

ano 13 - n. 52 | abril/junho - 2013  
Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 1516-3210  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

---

Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO &  
CONSTITUCIONAL

A&C

---

# A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

## IPDA

Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo



© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br  
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Supervisão editorial: Marcelo Belico  
Revisão: Crísthiane Maurício  
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Lucieni B. Santos  
Marilane Casorla  
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região  
Capa: Igor Jamur  
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

Impressa no Brasil / Printed in Brazil  
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados  
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,  
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral  
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá  
em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342  
CDU: 342.9

### Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

**Diretor-Geral**  
Romeu Felipe Bacellar Filho

**Diretor Editorial**  
Paulo Roberto Ferreira Motta

**Editores Acadêmicos Responsáveis**  
Ana Cláudia Finger  
Daniel Wunder Hachem

#### **Conselho Editorial**

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovís Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

#### **Homenagem Especial**

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)  
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)  
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)  
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)  
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

# Direito administrativo e dignidade da pessoa humana

**Maria Sylvia Zanella Di Pietro**

Professora Titular de Direito Administrativo da USP. Livre-docente, Doutora e Mestre pela USP. Procuradora aposentada do Estado de São Paulo. Advogada em São Paulo.

---

**Resumo:** Examinando a natureza e conteúdo jurídicos da dignidade da pessoa humana no ordenamento constitucional brasileiro, o presente artigo visa a identificar o papel do Direito Administrativo na concretização das normas constitucionais que, como princípios ou como regras, almejam o respeito ao referido princípio, notadamente no campo das chamadas políticas públicas.

**Palavras-chave:** Direito administrativo. Dignidade da pessoa humana. Políticas públicas.

**Sumário:** 1 Observações iniciais – 2 Conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana – 3 Dignidade da pessoa humana: valor, princípio ou regra? – 4 O papel do direito administrativo na concretização das normas constitucionais que, como princípios ou como regras, almejam o respeito à dignidade da pessoa humana – 5 Dignidade da pessoa humana e políticas públicas – 6 A título de conclusão

---

## 1 Observações iniciais

O tema da dignidade da pessoa humana não tem sido muito tratado no âmbito do direito administrativo. Insere-se mais nas matérias afetas ao direito constitucional e ao direito internacional (em decorrência das declarações universais de direitos). Como professora de direito administrativo, confesso que não havia, anteriormente, me debruçado sobre o tema da dignidade da pessoa humana. Na realidade, a matéria tem sido pouco ou nada tratada no âmbito do direito administrativo, a não ser, mais recentemente, nos aspectos pertinentes às políticas públicas.

Quando me dispus a discorrer sobre o tema, a minha primeira atitude foi de perplexidade. Como tratar o assunto?

Num segundo momento, percebi que tinha que ler o que tem sido escrito pelos juristas, para me ilustrar. Tive a sorte de receber da Editora Revista dos Tribunais seis volumes sobre Doutrinas Essenciais, precisamente os que tratam dos direitos humanos. Na comemoração dos cem anos da Editora, ela republicou textos tal como publicados originalmente. Os volumes sobre direitos humanos foram organizados por Flávia Piovesan e Maria Garcia. Pois bem, encontrei nessa coletânea inúmeros textos específicos sobre a dignidade da pessoa humana. O mais antigo deles é do ano 2000. Antes disso, nenhum artigo foi publicado tratando especificamente do tema, embora os seis volumes tratassem dos direitos humanos. Não há dúvida de que falar sobre direitos humanos significa falar sobre dignidade da pessoa humana. Certamente essa ausência de menção ao princípio ocorreu porque somente na Constituição de 1988 é que foi prevista a dignidade da pessoa humana, logo no artigo 1º, III, entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

No terceiro momento, antes mesmo de finalizar as leituras, a minha atitude foi a de meditação sobre o assunto. Como atuei durante 24 anos em áreas consultivas da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, acostumei-me a tratar da aplicação concreta do direito na análise de casos sobre os quais tinha que opinar. Um pouco por isso e talvez por ter, pela própria natureza, os pés no chão, procurei não ficar muito em aspectos teóricos ou filosóficos, para tentar encontrar no direito administrativo as medidas úteis para a concretização da dignidade da pessoa humana.

## **2 Conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana**

Em minhas leituras, não encontrei propriamente um conceito de dignidade da pessoa humana. Trata-se de expressão com significado indeterminado, aplicável às mais variadas áreas dos direitos individuais. Trata-se de um princípio cujo significado é mais fácil de intuir do que definir. Com efeito, todos nós temos consciência de que cada ser humano tem sua individualidade, suas crenças, seus sonhos, suas esperanças, sua fé. Todo ser humano quer ter liberdade para decidir como conduzir sua vida sem interferência do Estado. Todo ser humano quer ser tratado com igualdade em relação aos seus semelhantes. Todo ser humano quer ser reconhecido como pessoa e respeitado como tal.

Em hipóteses extremas, pode-se dizer que, para mim, a dignidade da pessoa humana exige, pelo menos, um teto onde se abrigar, alimentos para manter-se, roupas adequadas para vestir, educação, saúde, trabalho, segurança, salário

compatível com as necessidades mínimas de subsistência. Só com esse enunciado fácil é perceber como o Brasil e a maior parte do mundo está longe desse mínimo existencial.

A Constituição de 1988 contém algumas normas que dizem respeito especificamente à dignidade da pessoa humana.

O artigo 1º indica os fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre eles, no inciso III, a dignidade da pessoa humana.

O artigo 170 estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. E dá o rol dos princípios que devem ser observados, dos quais os que mais dizem respeito à dignidade da pessoa humana são o da redução das desigualdades regionais e sociais e o da busca do pleno emprego.

É curioso que o capítulo da ordem social, em sua disposição geral, contida no artigo 193, não se refira especificamente à dignidade da pessoa humana. Ele estabelece que a ordem social tenha como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Foi, no entanto, mais específico, ao tratar de determinados temas inseridos nesse Título da Constituição.

O artigo 226, §7º, inserido no capítulo que trata da família, da criança, do adolescente e do idoso, prevê que o planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O artigo 227 atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

E o artigo 230 atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Esses são os dispositivos constitucionais que falam sobre dignidade. Isso, contudo, não esgota o conteúdo do princípio. Na realidade, partindo-se da ideia de que a dignidade é inerente a todo ser humano, em seu conteúdo inserem-se todos os direitos individuais, sejam eles econômicos, políticos, sociais, culturais

ou de qualquer outra natureza, previstos em Constituições, em Declarações de Direitos ou em leis infraconstitucionais.

Nas palavras de José Afonso da Silva,<sup>1</sup> “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

Praticamente todos os autores que tratam do tema apontam a dignidade como característica inerente a todo ser humano. De forma simples, clara e sintética, Regina Maria Macedo Nery Ferrari<sup>2</sup> afirma:

Quando se fala em dignidade humana, se quer dizer a dignidade de todo e qualquer ser humano, individual e concreta, em qualquer circunstância e em qualquer fase de sua vida, independentemente de ser titular de direitos, de ter reconhecida sua personalidade, em termos jurídico-civis, porque mesmo antes de adquiri-la já existe um ser humano cuja dignidade merece proteção. O direito à dignidade humana independe da aquisição de personalidade jurídica.

Na realidade, é o que decorre do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. E no Preâmbulo da Declaração consta a expressão “dignidade inerente a todos os membros da família humana”.

Jorge Miranda,<sup>3</sup> comentando a Constituição Portuguesa, observa que:

[...] da consciência jurídica portuguesa e de diferentes preceitos constitucionais podem sintetizar-se as diretrizes básicas seguintes:

- a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;
- b) a dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher;
- c) cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa de igual dignidade das demais pessoas;
- d) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;
- e) o primado da pessoa é o do *ser*, não o do *ter*; a liberdade prevalece sobre a propriedade;

---

<sup>1</sup> *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 38.

<sup>2</sup> *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 570.

<sup>3</sup> A Constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana. *In: Doutrinas essenciais: direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1, p. 1155-1166.

- f) só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida;
- g) a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos; e
- h) a dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.

### 3 Dignidade da pessoa humana: valor, princípio ou regra?

Seria a dignidade da pessoa humana um mero valor, um princípio ou uma regra?

Talvez se possa dizer que, pelo seu sentido, a dignidade humana participa, ao mesmo tempo, da natureza de um valor (o valor supremo a que se refere o Preâmbulo da Constituição), de princípio constitucional (que tem por objetivo garantir a tão referida centralidade da pessoa humana) e de regra a ser observada para dar efetividade ao valor e ao princípio.

Na Constituição Federativa do Brasil, de 1988, a dignidade da pessoa humana está prevista, no artigo 1º, III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e do pluralismo político.

Nas palavras de José Afonso da Silva:<sup>4</sup>

[...] se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.

Acrescenta o autor que, como valor supremo, a dignidade da pessoa humana “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Por isso é que a Constituição o prevê nos capítulos da ordem social e econômica, dando um “conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana”.

Outra lição importante de José Afonso da Silva é no sentido de que a dignidade da pessoa permanece independentemente de sua forma de comportar-se,

---

<sup>4</sup> *Op. cit.*, p. 38.



mesmo que ilícita. Citando o pensamento dos autores espanhóis, Jesús Gonzalez Perez e Fernando Garrido Falla, o jurista afirma que a palavra “dignidade” é empregada:

[...] no sentido de forma de comportar-se e no sentido de atributo intrínseco da pessoa humana, como um valor de todo ser racional, independentemente da forma como se comporte. É com esta segunda significação que a Constituição tutela a dignidade da pessoa humana, de modo que nem mesmo um comportamento indigno priva a pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, ressalvada a incidência de penalidades constitucionais autorizadas.

Daí reconhecer-se aos presos o direito à dignidade. Só que, no Brasil, foi preciso que “homens de colarinho branco” fossem condenados a penas privativas de liberdade para que se começasse a destacar a péssima situação do sistema penitenciário.<sup>5</sup>

E não há dúvida de que a dignidade da pessoa humana coloca-se entre os “valores supremos” a que se refere o preâmbulo da nossa Constituição, quando afirma que o Estado Democrático é instituído para “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Todos esses valores integram a ideia de dignidade da pessoa humana.

Embora haja quem identifique “valores” e “princípios”, eu fico com a lição de Joaquín Arce Y Flóres-Valdés,<sup>6</sup> para quem os princípios são proposições que estão na base do ordenamento jurídico, significando “origem, causa, gênese do ordenamento jurídico de uma sociedade”, enquanto os “valores superiores se entendem como meta, fim, critério axiológico do Direito”.

A dignidade da pessoa humana, por depender das garantias da igualdade, liberdade, bem-estar, segurança, justiça, constitui, sem dúvida, um valor supremo,

<sup>5</sup> O Ministro da Justiça, José Eduardo Cardoso, afirmou que preferiria a morte a cumprir pena (*O Estado de S. Paulo*, 14 nov. 12). E o Ministro José Antônio Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, comparou as penas impostas aos réus do “mensalão” às punições medievais, da época da inquisição (*O Estado de S. Paulo*, de 15 nov. 12). Tais afirmações são feitas em decorrência da péssima situação de nosso sistema penitenciário, que está muito longe de respeitar a dignidade da pessoa humana, e põem a descoberto dois tipos de afronta à dignidade da pessoa humana: de um lado, o fato de que os presídios não respeitam a dignidade do preso; de outro lado, a afronta ao princípio da igualdade, já que nunca antes foram feitas afirmações desse tipo com relação aos condenados a penas privativas de liberdade.

<sup>6</sup> *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990. p. 117.

um ideal a ser levado em consideração pelos três Poderes do Estado no exercício de suas funções institucionais.

Mas não há dúvida de que a dignidade da pessoa humana tem a natureza de princípio, no sentido de origem, causa, gênese do ordenamento jurídico de uma sociedade. Ele existe independentemente de existir o Estado. Ele não é criado pela Constituição ou pelas Declarações de Direitos. Ele é apenas reconhecido ou declarado por esses instrumentos. Ele corresponde a um valor fundante da Constituição. Ele a precede. É dessa forma que está previsto no artigo 1º da Constituição.

A palavra “princípio”, no caso, é utilizada no sentido de “proposição básica, fundamental, típica, que condiciona todas as estruturas subsequentes”, conforme definição de José Cretella Júnior.<sup>7</sup>

Ou, como diz Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é, “por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”.

E, se for levada em consideração a distinção entre regras e princípios, feita por Robert Alexy (aceita no Brasil por Clèmerson Merlin Clève, Virgílio Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso, dentre outros), a dignidade da pessoa humana entraria em qual categoria?

Segundo Alexy, as regras contemplam uma solução única que deve ser cumprida exatamente como prevista. Os princípios são mandamentos de otimização, que podem ser aplicados de diferentes maneiras, conforme as circunstâncias de cada caso. Ocorrendo conflito entre princípios, deve ser aplicada a técnica da ponderação, pela qual se decidirá qual princípio deve ter peso maior.

A resposta é difícil. Segundo Alexy, a dignidade da pessoa humana não é um princípio absoluto. Ela é tratada em parte como regra e em parte como princípio.<sup>8</sup>

Sem maiores aprofundamentos na doutrina de Alexy, eu diria o seguinte: pela forma prevista (implicitamente) no Preâmbulo da Constituição e em seu artigo 1º, a dignidade da pessoa humana é considerada, abstratamente, como valor (ideal a ser atingido) e como princípio inerente ao Estado de Direito Democrático. Com essa natureza de valor e de princípio, a dignidade da pessoa

<sup>7</sup> Os cânones do direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, ano 25, n. 97/5-52.

<sup>8</sup> Conforme MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 141.

humana tem que servir de norte para a aplicação do direito, para a interpretação das regras jurídicas e para integração em caso de lacuna da lei.

Nas palavras de Regina Maria Macedo Nery Ferrari:<sup>9</sup>

[...] quando se trata do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, é preciso ressaltar sua função hermenêutica integradora, pois ele serve de parâmetro para a *aplicação, interpretação e integração* não só dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas também de todo o ordenamento jurídico. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, estar-se-á negando a sua própria dignidade. (grifos nossos)

No entanto, trata-se de princípio que serve de inspiração e está na base de uma série de normas constitucionais, estas sim com natureza de *regras*. É o caso do direito à livre manifestação do pensamento, do direito à ampla defesa e ao contraditório, da inviolabilidade de domicílio, da inviolabilidade do sigilo de correspondência, do direito de herança, da proibição do racismo, do direito à individualização da pena e tantos outros direitos previstos na Constituição. Trata-se de *regras* que têm por objetivo garantir a observância do princípio da dignidade da pessoa humana (embora nem sempre observadas nas situações concretas).

Por isso, parece que a dignidade da pessoa humana é prevista ora como princípio, ora como regra. E se constitui em valor supremo do Estado de Direito Democrático.

#### **4 O papel do direito administrativo na concretização das normas constitucionais que, como princípios ou como regras, almejam o respeito à dignidade da pessoa humana**

Grande parte das normas constitucionais não tem condições de ser concretizada, ainda que tenham por objetivo garantir a dignidade da pessoa humana.

Norberto Bobbio<sup>10</sup> ensina que a universalização do respeito à dignidade da pessoa humana se desenvolveu em pelo menos três fases: em um primeiro momento, os direitos humanos “aparecem como teorias filosóficas nas obras de seus defensores”; a seguir, inserem-se em textos de âmbito nacional; e, por derradeiro, são enunciados em documentos de alcance mundial, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, p. 561.

<sup>10</sup> *Apud* MENDES; COELHO; BRANCO, *op. cit.*, p. 143.

E realmente essa evolução ocorreu.

Há um texto muito interessante e ilustrativo de Jacob Dolinger,<sup>11</sup> no qual ele mostra como foi sendo conceituada a dignidade da pessoa humana nas obras filosóficas através dos séculos, a convergência do direito romano com o direito canônico, na era medieval e nas fases subsequentes, mostrando a influência da moral, da religião e da ética na formação do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a influência do Antigo e Novo Testamento. Ele não deixa dúvida de que as construções doutrinárias e filosóficas antecederam em muito o reconhecimento da dignidade da pessoa humana no direito positivo e nas Declarações Universais de Direitos. Mesmo no direito brasileiro, ele cita lições extraídas de obras de Clóvis Beviláqua, Pimenta Bueno, Ruy Barbosa, Carlos Maximiliano, Pontes de Miranda, em escritos muito anteriores à Constituição de 1988 e alguns anteriores à própria Declaração Universal de 1948.

Foi a primeira fase a que se refere Norberto Bobbio.

Veio a segunda fase, com a previsão em textos internos e internacionais.

No entanto, o autor reconhece, da mesma forma que a maior parte da doutrina, a distância entre o princípio da dignidade da pessoa humana, tal como defendido teoricamente e posto no direito interno e internacional, e a sua efetiva concretização.

Esse distanciamento existe ou porque nem todas as nações estão empenhadas em garantir a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais a ela inerentes; ou porque a observância desses direitos exige recursos financeiros que não existem em quantidade suficiente, ou, quando existem, são desperdiçados com outros fins menos relevantes; ou são utilizados de forma incompetente; ou ainda são desviados pela corrupção que impera nas classes políticas.

O fato é que a inclusão da dignidade humana na Constituição, como valor, como princípio e como regra, não foi suficiente para garantir a sua concretização, apesar de que, como diz Flávia Piovesan,<sup>12</sup> “a Carta de 1988 destaca-se como uma das Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria”.

Com efeito, o avanço da Constituição não foi suficiente para garantir a aplicação do princípio para expressiva parcela da população brasileira.

No âmbito do direito administrativo, os temas que mais têm a ver com o respeito à dignidade da pessoa humana, como mínimo existencial, é o referente

<sup>11</sup> Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI*, 70/24, jan./mar. 2010; republicado na coletânea *Doutrinas essenciais: direito humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1, p. 445-506.

<sup>12</sup> Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988, *op. cit.*

aos *serviços públicos*, especialmente os de caráter social, como saúde, educação, previdência, assistência, fundamentalmente. Também a atividade de *fomento* contribui para o mesmo fim, na medida em que o Estado incentiva a iniciativa privada quando ela esteja voltada para o atendimento de necessidades relevantes para a coletividade. Dentre os princípios da Administração, talvez um dos mais relevantes seja o da participação popular, inerente à ideia de Estado Democrático de Direito, instaurada com a Constituição de 1988.

Além disso, algumas medidas judiciais, também estudadas no âmbito do direito administrativo, podem auxiliar na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, como o mandado de injunção (de aplicação pouco expressiva) e as ações civis públicas, inclusive para combate à corrupção. Na realidade, os principais remédios que o direito positivo oferece têm a natureza de ações judiciais. À míngua de leis que sejam promulgadas ou efetivamente cumpridas; à míngua de iniciativas da Administração Pública, procura-se socorro junto ao Poder Judiciário. Talvez por isso mesmo o tema das *políticas públicas* ganhou relevância no direito brasileiro, especialmente na área dos direitos sociais.

## 5 Dignidade da pessoa humana e políticas públicas

O tema das políticas públicas, no âmbito do direito administrativo, passou a chamar a atenção dos juristas nos últimos dez anos.<sup>13</sup>

Não são poucas as controvérsias que vem suscitando. Isto porque se trata de tema relacionado com a discricionariedade do poder público na definição e execução das políticas públicas, bem como o da complexa questão dos limites do seu controle pelo Poder Judiciário.

As políticas públicas são as metas e os instrumentos de ação que o poder público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger. Elas compreendem não só a definição das metas, das diretrizes, das prioridades, mas também a escolha dos meios de atuação. De acordo com Maria Paula Dallari Bucci,<sup>14</sup> “as políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito”. A autora conceitua as políticas públicas como “programas de ação governamental visando

<sup>13</sup> Inúmeros trabalhos têm sido escritos, dos quais se destaca a tese pioneira de Maria Paula Dallari Bucci, defendida em 2000 na Faculdade de Direito da USP, sob o título de *Direito administrativo e políticas públicas*, publicada pela Saraiva, em 2002.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 264-265.

a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. E acrescenta que “políticas públicas são ‘metas coletivas conscientes’ e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato”.<sup>15</sup>

Com essas afirmações iniciais, já se percebe como o tema se relaciona com a discricionariedade, seja na escolha do interesse público a atender, dentre os vários agasalhados pelo ordenamento jurídico, seja na escolha das prioridades e dos meios de execução. E aqui não se fala apenas da discricionariedade da Administração Pública. Fala-se, muitas vezes, até com maior razão, na própria discricionariedade do legislador ao definir políticas públicas com base em metas maiores postas pela Constituição.

Com efeito, a partir da ideia de que a definição de políticas públicas implica opções a serem feitas pelo poder público e que essas opções são externadas por variados instrumentos (Constituição, Emendas à Constituição, atos normativos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e de órgãos e entidades da Administração Pública), poder-se-ia fazer uma gradação levando em conta a própria hierarquia dos atos estatais. Existem metas fixadas pela própria Constituição, já a partir de seu preâmbulo. Inúmeros exemplos extraem-se de seu texto. É o caso do artigo 170, que coloca como meta a “existência digna conforme os ditames da justiça social” e já indica os princípios de observância obrigatória para esse fim. O artigo 182 outorga aos Municípios competência para definir a política de desenvolvimento urbano, mas já coloca como meta o “pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade” e o “bem-estar de seus habitantes”. O artigo 193 prevê como meta do título pertinente à ordem social o “bem-estar e a justiça social”. O artigo 194 estabelece como meta da seguridade social a garantia dos “direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. O artigo 196 impõe políticas sociais na área da saúde que visem “a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. O artigo 201 define os objetivos a serem atendidos pelos planos de previdência social. Os artigos 203 e 204 definem os objetivos a serem alcançados na área de assistência social. O artigo 205 coloca como meta da educação o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Esses são apenas alguns exemplos de metas definidas pela Constituição, dirigidas a todos os entes da federação e aos três Poderes do Estado.

---

<sup>15</sup> *Op. cit.*, p. 241.

Em muitos casos, a Constituição até já indica os instrumentos hábeis para a consecução das metas. É o caso do artigo 201, que indica os eventos a serem cobertos pelos planos de previdência. Do mesmo modo, o artigo 208 prevê os instrumentos hábeis para garantir o dever do Estado com a educação.

Outras vezes, a Constituição distribui entre as três esferas de Governo a competência para definir as políticas públicas, como se verifica pelo artigo 21, que outorga à União, entre outras, a competência para elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (inciso IX), planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações (inciso XVIII), instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (inciso XX), estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação (inciso XXI). Já o artigo 23 define as competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, algumas das quais envolvendo a definição e/ou implantação de políticas públicas, como promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (IX), estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito (inciso XIII). O artigo 165 prevê três importantes instrumentos de definição de metas, a serem estabelecidos por meio de leis de iniciativa do Poder Executivo: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. Algumas diretrizes podem ser vinculantes e têm que, obrigatoriamente, ser incluídas nas leis orçamentárias, como a exigência de percentual mínimo de gastos com a educação e a saúde (arts. 212 e 198, respectivamente).

Postas as metas, em termos genéricos, pela Constituição, cabe ao legislador, em segundo plano, discipliná-las de modo a garantir o seu atendimento, por meio dos atos legislativos previstos no artigo 59.

Muitas dessas leis deixam ao Poder Executivo e a órgãos e entidades da administração direta e indireta, especialmente as agências reguladoras, a implementação das políticas públicas definidas em lei.

São apenas exemplos dados para demonstrar que a competência para definição de políticas públicas distribui-se entre os Poderes Legislativo e Executivo. A ambos cabe o dever de observar as metas postas pela Constituição.

Seria simples afirmar que as políticas públicas são definidas pelo Legislador e executadas pelo Executivo, sendo vedado aos órgãos de controle (especialmente Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas) interferir nas opções feitas, porque isto afrontaria o princípio da separação de poderes. E, na realidade,

as grandes metas governamentais são traçadas pela própria Constituição e respectivas Emendas. O legislador disciplina as matérias postas na Constituição. O Executivo, por meio dos entes da administração direta e indireta, as executa.

No entanto, o modo como o tema vem sendo posto por parte da doutrina coloca em xeque essa forma de aplicação do princípio tradicional da separação de poderes.

Isto ocorre porque as políticas públicas são vistas como o instrumento adequado para concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição, especialmente na área social. Como o modelo do Estado Social é pródigo na proteção dos direitos fundamentais e na previsão de inúmeros serviços sociais como deveres do Estado, a consequência inevitável é a de que acabam por se colocar em confronto, de um lado, o *dever* constitucional de atender às imposições constitucionais, que correspondem a *direitos* do cidadão (essenciais para garantir a dignidade da pessoa humana), e, de outro lado, a escassez dos recursos públicos para atender a todos esses direitos. Daí o *princípio da reserva do possível*, oriundo do direito alemão: os deveres estatais, impostos pelo ordenamento jurídico, devem ser cumpridos na medida em que o permitam os recursos públicos disponíveis.

Surge então o difícil problema de tentar estabelecer critérios para a definição de políticas públicas: quais as prioridades a serem atendidas? Quais as escolhas que melhor atendem às metas constitucionais? Pode o Poder Judiciário (ou outro órgão de controle) interferir nas escolhas feitas pelo legislador ao definir as metas no plano plurianual e distribuir recursos nas leis orçamentárias? Pode o Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pela Administração Pública?

Rigorosamente, não pode o Judiciário interferir em políticas públicas, naquilo que a sua definição envolver aspectos de discricionariedade legislativa ou administrativa. O cumprimento das metas constitucionais exige planejamento e exige destinação orçamentária de recursos públicos. Estes são finitos. Não existem em quantidade suficiente para atender a todos os direitos nas áreas social e econômica. Essa definição está fora das atribuições constitucionais do Poder Judiciário. Este pode corrigir ilegalidades e inconstitucionalidades, quando acionado pelas medidas judiciais previstas no ordenamento jurídico, mas não pode substituir as escolhas feitas pelos Poderes competentes.

No entanto, o que se verifica é que, por diferentes formas, o Judiciário vem interferindo, direta ou indiretamente, na formulação de políticas públicas. Existem diferentes fatores que vêm contribuindo para isso. Dois deles saltam aos olhos: de um lado, a inércia do poder público, a sua ineficiência, a ausência ou



deficiência no planejamento, a corrupção, os desvios de finalidade na definição de prioridades, os interesses subalternos protegidos, em detrimento de outros, especialmente relevantes para a garantia dos direitos fundamentais. É doloroso assistir-se aos gastos do dinheiro público com publicidade, mordomia, corrupção, em detrimento da saúde, educação, moradia e outros objetivos de interesse social. De outro lado, há a atuação do Ministério Público que, na missão de proteger os interesses difusos e coletivos, especialmente nos pequenos municípios, utiliza os termos de ajustamento de conduta para interferir nas decisões das autoridades públicas e as ações civis públicas para obter do Poder Judiciário prestações positivas dirigidas às autoridades, para obrigá-las a prestar determinado serviço público ou a construir determinada obra pública. O Ministério Público impulsiona o Judiciário a interferir nas políticas públicas, nem sempre com sucesso.<sup>16</sup>

A interferência do Judiciário vai ganhando adeptos, sob o argumento de que, ao interferir em políticas públicas, ele não está invadindo matéria de competência dos outros Poderes do Estado, nem a discricionariedade que lhes é própria, porque está fazendo o seu papel de intérprete da Constituição. Ele está garantindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais ou o mínimo existencial indispensável para a dignidade da pessoa humana.<sup>17</sup> Em resumo, o Judiciário não estaria analisando aspectos de discricionariedade, mas fazendo cumprir a Constituição.

Na falta de critérios objetivos para definir os limites do controle judicial, um dos critérios que vem sendo invocado é o do *mínimo existencial* que, no dizer de Carolina de Freitas Paladino,<sup>18</sup> é composto por “um conjunto de direitos sociais, econômicos e culturais, aqueles considerados mais pertinentes, os quais integram o núcleo da dignidade da pessoa humana, ou porque decorrem do direito básico da liberdade”. E conclui que, “em assim sendo, considera-se sua validade erga omnes e, portanto, ‘diretamente sindicáveis’”.

<sup>16</sup> A respeito dos termos de ajustamento de conduta, é evidente que não podem ser usados como meio de coação das autoridades públicas. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a adesão a eles não pode ser imposta unilateralmente aos agentes públicos ou privados. “O compromisso de ajustamento de conduta é um acordo semelhante ao instituto da conciliação e, como tal, depende da convergência de vontades entre as partes” (REsp nº 596.764-MG. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira. *Dje*, 23 maio 12).

<sup>17</sup> Nessa linha de pensamento, dentre outros: Luiz Cristina Fonseca Frischeisen (*Políticas públicas. A responsabilidade do administrador e o ministério público*), Luiz Nunes Pegoraro (*Controle jurisdicional dos atos administrativos discionários*), Luís Manuel Fonseca Pires (*Controle judicial da discricionariedade administrativa*).

<sup>18</sup> Políticas públicas: considerações gerais e possibilidade de controle judicial. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 226, abr./jun. 2008.

Há até quem estabeleça uma hierarquia entre os direitos sociais, como é feito por Ricardo Lobo Torres,<sup>19</sup> que distingue o *status positivus libertatis*, próprio do *mínimo existencial*, do *status positivus socialis*, “constituído pelas prestações estatais entregues para a proteção dos direitos econômicos e sociais e para a seguridade social”. Para o autor:

[...] o *status positivus socialis* é de suma importância para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, sob a sua configuração de Estado de Prestações e em sua missão de protetor dos direitos sociais e curador da existência: compreende o fornecimento de serviço público essencial (educação secundária, superior, saúde curativa, moradia etc.) e as prestações financeiras em favor dos fracos, especialmente sob a forma de subvenções sociais.

Como se verifica, o autor somente considera como integrante do mínimo existencial o *status positivus libertatis*. Seriam os mínimos existenciais ou mínimos sociais a que se refere a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93).

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen<sup>20</sup> menciona o pensamento de Ricardo Lobo Torres, mas para refutá-lo, já que, a seu ver, “os direitos civis e mesmo políticos, sem acesso à educação, saúde, justiça, informação, a igualdade do acesso e condições de trabalho entre homens e mulheres, as chamadas liberdades negativas, não se realizam sem o real desenvolvimento das liberdades positivas”. Em favor de seu entendimento, cita o pensamento de Bobbio, Canotilho, Celso de Albuquerque Mello e Flávia Piovesan.

A autora menciona ainda o pensamento de autores que relacionam o mínimo social com um conceito econômico de *renda mínima* necessária à inserção na sociedade. Dentro desse contexto é que foi promulgada a Lei nº 9.533, de 10.12.97, que autoriza o Poder Executivo Federal a conceder apoio financeiro a programas de garantia de renda em municípios, cuja receita tributária por habitante é inferior à respectiva média estadual e com renda familiar por habitante inferior à renda média familiar por habitante do Estado.

Comparados os critérios, é evidente que este último tem a vantagem da objetividade, afastando a dificuldade ou quase impossibilidade de definir aprioristicamente quais os direitos que se inserem no mínimo existencial ou mínimo social a que se refere a Lei Orgânica da Assistência Social.

<sup>19</sup> A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.]. p. 251.

<sup>20</sup> *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 68.

Tratando-se do mínimo existencial, alega-se que as normas constitucionais que o garantem têm eficácia imediata, não dependendo de medidas legislativas ou executivas para a sua implementação. Em decorrência disso, a omissão do poder público, afrontando metas constitucionais, pode ser corrigida pelo Poder Judiciário, quando provocada pelos próprios interessados ou por órgãos de defesa de interesses coletivos, constituem exemplo o Ministério Público, os sindicatos, os partidos políticos. Invoca-se a necessidade de ponderação, de equilíbrio, de razoabilidade, de proporcionalidade na atuação do Poder Judiciário.

O fato é que, a partir de tais ideias, aqui expostas de forma muito resumida, vem ganhando força, embora com muitas contestações, a tese que defende o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. E vem crescendo o número de ações em que se pleiteia judicialmente a imposição de prestações positivas para o Estado, com o objetivo de garantir o atendimento de direitos sociais. É difícil dizer se é a doutrina que vem inspirando decisões judiciais ou se estas é que vêm inspirando a doutrina.

O fenômeno tem sido chamado de *judicialização das políticas públicas* ou de *politização do Judiciário*, provocando o chamado ativismo judicial.

Diferentes tipos de ações vêm sendo propostas, como as individuais, principalmente nas áreas da saúde e da educação, e as coletivas, para obtenção de prestações positivas a toda uma coletividade de pessoas que estão na mesma situação; ou para obtenção de provimento em que se determine a prestação de um serviço público (como saneamento, por exemplo), ou execução de uma obra pública (rodovia), ou a adoção de determinada política pública, muitas vezes em substituição à adotada pela Administração Pública e até com interferência na distribuição de recursos públicos constante de lei orçamentária.

Trata-se de hipóteses variadas em que o Judiciário não se limita a decretar a invalidade de um ato da Administração Pública ou a inconstitucionalidade de uma lei, mas a impor prestações positivas, diante da omissão do Legislativo ou do Executivo.

No caso das ações individuais, não há interferência direta nas políticas públicas, porque o que se objetiva é a garantia de um direito subjetivo individual. É o caso das ações em que se pleiteiam medicamentos, exames ou tratamentos médicos, vagas em creches ou escolas. Embora não haja interferência direta com as políticas públicas, na prática se verifica uma interferência indireta, provocada pela grande quantidade de ações desse tipo. O custo global das prestações positivas assim obtidas é de tal ordem que acaba por praticamente obrigar o administrador público a destinar, para esse fim, verbas que estariam previstas

no orçamento para atender a outros objetivos. Por exemplo, a construção de hospitais ou postos de saúde (que atendem ao mínimo existencial de toda uma coletividade) pode ficar frustrada pela necessidade de dar cumprimento às decisões judiciais proferidas em casos concretos. Como se verifica, corrige-se, parcialmente, uma omissão do poder público, beneficiando o cidadão que recorre ao Judiciário, mas se produz um mal maior para a coletividade que fica privada da implementação de determinada política pública que viria em benefício de todos. O mérito desse tipo de ação talvez seja o de pressionar o poder público na adoção de medidas corretivas de sua omissão. Por outras palavras, garante-se o direito a uma pequena parcela da população, porém afronta-se o princípio da isonomia, além de prejudicar (e não favorecer) o cumprimento de políticas públicas. É um impasse difícil de ser resolvido, porque dificilmente um magistrado vai negar, por exemplo, um medicamento a quem dele necessite para a própria sobrevivência. Mas, não há dúvida de que as consequências negativas da multiplicação desse tipo de ação recomendam o máximo de cautela no reconhecimento do direito.

Em situações como essas, a Administração Pública, na qualidade de ré, costuma invocar o princípio da reserva do possível, nem sempre aceito pelo Poder Judiciário, já que se trata de atender a direito fundamental, analisado no caso concreto, sendo possível a alocação de verba orçamentária para esse fim.

No caso das ações coletivas que tenham também o objetivo de obter prestações positivas, por exemplo, medicamentos a todos os portadores de determinada doença ou prestação do serviço de saneamento em determinado município, dois tipos de observação são relevantes: (1) é inteiramente inconcebível que o Judiciário interfira nas opções feitas licitamente pelos demais Poderes, substituindo-as pelas próprias opções; se as metas a serem cumpridas na área dos direitos sociais são em quantidade maior do que é possível atender com os recursos financeiros disponíveis, cabe ao Legislativo e ao Executivo, dentro de suas competências constitucionais, definir aquelas que considera prioritárias; a menos que haja frontal infringência à norma constitucional (como o descumprimento do mínimo exigido constitucionalmente nas áreas da educação e saúde), não há como o Judiciário determinar a observância de outras prioridades; (2) no caso de ações coletivas, é mais difícil afastar o princípio da reserva do possível, pois inúmeros fatores têm que ser analisados, como a impossibilidade de dispensar tratamento igual a situações diferentes, com afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem falar que a inexistência de recursos orçamentários pode apresentar-se como uma deficiência difícil ou impossível de ser superada com base em simples ordem judicial. A dificuldade é fácil de ser constatada em Municípios com poucos recursos financeiros.

Na realidade, a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas não pode transformar-se em regra e não pode implicar substituição da discricionariedade administrativa pela discricionariedade do juiz. Não existe garantia de que a iniciativa do Ministério Público, ao propor a ação, ou a decisão tomada pelo juiz, quanto à oportunidade e conveniência de determinada política, seja melhor do que a adotada pelo legislador ou pela Administração Pública. Para atuação judicial, ainda que com o objetivo de obter prestações positivas, é necessária a demonstração de que a omissão é antijurídica e de que a invocação do princípio da reserva do possível não é feita, ilicitamente, com desvio de poder, para fugir ao cumprimento do dever. Isso não quer dizer que o Judiciário não possa analisar a política pública; ele pode fazê-lo; mas, se verificar que as escolhas do poder público são razoáveis à vista das metas impostas constitucionalmente, ele não pode alterá-las ou determinar a sua alteração.

É relevante observar que, quando o Judiciário analisa políticas públicas fixadas e implementadas pelos demais Poderes, ele caminha em areias movediças. Todos os fundamentos em que se baseiam os defensores do controle judicial decorrem de *conceitos jurídicos indeterminados*, como dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais, mínimo existencial, razoabilidade, proporcionalidade. Não há critérios objetivos que permitam definir, com precisão, o que é essencial para que se garanta a dignidade da pessoa humana, ou em que consiste o núcleo essencial dos direitos fundamentais ou o mínimo existencial. E mesmo esse mínimo pode estar fora do alcance do poder público, pela limitação dos recursos financeiros. Não é por outra razão que o cumprimento das metas constitucionais exige planejamento. Também não é por outra razão que não se pode fugir inteiramente ao caráter programático das normas constitucionais inseridas no capítulo da ordem social e econômica.

Por isso mesmo, o tratamento da matéria deve ser o mesmo que se adota com relação aos conceitos jurídicos indeterminados: *o Judiciário somente pode atuar em zonas de certeza positiva ou negativa*. E deve analisar com muita cautela os pedidos formulados, seja quanto à matéria de fato em que se fundamentam, seja quanto à razoabilidade em relação ao fim que se pretende alcançar. A observância do princípio da razoabilidade, inclusive quanto ao aspecto da proporcionalidade, é obrigatória e impõe os seguintes questionamentos pelo magistrado: a medida solicitada é realmente necessária para o fim pretendido? É adequada? É proporcional? Não existem outros meios menos onerosos para os cofres públicos?

Quanto a essa cautela, preciosas são as observações de Alice Gonzalez Borges,<sup>21</sup> quando observa que:

[...] sem dúvida, as decisões judiciais no campo das políticas públicas não de revestir-se das necessárias cautelas, através do exame cuidadoso dos aspectos concretos da realidade fática, para evitarem-se abusos, e, até mesmo, infelizmente, por incrível que pareça, as investidas de corrupção.

A autora lembra que “Procuradores do Estado de São Paulo (regional de Marília) atuaram para o desmascaramento e punição de uma quadrilha organizada para aplicar o ‘golpe dos remédios’, composta de médicos, advogados, funcionários de ONGs e de importantes laboratórios farmacêuticos”. E acrescenta, com base nas lições de Alexy:

As decisões judiciais, nessa difícil e delicada tarefa de ingerência e intervenção nas políticas públicas, não de pautar-se, não somente pela adequada informação da autoridade julgadora, mas também por uma cuidadosa ponderação de princípios, que há de ser efetuada em cada caso concreto, guiada pela razoabilidade e proporcionalidade.<sup>22</sup>

Também, o Ministro Celso de Mello dá verdadeira lição de doutrina, ao julgar democraticamente, em 29.4.2004, a ADPF-45, pela qual se impugnava o veto presidencial aposto a dispositivo do projeto de lei de diretrizes orçamentárias de 2004, que garantia o mínimo de dotação de recursos para a área da saúde, em cumprimento à Emenda Constitucional nº 29/2000. Logo pela ementa do acórdão, verifica-se que o Ministro considera válida a tese da “necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial”. No entanto, quanto à cláusula da reserva do possível, faz a seguinte ponderação:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas

<sup>21</sup> Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 9-44, abr./jun. 2009. p. 39.

<sup>22</sup> A mesma cautela é recomendada por inúmeros outros autores, como: Raquel Melo Urbano de Carvalho (Controle judicial dos atos políticos e administrativos na saúde pública. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 59, p. 83-124, jan./fev. 2010. p. 113); Guilherme Carvalho e Sousa (Quanto à insuficiência do direito para correta averiguação de políticas públicas: interdependência com outras disciplinas e limitações ao controle exercido pelo Poder Judiciário, *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 10, n. 118, p. 9-18, dez. 2010. p. 14).

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.

Para o Ministro, a aplicação da cláusula da reserva do possível está sujeita à observância de um “binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2), a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”. E acrescenta:

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Portanto, a conclusão que adotamos neste item não difere da exposta com relação aos conceitos jurídicos indeterminados.

## 6 A título de conclusão

É importante ponderar que a interferência do Poder Judiciário, mesmo quando lícita, não resolve o problema da afronta à dignidade da pessoa humana no Brasil. Não existem condições de garantir nem o mínimo do mínimo existencial. Se todas as pessoas que vivem em situação de miséria fossem pleitear, perante o Judiciário, um teto para morar, alimentos, vestimenta, saúde, educação, não haveria recursos financeiros suficientes para atender a todos. A interferência do Judiciário, quando muito, pode ser importante para pressionar e, quem sabe, conscientizar as autoridades (se ainda se acredita em milagres), o poder público a se preocupar com a dignidade da pessoa humana.

Termino com uma citação de um membro do Poder Judiciário, Desembargador Rogério Medeiros Garcia de Lima, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a respeito da judicialização das políticas públicas:<sup>23</sup>

Nesse contexto, exige-se do magistrado extrema cautela no exame das questões relacionadas à “judicialização da política pública”. O povo elege o governante e o governante governa. Se governa mal, o povo, em

---

<sup>23</sup> *O Estado de S.Paulo*, p. A2, 03 mar. 12.

eleições democráticas periódicas, removerá (ou não) o governante que lhe desagrade.

Aos magistrados apenas se reserva, quando provocados, o papel de fazer cumprir a Constituição e as leis respeitando os postulados da governança democrática, e, se for o caso, aplicar sanções aos que violarem os princípios da boa administração pública. O Poder Judiciário não pode servir de trampolim para o exercício arbitrário e ilegítimo do poder político por quem não foi eleito.

---

#### **Administrative Law and Human Dignity**

**Abstract:** Examining the juridical nature and content of human dignity in Brazilian constitutional system, this article aims to identify the role of Administrative Law in the implementation of the constitutional norms that, as rules or as principles, aims respect to this principle, especially in the field of the public policies.

**Key words:** Administrative Law. Human dignity. Public policies.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 13-33, abr./jun. 2013.

---

Recebido em: 23.01.2013

Aprovado em: 18.05.2013