e uma vida digna, por falta de orçamento.

Por vezes, ao suscitar a reserva do possível, o Estado se esquivava de realizar as suas funções, portando aos cidadãos uma brecha no tocante aos direitos fundamentais.

Por fim, conclui-se que o principal problema não está na escassez de recursos financeiros, mas sim na falta de gestão governamental, os recursos arrecadados dos cidadãos devem ser distribuídos de forma melhor, para que possa ser retornado e investido na sociedade. A prioridade do Estado deve estar diretamente ligada aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo n° 345*, 2004.

ALEXY, R. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Tradução Manuel Atienza. Doxa [publicaciones periódicas], Alicante, Espanha, v. 5, p. 90-91, 1988. Disponível em:
<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4191689/mod_resource/content/1/Leitura%20Obrigat%C3%B3ria%20Semin%C3%A1rio%2007%20%28texto%20%29.pdf>. Acesso em: Nov. 2020.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção da nova modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 260-261

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n 45 DF*. Ministro Celso de Mello, julgado em 29/04/2004. Disponível em:
<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>>. Acesso em: Out. 2020.

CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 1999.

DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIAS, E. P. *Colisão de Direitos*. 1996, p. 54.

_____. *Colisão de Direitos*. 1996, p. 59/60.

GIL, A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GÜNTHER, K. *Qual o Conceito de Pessoa de que Necessita a Teoria do Discurso do Direito?* Revista Direito GV 3. São Paulo, v. 2, n. 1, p. 223-240, jan./jun. 2006.

HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição*. 1991.

HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. *The cost os rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton Paperback, 1999.

JUSTI, J.; VIEIRA, T. P. *Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação lato sensu e stricto sensu*. Rio Verde: Ed. UniRV, 2016.

KRELL, A. J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: *os descaminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. *Metodologia do trabalho científico*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LAZARI, R. J. N. Reserva do possível e mínimo existencial: *a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade*. Curitiba: Juruá, 2012.

LEAL, M.C.H.; ALVES, F.R.S. (2016) Razoabilidade e teoria da reserva do possível como fundamentos para o controle jurisdicional de políticas públicas: *uma análise a partir da teoria do discurso*. Espaço Jurídico Journal of Law, Joaçaba, v. 17, n. 2.

MARTINS, L. e SCHWABE, J. (org.). *Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. Disponível em: <https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=5c3de690-448a-5d31-75da-862774a620a2&groupId=252038>. Acesso em: Out. 2020.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça - TJ-MG .*Remessa Necessária-Cv: 10352200001175001* Januária, Relator: Carlos Henrique Perpétuo Braga, Data de Julgamento: 04/03/2021, Câmaras Cíveis / 19ª CÂMARA CÍVEL, 09 maio 2021. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1178802297/remessa-necessaria-cv-10352200001175001-januarua>>. Acesso em: 28 de abril de 2021.

NUNES, L. A. R., *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OLSEN, A. C. L. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C.. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 1990, p. 157.

SARMENTO, D. *Por um Constitucionalismo Inclusivo*, Rio de Janeiro, 2010.

SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SEVERINO, A. J. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. São Paulo: Cortez, p. 122, 2007.

SILVA, T. F. A *(IN)Aplicabilidade do Princípio da Reserva do Possível Face à Dignidade da Pessoa Humana*. Revista *Projeção, Direito e Sociedade*, v. 4, n. 1, junho. 2013.

SOUZA CRUZ, A. R. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Imprensa, Fórum, 2011.