

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

CÁTIA REJANE MAINARDI LICZBINSKI

CRISTHIAN MAGNUS DE MARCO

JULIA MAURMANN XIMENES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Cátia Rejane Liczbinski Sarreta; Cristhian Magnus de Marco; Julia Maurmann Ximenes. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-732-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
<http://unisinos.br/novocampuspoa/>

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas do CONPEDI continua sendo procurado para a discussão da produção científica sobre esta relevante problemática. Em Porto Alegre foram três grupos. O primeiro deles (GT I) foi coordenado pelos professores Cátia Rejane Sarreta, Cristhian Magnus de Marco e Julia Maurmann Ximenes.

Em 2018, ano que a Constituição completou 30 anos, mais uma vez o principal objeto de análise dos trabalhos apresentados foi a efetivação dos direitos fundamentais sociais, na maioria dos casos diante da distância entre a previsão constitucional e a realidade. Assim, a discussão envolveu a formulação e implementação de políticas públicas que efetivem direitos sociais como saúde, moradia, educação, cultura, previdência e assistência social, bem como políticas que busquem a igualdade racial e o respeito a identidade de gênero.

Em outro agrupamento de pesquisas desenvolvidas ou em andamento na temática, podemos salientar o debate sobre os diferentes atores envolvidos na relação entre Direito e Políticas Públicas: Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas, Legislativo e Executivo Municipal. O controle de políticas públicas e a atuação de diferentes atores na efetivação de direitos fundamentais sociais têm sido objeto de pesquisas a partir de um olhar do caso, o que enriquece o debate teórico, permitindo a discussão sobre estratégias para uma relação mais harmoniosa entre o campo jurídico e o político na efetivação dos direitos.

Por fim, um último grupo de trabalhos discutido no GT I destacou as dificuldades financeiras na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Como conciliar mínimo existencial e reserva do possível em um país com inúmeros desafios na diminuição da desigualdade social? Esta é mais uma questão que permanece instigando os pesquisadores a continuarem suas pesquisas.

Boa leitura!

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Prof. Dr. Cristhian Magnus de Marco – UNOESC

Profa. Dra. Cátia Rejane Liczbinski Sarreta – FGV

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITE MATERIAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: MÍNIMO EXISTENCIAL VERSUS RESERVA DO POSSÍVEL

DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AS A MATERIAL LIMIT OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: MINIMUM EXISTENTIAL VERSUS RESERVE OF THE POSSIBILITIES CLAUSE

Cristhian Magnus De Marco ¹
Roberta Seitenfuss ²

Resumo

Na perspectiva do Estado Democrático e Social de Direito e de seus princípios estruturantes, o presente trabalho tem como objetivo analisar a contraposição entre mínimo existencial e reserva do possível. Assim, utilizando o método de pesquisa bibliográfica, busca-se analisar quais os elementos materiais que formam um Estado Democrático e Social de Direito, com especial destaque para o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Trata-se, portanto, de uma análise conceitual acerca da possibilidade e necessidade de garantia de um mínimo existencial, sob pena de afronta ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em contraponto ao argumento da reserva do possível.

Palavras-chave: Estado democrático de direito, Dignidade da pessoa humana, Mínimo existencial, Reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

On the perspective of the Democratic and Social State of Law and its structuring principles, the present work has as objective to analyze the contraposition between “existential minimum” and “reserve of the possibilities clause”. Using the bibliographical research method, it pursuit to analyze the concepts of Democratic and Social State of Law, and the principle of Human Dignity. It is, therefore, a conceptual analysis about the possibility and necessity of guaranteeing an existential minimum, under penalty of affront to the principle of Dignity of the Human Person, as opposed to the argument of the reserve of the possibilities clause.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democratic and social state of law, Human dignity, Existential minimum, Reserve of the possibilities clause

¹ Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC.

² Mestranda em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Promotora de Justiça.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, já no artigo 1º, afirma que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, mas o que isso representa? Mais do que ser um Estado limitado pelas leis, representa que há determinados valores e princípios que devem ser efetivados porquanto integram a própria formação estatal.

É o caso do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, elemento estruturante da nossa ordem constitucional que serve de ponto de partida para a atuação dos agentes públicos e para a determinação de políticas públicas. Com efeito, de nada adianta a Constituição garantir a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República Federativa se for possível ignorar a sua efetivação e concretização.

Assim, reconhecendo a necessidade de implementação de mecanismos mais eficazes para a concretização dos princípios estruturantes do Estado Democrático (e Social) de Direito, em especial o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pretende-se discutir formas de assegurar a realização do mínimo existencial em face da reserva do possível.

Para o alcance deste objetivo, apresenta-se, por meio de pesquisa bibliográfica, sob o método dedutivo, inicialmente, uma concepção material de estado Democrático de Direito, identificando os elementos essenciais de sua formação e uma breve análise da evolução histórica do conceito de Estado.

Identificados os elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito, em um segundo momento, será analisado o papel do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como elemento essencial a ser concretizado.

Por fim, reconhecida a importância do princípio, analisa-se a concretização da Dignidade da Pessoa Humana quanto ao mínimo existencial, buscando analisar se é possível afastar a efetivação de seu conteúdo com base na reserva do possível, notadamente quanto ao seu conteúdo mínimo.

2 A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO À LUZ DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL

Como conceituar o Estado Democrático de Direito? Com certeza mais fácil do desenvolver um conceito acerca do que é o Estado Democrático de Direito é destacar os elementos pelos quais pode-se afirmar o que seja um Estado de não Direito. Assim, um Estado em que não há leis limitando a atuação estatal ou que não encontre nos direitos fundamentais o seu ponto de partida e de chegada não pode ser considerado Estado de Direito.

Mas, considerando que essas leis podem ser injustas, arbitrárias, desproporcionais ou excessivas, bem como pode lhes faltar um elemento de legitimação democrática, necessita-se acrescentar mais elementos de estruturação se quisermos encontrar uma concepção material para o Estado Democrático de Direito.

Todavia, antes de adentrar no esboço de um conceito material de Estado Democrático de Direito, propõe-se uma breve análise acerca das formas de configurações estatais ocidentais¹.

Em sua primeira fase, denominada de patrimonialista, o Estado Absolutista é considerado patrimônio do Príncipe, ao qual é dado intervir na esfera individual de seus súditos para garantir os fins do Estado. Fins estes que são determinados pela sua própria vontade. A segunda fase é denominada de Estado de polícia, no qual o soberano assume, pessoalmente, a tarefa de realizar os fins do Estado, agindo por si ou por intermédio de pessoas por ele designadas (NOVAIS, 2004, p. 14). Essa fase, segundo Morais (2002, p. 24), marca uma intensa intervenção do Príncipe na esfera da vida privada dos indivíduos, uma vez que a vontade do soberano é a vontade do próprio Estado, não há qualquer mecanismo de defesa contra o poder exercido pelo monarca, que se encontra acima da lei e dos princípios. A lei não pode obrigar o Estado, pois este está acima do Direito. O Estado se materializa e manifesta-se na figura do Príncipe.

Esse clima de insegurança e instabilidade desagradava a uma classe emergente, a burguesia, para a qual a intervenção do Estado representava um empecilho para o desenvolvimento de suas atividades comerciais, as quais dependiam da livre iniciativa e de autonomia na condução dos negócios particulares, o que era inconcebível para o modelo absolutista de Estado. A burguesia, surgida a partir do desenvolvimento do comércio, denominado mercantilismo, passou a acumular riquezas, porém não possuía poder político, o que dificultava a defesa dos interesses da classe em face do poder absoluto de que dispunha o soberano (NOVAIS, 2006, p. 40).

Dessa insatisfação da burguesia surgiu a primeira reação a essa forma de controle e concentração do poder nas mãos do soberano, culminando nos movimentos liberais do início do século XVII, os quais deram origem ao assim denominado Estado Liberal.

De início, buscou a burguesia limitar juridicamente o poder do Estado, para tanto, as revoluções encontraram na lei e na existência de direitos naturais, portanto anteriores e

1 Apesar de algumas divergências doutrinárias quanto à genealogia do Estado de Direito, optou-se por iniciar a análise histórica das origens a partir do período Absolutista.

superiores a própria ordem estabelecida, a expressão superior do fundamento do Estado. Daí a necessidade de positivar as limitações, os direitos e garantias que iriam servir de molde para a atuação estatal. A lei passa a representar a vontade geral, a principal fonte de poder, pois é somente ela que pode representar racionalmente o desejo da sociedade. Além da supremacia da lei, outros mecanismos de controle podem ser identificados, como a divisão dos poderes e o princípio da legalidade.

É com esse espírito que as revoluções liberais buscam a supremacia da vontade geral – representada pelo Parlamento - em face do poder do soberano. Importante destacar que o jusnaturalismo ganha relevo na construção teórica do Estado Liberal, pois, uma vez que esses direitos já existem, não precisam ser outorgados/conferidos pelo monarca, cabe a ele, bem como a todos os demais representantes do Estado, apenas reconhecê-los e respeitá-los. E é justamente esse o papel das Declarações de Direitos surgidas nesse período. Novais (2006, p. 41) destaca, entre elas, a Revolução Francesa e a Americana.

Os direitos deixam de ser conferidos pelo soberano e passam a ser oponíveis ao próprio Estado. Quanto ao conteúdo dessa esfera de direitos fundamentais/intangíveis, classificados pela doutrina como direitos fundamentais de primeira dimensão, comenta Sarlet (2009) que tais direitos são de cunho marcadamente individualista e representam direito de resistência, de oposição e não intervenção estatal, são, por isso, apresentados como direitos de cunho negativo que exigem uma abstenção do Estado, cujos principais exemplos são o direito à vida, à liberdade, à propriedade e igualdade perante a lei.

A divisão dos poderes é elemento indissociável do Estado Liberal. Sua conceituação é atribuída à Montesquieu e o modelo foi adotado como um dos ideários das revoluções liberais no sentido de garantir a observância da autonomia dos indivíduos frente ao Estado. Diante da inevitável tendência do abuso de poder, quando concentrado nas mãos de apenas um representante ou uma parcela da sociedade, a divisão desse poder entre os segmentos sociais, representados pelo executivo, legislativo e judiciário, garantiria a existência de um Estado equilibrado. (CAPELLARI, 2004, P. 31-36).

É nesse sentido que Moraes (1996, p. 70) aponta, como características do Estado Liberal, a “separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça” e “a garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado.”

Se antes era o monarca quem ditava o direito, conforme seus próprios desígnios, agora ele também se encontrava vinculado ao cumprimento da lei – expressão da vontade geral, transformando o Estado liberal em império das leis. O raciocínio era o seguinte: se a lei era a

expressão da vontade geral, traduzida pelos representantes do povo – Parlamento –, então não haveria leis injustas, eis que “sendo cada um legislador, ninguém seria injusto para si próprio” (NOVAIS, 2006, p. 91), da mesma forma, sendo expressão da vontade de todos, não se prestava aos desígnios particulares de uns ou de outros, daí que a liberdade estava justamente em obedecer às leis, e não aos homens.

O Estado Liberal assume, assim, papel de mero garantidor das condições ideais para o desenvolvimento das potencialidades e das autonomias individuais, o que significa que o Estado interfere minimamente em todos os setores da sociedade. Assim, a não ação estatal garante, por si só, a observância aos direitos dos indivíduos e os direitos fundamentais apresentam uma esfera negativa de concretização e limitam-se a garantir uma igualdade formal perante a lei.

O que se deu, assim, foi a inversão de um pensamento organicista para um pensamento individualista. Isso porque, na tradição organicista, a sociedade precede o indivíduo e todos os direitos existem para garantir a continuidade da sociedade como um todo, então, como o objetivo é garantir a preservação da sociedade, não se concebem direitos que sejam anteriores a essa própria sociedade e, muito menos, que ela deva submeter-se a direitos de seus integrantes (NOVAIS, 2004)

Diversamente é o pensamento individualista, que prega a existência de direitos inatos ao homem e anteriores à constituição da sociedade. O Estado, assim, também deve submeter-se ao império desses direitos que, afinal, lhe precedem. Nasce, aí, a democracia moderna. “*A democracia moderna repousa na soberania não do povo, mas dos cidadãos*” (BOBBIO, 2004, p. 109).

Contudo, passada a fase revolucionária - na qual essa limitação serviu para afastar a monarquia do poder e instituir da classe burguesa -, esse núcleo de direitos fundamentais, oponíveis ao Estado, passa a ser utilizado como fundamento de reivindicações de direitos por parte do chamado quarto-estado, em oposição à própria burguesia.

Torna-se conveniente, então, a vinculação entre a ideia de Estado de Direito com a observância formal da legalidade. As leis passam a ter um valor em si mesmo, deixam de ser instrumentos da aplicação e garantia dos direitos fundamentais e assumem papel de finalidades imediatas do Estado, nesse contexto destaca Novais (2004, p. 28) “Estado de Direito seria tão simplesmente o Estado onde vigorasse o princípio da legalidade da administração”. É o que se denomina de Estado de Legalidade.

Canotilho (2006, p. 13-14) denomina essa forma estatal de Estado de não direito, e destaca três ideias básicas que a caracterizam, quais sejam: as leis decretadas podem ser

cruéis, arbitrárias e desumanas, sem qualquer respeito aos direitos fundamentais, os quais são relegados a um segundo plano e cedem espaço à concretização das finalidades inerentes do Estado, ou seja, o direito identifica-se com as finalidades adotadas pelo Estado (ou, mais precisamente, pelo partido, chefe ou governante que está no poder). Nesse Estado o direito possui forte vinculação com a razão estatal, que é imposta pelos chefes, pelos governantes ou por um partido. A terceira característica é que a aplicação da lei é pautada por injustiças e desigualdades, o que significa dizer que apresenta dois pesos e duas medidas na sua aplicação.

Essa nova forma de organização estatal assenta suas bases na ideia de que o Estado é um fim em si mesmo – deificação do Estado, sendo ele o portador da ética e da moral, situando-se acima do direito e tendo os indivíduos como instrumentos para a realização de seus fins. Os indivíduos tornam-se instrumentos da vontade estatal.

Ao contrário do Estado Liberal, para esse Estado Totalitário não há esferas de autonomia particular que estejam livres da intervenção, absoluta, exclusiva e ilimitada do Estado. Se no liberalismo o Estado era negado frente aos direitos e garantias do indivíduo, na concepção totalitarista os indivíduos são instrumentos à disposição do Estado, e este é compreendido como “uma realidade histórica definitiva e suprema, como um organismo específico com natureza e destinos próprios, com fins e objetivos superiores aos dos indivíduos” (NOVAIS, 2006, p. 132).

É nessa ideia de Estado como entidade superior e agregadora da ética e dos valores da Nação que surge a legitimidade para a defesa do sentimento nacional, que não encontra seu fundamento na democracia – representação da vontade geral, mas sim na valorização de uma minoria considerada qualitativamente superior, enquanto que a democracia era vista simplesmente como a força bruta do número. (CAPELLARI, 2004, p. 52-58).

Dessa concepção decorre que o Estado não pode ser limitado pelo Direito, uma vez que, como detentor legítimo da ética e de uma vontade superior à dos indivíduos, a consecução dos fins e objetivos da nação não pode sucumbir diante de garantias e direitos conferidos aos indivíduos. Logo, não há qualquer esfera de direitos inatos ou naturais reconhecidos aos indivíduos, unicamente direitos criados pelo próprio Estado. Em sendo assim, não existe limitação do Estado pelo Direito.

Isso não significa, como destaca Novais (2006, p. 136), a negação de direitos individuais, ocorre que, diversamente da concepção liberal, esses direitos não são naturais e, por isso mesmo anteriores ao próprio Estado, são, isso sim, criações do próprio poder estatal, “dávicas que o Estado concede para melhor garantir a realização de seus fins”.

O princípio da legalidade, utilizado no Estado Liberal como garantia dos direitos e liberdades individuais, converteu-se em instrumento de atuação do Estado justamente para restringir esses direitos, sempre em nome dos fins da Nação. Assim entendido o princípio da legalidade, o próprio Direito deixa de ser um limitador, uma barreira a arbitrariedades do Estado contra os indivíduos e passa a ser um instrumento à disposição do Estado.

Vê-se, dessa forma, que a redução do Estado de Direito a simples Estado de Legalidade cria a possibilidade de limitação estatal a leis de conteúdo e finalidade questionáveis, sem qualquer vinculação com a garantia de observância aos direitos fundamentais.

Portanto, pretender aplicar aos Estados Totalitários a qualificação de Estado de Direito, faz com que tal conceito – o de Estado de Direito -, perca toda a sua operatividade, pois qualquer finalidade e qualquer ação pode ser justificada em nome do Estado, desde que, é claro, seja realizada por meios legais. A autoridade impessoal do direito cede espaço às arbitrariedades do legislador, que não encontra limites para a sua atuação, volta-se à concepção de que o Estado tudo pode, basta encontrar fundamento em base legal. Talvez os melhores exemplos dessa forma estatal sejam o Estado Nazista e o Fascista no período da Segunda Guerra Mundial.

De outro lado, os impactos sociais e econômicos provocados pelas duas Grandes Guerras foram também responsáveis pela modificação no modo como se davam as relações entre sociedade *versus* indivíduo *versus* Estado. Vários fatores históricos foram relevantes para essa mudança de postura nas relações sociais. Novais (2006, p. 182) destaca alguns: “concentração e centralização do capital”, “controle monopolístico dos mercados”, “envolvimento dos agentes económicos e dos próprios Estados nacionais numa concorrência desenfreada”, “recessão” e “crise global”.

As condições econômicas e sociais passaram a exigir, portanto, uma resposta do Estado, pois a fase de separação absoluta e idealizada entre Estado e Sociedade dá lugar a uma nova dinâmica dos mecanismos econômicos e sociais, onde determinados segmentos reivindicam o alargamento dos direitos, principalmente no campo político – como o direito de greve, de sindicalização e participação na tomada de decisões, os quais deixam de ser ilegítimos – porque desfavoráveis ao sistema capitalista de produção, e passam a ser reivindicados por um contingente cada vez maior da sociedade, as massas trabalhadoras. Conclui, assim, Novais (2006, p. 182) que esse processo de desenvolvimento e alargamento dos direitos políticos faz por incluir na formulação ideal de Estado de Direito uma série de novos direitos e o ideal da justiça social.

É assim que o Estado Social encontra a sua primeira configuração nas Constituições Mexicana, de 1917, e de Weimar, em 1919, sendo que no período pós Segunda Guerra Mundial as concepções definidas por esse modelo estatal são retomadas por vários países. Historicamente não se pode situar o Estado Social como sendo posterior ao Estado Totalitarista, ele surge, isso sim, na mesma época histórica, como tentativa de substituição ao modelo liberal. Contudo, diferente dos modelos totalitários, busca manter a limitação jurídica do Poder, bem como preservar as garantias individuais legadas pelo liberalismo (CAPELLARI, 2004, p. 59-63).

As condições históricas do início do século XX acabam por terminar com a crença no poder de regulação social do modelo liberal de Estado, marcando, dessa forma, uma crise do modelo ideal de separação entre Estado e Sociedade. A confiança dos liberais no livre jogo de forças sociais sofre sérias críticas em decorrência da crise vivida em vários setores sociais. Se, antes, a sociedade é vista como um organismo autônomo, autossuficiente, agora passa a ser encarada “como um objeto que o Estado deveria estruturar, regular e transformar com vista à prossecução da justiça social e do progresso econômico” (NOVAIS, 2004, p. 30-31).

Assim, a realidade social, afetada pelas crises econômicas e sociais, exige mais do que um simples incremento nas atividades estatais. O que ocorre é uma mudança de postura do Estado frente à Sociedade, ou seja, o abandono da concepção de não intervenção apregoada pelo liberalismo e a modificação radical do modo como o Estado interfere nas relações sociais, sem perder de vista a necessidade de limitação jurídica do Estado e o respeito pelos direitos e garantias individuais.

No plano social também ocorrem grandes mudanças de postura, não que antes o Estado não fosse responsável pelo oferecimento e manutenção de alguns serviços, mas agora, passa a desempenhá-los de modo qualitativa e quantitativamente acentuados. Passa a existir uma preocupação no sentido de oferecer as condições para a realização dos direitos fundamentais, sem as quais não se encontram possibilidades de concretização dos direitos assegurados à sociedade, como, por exemplo, o oferecimento de bens e serviços e condições de infraestrutura.

Essa alteração na forma das relações entre Estado e particulares representa mudanças também na configuração da autonomia individual, porquanto ao lado dos direitos individuais

de defesa² surgem os direitos sociais, que correspondem a uma inevitável e indissociável prestação estatal.

É o que Novais (2006, p. 192-199) chama de “estadualização da sociedade e socialização do Estado”, o que traduz como sendo o “princípio da socialidade”. Isso porque, além do Estado assumir uma postura ativa na condução da vida social, a sociedade também passa a ser estimulada a controlar o poder estatal, por meio da possibilidade de manifestação nas decisões políticas, o que se torna possível pela ação dos sindicatos e partidos políticos que se estruturam e se institucionalizam para exercer pressão sobre a esfera pública/estatal. É nesse contexto que dois novos elementos são incorporados à ideia de Estado de Direito, o elemento social e o elemento democrático.

Observa-se, assim, que o contexto das novas relações sociais enseja a assunção, por parte do Estado, de novas e vastas atribuições no sentido de prover as condições essenciais para o desenvolvimento dos direitos fundamentais. Contudo, para que o Estado Social possa receber o qualificativo de Estado Social de Direito, é necessário, além de uma mudança de postura frente ao modo como são desenvolvidas as relações com os agentes sociais, também acrescentar mudanças na forma de condução das políticas estatais. A posição de passividade estatal é definitivamente abandonada e vê-se a necessidade de criação de uma vinculação jurídica do Estado a essa nova postura adotada.

Como consequência, as preocupações do Estado passam a ser, além da manutenção da segurança jurídica, a criação de condições materiais igualitárias para que os particulares desenvolvam uma existência digna. Essa modificação na percepção do papel estatal traz consigo importantes reflexos no modo como as técnicas jurídicas de limitação do poder são exercidas, e, bem assim, no entendimento sobre a configuração dos direitos fundamentais.

² “Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de mercado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho 'negativo', uma vez que dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, 'direitos de resistência ou de oposição perante o Estado’ (SARLET, 2009 p. 55/56). Não obstante, segue destacando o autor: “Sempre reconhecemos (embora talvez não com suficiente ênfase) a interligação entre direitos negativos e positivos, assim como o fato de que os direitos positivos possuem uma dimensão negativa (e a proibição de retrocesso é um dos aspectos que melhor dá conta dessa circunstância). De outra parte, convém não esquecer que, ao priorizarmos o critério de eficácia jurídica (e não propriamente o da efetividade, a despeito de estar intimamente relacionado com o primeiro), acabamos sustentando – e assim seguimos entendendo – que o fato de todos os direitos terem uma dimensão positiva (como bem enfatiza Flávio Galdino, na esteira de Holmes e Sustain), no sentido de que também para proteger o direito de propriedade e a liberdade de expressão o Poder Público necessita disponibilizar todo um aparato judiciário, policial, etc., que implica investimentos de ordem econômica [...]” (SARLET, 2015, p. 96-97 – nota de rodapé, 48).

Comparando os dois sistemas tem-se que, enquanto as liberdades e direitos clássicos, também chamados de negativos, realizavam-se na medida em que o Estado permanecia inerte e afastado da sociedade, intervindo o mínimo possível na esfera econômica e social, “os novos direitos sociais requerem, não uma abstenção do Estado, mas antes uma intervenção positiva estatal destinada a conferir-lhes realidade existencial.” (NOVAIS, 2004, p. 33)

Logo, a atuação positiva passa a ser requisito para que os direitos conferidos aos indivíduos possam ser exercidos, já não basta a não interferência do Estado nas questões particulares, pois o Estado Social surge, justamente, a partir do fracasso do modelo ideal de separação entre Estado e Sociedade defendido pelo liberalismo.

É nesse caminho que, além da fundamentalização³ dos direitos sociais, também os próprios direitos de liberdade - antes referidos como direitos fundamentais negativos, passam a ser, nas palavras de Novais (2004, p. 33) “reinterpretados e reavaliados à luz da nova socialidade”. O que significa dizer que o exercício desses direitos passa, agora, por uma perspectiva social, especialmente quando um dos objetivos do Estado é a possibilidade de proporcionar a todos os indivíduos uma condição de igualdade material para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, afetando, particularmente, as concepções acerca do direito de propriedade, o qual perde seu caráter de absoluto e de condição para o exercício dos demais direitos, cedendo, assim, o seu lugar para o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que assume papel essencial. A proteção e o reconhecimento de direitos passa a ser conferido a todos, independente do grau de riqueza ou da posição social de cada um.

A nota distintiva desses direitos constitui-se na sua dimensão positiva, ou seja, outorgam aos particulares direitos a prestações sociais por parte do Estado, revelando a concretização/materialização dos direitos, não mais somente como igualdade na lei, mas sim igualdade de exercício da lei, o que se traduz em uma “transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas” (SARLET, 2009, p. 47).

Assim é que, nas constituições do segundo pós-guerra, os direitos sociais positivos aparecem de modo mais significativo em muitos ordenamentos jurídicos, consagrando o modelo de Estado de Direito Social como ideal de organização do poder estatal, principalmente a partir do século XX.

3 Quanto aos direitos fundamentais, destaca Novais (2004, p. 32-34) que os direitos sociais, ou, direitos positivos de caráter social, passam por um processo de fundamentalização, ou seja, tornam-se exigíveis e oponíveis frente ao Estado. Assim, se no liberalismo o direito de associação e de greve não eram reconhecidos como direitos fundamentais – na medida em que, naquele período só eram assim entendidos os direitos e garantias de caráter individual, agora passam a integrar o rol dos direitos e garantias dos cidadãos, que passam a reivindicar, inclusive, uma atuação positiva do Poder estatal para que possam exercer esses direitos em sua plenitude.

Morais (1996, p. 73) destaca que a adjetivação social incorporada pelo Estado busca, na verdade, a correção do individualismo liberal através de garantias coletivas. A falência do modelo liberal clássico acrescenta um novo objetivo ao Estado, a busca da justiça social, do bem-estar social, fórmula que dá origem ao assim denominado *welfare state*, ou Estado de bem-estar social.

A incorporação do elemento social ocorre, dessa forma, como consequência da falência do modelo de Estado Liberal, o qual não comporta as modificações sociais e as crises econômicas do período, surgindo daí a necessidade de adoção de um novo modelo estatal capaz de garantir, não somente a segurança jurídica, mas, também, o desenvolvimento da pessoa humana.

Outra característica essencial da nova configuração estatal é a incorporação do elemento democrático ao conceito de Estado de Direito – mais especificamente Estado Social e Democrático de Direito -, tanto que, para Novais (2004, p. 36-42), o regime democrático é o único compatível com a natureza do Estado social de direito.

O Estado Democrático de Direito não representa uma ruptura ou uma revolução das estruturas sociais, mas sim a incorporação de novas características e elementos ao núcleo liberal e social do Estado. É assim que a questão da igualdade passa a ser um dos conteúdos próprios a ser buscado pela ação estatal. Importante destacar que o caráter de perpetuação das estruturas sociais e políticas cede lugar às constantes transformações sociais que passam a ser incorporadas como conteúdo da ação estatal através do direito – princípio da legalidade, que como antes referido, passa a ser um instrumento na busca da modificação da sociedade.

Quando o Estado de Direito, incorpora o feitiço democrático, passa a objetivar, além da limitação e da promoção da atuação estatal, também a igualdade social, buscando a transformação social e, para tanto, mais uma vez, a lei possui um papel de destaque, servindo como instrumento para a reestruturação social, eis que representa a expressão da vontade geral e democrática.

É o elemento democrático, portanto, que confere legitimidade à atuação estatal, pois o Estado de Direito, como vem sendo configurado, só admite a forma democrática para a sua concretização. Assim, nesses termos, o Estado de Direito, como entendido atualmente, é indissociável do elemento democrático, instrumento de legitimidade e estruturação de todo o aparato estatal.

Contudo, não se pode pretender alçar o elemento democrático ao fundamento único e absoluto de configuração do Estado de Direito, isso porque muitas decisões arbitrárias e incompatíveis com a proteção dos fundamentos do Estado de Direito podem ser legitimadas

através do elemento democrático, ou sob o argumento de vontade da maioria, e o Estado Democrático de Direito “acolhe a autonomia individual e a dignidade da pessoa humana como limite originário do seu poder” (NOVAIS, 2004, p. 38).

Nesse aspecto, tem-se que decisões arbitrárias e contrárias aos direitos fundamentais, ainda que referendadas democraticamente, são incompatíveis com a configuração/realização material do Estado de Direito. Ainda, a democracia não pode ser traduzida como a “ditadura da maioria” (FILOMENO, 2006, p. 106-19) já que as necessidades de todos os atores sociais devem ser consideradas.

Do exposto, tem-se que os novos elementos incorporados pelo Estado de Direito não representam uma ruptura, uma mudança de paradigma, como representou a passagem do Estado Absolutista para o Liberal, mas, antes, representam um acréscimo de funções e uma mudança de postura na forma de relação entre Estado *versus* Sociedade *versus* indivíduos.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O princípio democrático adotado pela Constituição Federal de 1988 exprime, fundamentalmente, a necessidade de participação popular nas decisões políticas da nação, garantindo, assim, o respeito à soberania popular e a garantia dos direitos fundamentais, tanto é assim que a Constituição Federal afirma, já em seu artigo 1º, que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

Vê-se, assim, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, o que quer significar, no dizer de Moraes (2008, p. 6), que “o Estado é regido por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”.

Dessa forma, **o conceito de Estado Democrático de Direito é mais do que a união dos conceitos de Estado Social e Estado de Direito, é, na verdade, a criação de um conceito novo**, que incorpora um elemento fundamental, diferenciador, qual seja a transformação do *status quo*, o que quer significar que o Estado não está preocupado unicamente em manter os privilégios e as posições sociais, mas sim, fundamentalmente, está preocupado e concentra esforços na busca de mudanças positivas, capazes de diminuir as desigualdades entre a sociedade. O qualificativo de democrático, dessa forma, refere-se ao Estado como um todo, e não apenas ao direito.

Como consequência, tem-se que toda a atividade estatal deve conformar-se com a vontade geral e democrática, esta, por sua vez, balizada nos direitos fundamentais, tanto que, no Estado Democrático de Direito, nem mesmo a vontade da maioria pode autorizar decisões que restrinjam ou limitem, de forma desproporcional e desarrazoada, os direitos fundamentais. Essa transformação social pretendida pelo Estado Democrático de Direito conta com um importante instrumento de operacionalização, qual seja, a lei.

A República Federativa do Brasil, como autoriza concluir a Carta Constitucional de 1988, é, assim, um Estado que se orienta pelo respeito à Dignidade da Pessoa Humana, elencando diversos direitos e garantias aos indivíduos em toda a carta constitucional, e, em especial, no artigo 5º e seus vários incisos. Também é um Estado que consagrou o princípio da socialidade, ao positivar os direitos sociais e alçá-los a condição de direitos fundamentais, como se percebe pelos artigos 6º ao 11 da Carta Magna. Portanto, incorporou os novos elementos trazidos pela evolução histórica do Estado, qual seja o elemento social e o democrático. Por consequência adotou todos os demais princípios que o estruturam, o que se convencionou denominar de Estado Democrático de Direito ou, simplesmente, Estado de Direito, termos que se equivalem, uma vez que o Estado de Legalidade desvinculou-se dessa designação, justamente porque o Estado de Direito respeita mais do que a letra fria da lei, ele é estruturado por diversos outros princípios que buscam garantir, como finalidade primeira a Dignidade da Pessoa Humana, princípio que orienta e limita toda a atuação e configuração estatal.

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com efeito, pode-se concluir que o Estado Democrático (e Social) de Direito, como aqui se vem estabelecendo, é aquele que busca uma efetiva promoção e garantia dos direitos fundamentais, pois é em função dessas garantias e da promoção das condições mínimas de existência digna aos indivíduos que se configura a estrutura estatal. Para tanto, a legitimação e os limites para a atuação estatal encontram-se configurados em diversos outros princípios que estruturam, constituem e informam o Estado Democrático de Direito, por isso, tais princípios serão aqui chamados de princípios estruturantes.⁴

4 Nomenclatura utilizada por Novais (2004).

Dessa forma, os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito são aqueles que legitimam a atuação estatal na limitação dos direitos e garantias dos indivíduos, bem como oferecem os limites dentro dos quais essas restrições feitas pela ação estatal são toleráveis e válidas. Portanto, sem a observância desses princípios não se pode querer defender a existência de um verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito em sua concepção material. Dentre tais princípios pode-se citar a liberdade, igualdade, dentre outros, entretanto, para o presente trabalho, interessa destacar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como elemento estruturante do Estado Democrático de Direito.

Nesse aspecto, a Dignidade da Pessoa Humana é indissociável da concepção de Estado Democrático de Direito na medida em que essa forma de configuração estatal surge para dar efetividade e garantia àquela parcela de direitos que foram eleitos como os indispensáveis para que o indivíduo aferisse condições mínimas de existência.

Foi principalmente após o período que sucedeu às Guerras Mundiais e com o impulso da Declaração Universal dos Direitos do Homem que esse princípio adquiriu relevância jurídica e passou a integrar o núcleo basilar do que se entende por Estado de Direito (NOVAIS, 2004, p. 51 – 52). Assim, na configuração do Estado Democrático de Direito o princípio da Dignidade da Pessoa Humana passa a ser ponto de partida e de chegada. Ponto de partida porque é a partir da concepção de dignidade humana que toda a estrutura do Estado passa a se desenvolver, e ponto de chegada porquanto constitui, além de limite, também em um objetivo a ser alcançado (NOVAIS, 2004, p. 52).

Com efeito, quando o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é alçado a fundamento do Estado, não há mais como justificar qualquer ideia de projeção do ente estatal como um fim em si mesmo. A finalidade passa a ser, justamente, a figura do homem, independente de sua posição social, raça, classe ou grupo, pois o Estado é o instrumento que irá auxiliar e criar condições para o desenvolvimento das potencialidades humanas.

Seguindo esse raciocínio, todas as normas são criadas, interpretadas e aplicadas tendo como parâmetro o princípio da Dignidade, o que, por si só, afasta qualquer ideia de supremacia ou sobreposição do Estado perante os indivíduos, a atividade estatal e, bem assim o Estado, constituem-se em instrumentos a serviço dos indivíduos, e estes sim possuem uma finalidade em si mesmos.

Então, como definir o conteúdo desse princípio basilar do Estado Democrático de Direito, sabendo que a simples expressão, por si só, já comporta diversas interpretações e significados distintos, dificilmente conceituados em abstrato?

Para tanto é preciso ter em mente que tal princípio é circunstancial e temporalmente determinado, o que quer significar que o conteúdo será determinado de acordo com dada época e condições sociais, não se apresentando como conceito fechado e estanque, muito pelo contrário, trata-se de um conceito dinâmico (NOVAIS, 2004, p. 53).

Quanto à sua evolução histórica, destaca-se como marco inicial, a ideia de criação do homem à imagem e semelhança de Deus, difundida pelo cristianismo. A partir dessa concepção, todo o homem, independente de classe social, condição econômica, sexo, entre outros, possui um valor intrínseco, uma vez que todos foram criados a partir da imagem de Deus, e carregam consigo esse valor, ou seja, essa dignidade vinculada à própria ideia de vida. Contudo, os valores que informam o princípio da Dignidade são os valores próprios do cristianismo, o que, com o desenvolvimento da sociedade e as exigências de um Estado desvinculado da Igreja, necessitaram ser reformulados para continuar orientando a aplicação do princípio. Assim, novas construções surgiram para justificar a dignidade humana, porém afastadas da fundamentação teológica.

É assim que no período pós-guerra, especialmente na Alemanha – que sofreu com os horrores dos regimes totalitários – ganha força uma nova configuração do princípio, é a chamada fórmula do objeto, que reconhece a pessoa humana como um fim em si mesma, o que desautoriza o tratamento do ser humano como se este fosse um objeto, ou um meio de realização dos fins do Estado.

De acordo com essa linha de argumentação, o Estado não possui legitimidade para determinar ou condicionar o indivíduo, pelo contrário, é este que serve como fundamento e limite para a atuação estatal. Nesse sentido, a Dignidade da Pessoa Humana e o direito fundamental a liberdade de ação e autodeterminação que nele se encontra justificado, deverão ser objeto de especial proteção do Estado de Direito. Essa proteção deverá ser no sentido de proteger o indivíduo da ação estatal bem como da ação dos demais particulares. Portanto, a afetação negativa das liberdades somente poderá ser considerada como legítima se esta se der em função de outros valores igualmente protegidos e for impreterível e estritamente necessária para a proteção de outro direito ou garantia que também mereça a proteção constitucional (NOVAIS, 2004, p. 57-58).

Assim, as limitações impostas ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana somente serão legítimas se efetuadas de acordo com parâmetros tais que não esvaziem de sentido o valor intrínseco do indivíduo e respeitem a esfera de autodeterminações dos sujeitos. Tal concepção de dignidade traduz, necessariamente, uma esfera de determinação dos indivíduos, ou, ao menos, a possibilidade da mesma, tanto é assim que a pessoa é capaz de

definir/produzir o sentido de sua própria dignidade, mas, para tanto, deverá usufruir de condições igualitárias de realização de sua dignidade com relação aos demais sujeitos.

É nesse caminho que Novais define o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como “trunfos contra a maioria”, já que a concepção de dignidade de cada sujeito individualmente considerado vale tanto quanto os desígnios da autoridade estatal ou da maioria política da sociedade (NOVAIS, 2004, p. 60).

Nesse quadro, o consentimento do indivíduo é, portanto, relevante, uma vez que pode autorizar uma relativização do alcance do princípio da dignidade, eis que ao próprio indivíduo é dado estabelecer o conteúdo que irá preencher/densificar a sua dignidade. A tarefa do Estado de determinar o que seja, em cada caso, o conteúdo da dignidade é sempre uma tarefa de difícil realização. Essa limitação justifica-se, precisamente, em nome do interesse comum a ser realizado pelo Estado, ou seja, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana encontra limitação no próprio princípio da dignidade (NOVAIS, 2004, p.61).

Então, não obstante as dificuldades e imprecisões na determinação do conteúdo do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, este se constitui em limite e parâmetro objetivo de avaliação da atividade estatal e, mais decisivamente, no que diz com as limitações e restrições impostas aos particulares.

Ainda, mais do que parâmetro de limitação da atividade estatal, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana traduz ao Estado a imposição da tarefa de realizar materialmente o princípio e faz nascer, para o indivíduo, perante o Estado e perante a sociedade, o direito de exigir um mínimo existencial do Estado, o que significa não apenas a impossibilidade de privações desproporcionais e arbitrárias, mas também a possibilidade de exigência de prestações positivas no sentido de garantir a todos e em condições de igualdade, prestações mínimas por parte do Estado.

O Estado Democrático de Direito, na perspectiva abordada neste trabalho, se constrói com base no fundamento da Dignidade da Pessoa Humana, tanto é assim que as constituições e declarações de direito consagram tal valor como fundamental. É o caso da Constituição Federal de 1988 que em seu artigo 1º, III, consagra a Dignidade da Pessoa Humana como valor fundamental da República Federativa do Brasil. Entendido como fundamento basilar do Estado Democrático de Direito, esse princípio consagra um imperativo de justiça social, valor constitucional supremo que envolve tanto a esfera espiritual do indivíduo – liberdade de ser, crer, criar, ... quanto a esfera material – renda mínima, saúde, educação, moradia, entre outros – todas condições que devem ser respeitadas e garantidas pelo Estado (SIQUEIRA, 2008, p. 253).

E é essa garantia e necessidade de proteção da Dignidade da Pessoa Humana que se constitui como alicerce dos direitos fundamentais, compreendidos como aqueles direitos essenciais plasmados constitucionalmente. Nesse sentido, Moraes (1998, p. 39) refere que institucionalizar “direitos e garantias do ser humano tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.”

A Dignidade da Pessoa Humana é, assim, um valor supremo que agrega em si todos os demais direitos, constituindo-se em seu principal fundamento. É o homem que, enquanto ser, possui valor intrínseco supremo, constituindo-se em “valor fonte”, razão e fundamento de todos os direitos assegurados pelo Estado (LAFER, 1998, p. 117).

Por conseguinte, um Estado, para ser conceituado como Estado Democrático (e Social) de Direito deve encontrar no princípio da Dignidade da Pessoa Humana um dos pilares de sua configuração e atuação. Sem que a efetiva realização e concreção desse princípio seja um, se não o principal objetivo estatal, poderemos falar em Estado, ou até mesmo em Estado de legalidade, mas jamais em Estado Democrático de Direito.

4 MÍNIMO EXISTENCIAL *VERSUS* RESERVA DO POSSÍVEL

Então, se o raciocínio até aqui desenvolvido conduziu para a conclusão de que o princípio da Dignidade da Pessoa é um dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, é necessário avançar mais um passo e definir como ele será efetivado. Para tanto, propõe-se, inicialmente, a conceituação acerca do mínimo existencial.

Nesse cenário, cabe pontuar que o mínimo existencial não pode ser reduzido a ideia de mínimo vital, que seriam condições mínimas para assegurar a sobrevivência dos indivíduos (CORDEIRO, 2012, p. 128). O conceito de mínimo existencial é mais do que garantir condições de sobrevivência, é assegurar condições de vida digna. Nesse sentido, adota-se a conceituação de Lazari (2012, p. 92), segundo o qual, trata-se de um conjunto de condições essenciais para garantir a dignidade do ser humano, e não sua mera sobrevivência.

Seguindo nessa linha de raciocínio é possível identificar, portanto, duas dimensões distintas quando nos referimos ao mínimo existencial: uma negativa e uma positiva. A dimensão negativa nada mais é do que a tutela contra intervenções do Estado e de particulares na esfera de realização da dignidade.

Já a dimensão positiva exige uma maior definição de conceito e conteúdo do mínimo existencial e, em contrapartida, uma atuação positiva, notadamente estatal, seja através de

políticas públicas ou decisões judiciais (BASTIDA, 2009). Nesse sentido, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana atua como diretriz jurídico-material para a definição do mínimo existencial: “conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável, ou seja, de uma vida que corresponda a padrões qualitativos mínimos” (SARLET, 2015, p. 95-96).

A pergunta que se coloca é como conciliar a proteção do mínimo existencial diante da alegação de ausência de recursos orçamentários – reserva do possível?

A ideia de reserva do possível originou-se do debate pelo Tribunal Constitucional Alemão acerca da necessidade de admissão de alunos para cursos de medicina nas universidades públicas, sob a alegação de que a livre escolha da profissão e do local de formação era um direito assegurado constitucionalmente e que, portanto, o Estado deveria fornecer tantas vagas quantas fossem necessárias para atender a demanda. O resultado do julgamento não poderia ser outro e restou assentado que não é possível exigir do poder público mais do que ele razoavelmente pode oferecer (LAZARI, 2012, p. 69-71).

A reserva do possível nada mais é do que um fato, não há teoria jurídica ou posicionamento jurisprudencial que possa transpor a escassez de recursos (financeiros, materiais, humanos etc). Todavia, o que se verifica no cenário nacional é a utilização indiscriminada e genérica da expressão diante de toda e qualquer pretensão em face do Estado, sem qualquer comprovação contábil ou jurídica e em face de pretensões que envolvem direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

É por isso que se defende que suprimir o mínimo existencial ou reduzi-lo – sob a alegação de inexistência de recursos - é uma violação injustificável do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e, por consequência, do próprio Estado Democrático de Direito. Mas, como conciliar a escassez de recursos e a necessidade imperiosa de garantir a efetivação do mínimo existencial?

A solução para a equação, entende-se, passa por duas premissas: a) reserva do possível não pode prevalecer quando o que está em jogo é a garantia de efetivação do mínimo existencial, pois tal conceito está intrinsecamente relacionado ao princípio estruturante da Dignidade da Pessoa Humana; b) possibilidade de interferência e controle na alocação de recursos para garantir a efetivação dos direitos fundamentais e a realização das prioridades definidas constitucionalmente.

Nesse sentido, quanto à primeira questão, não se desconhece a posição de Lazari (2012, p. 110) que entende possível sopesar a reserva do possível e o mínimo existencial

como princípios, desde que haja argumentos sólidos e comprovados acerca da escassez de recursos.

Entretanto, seguindo na linha de raciocínio de que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana faz parte da própria estrutura do Estado Democrático de Direito, entende-se, com Barcellos (2002) e Sarlet (2015), que deve haver uma maior rigidez quanto à possibilidade da realização de tal ponderação. Isso porque, mais do que afirmar ou até mesmo demonstrar a falta de recursos, é necessário explicar o porquê dessa ausência de recursos e rever prioridades orçamentárias.

Essa linha de pensamento, defendendo a precedência do mínimo existencial sobre as possibilidades financeiras, inclusive, encontra amparo no pensamento de Alexy (2014, p. 11), porquanto entende que o mínimo existencial trata-se de um direito subjetivo inafastável, exigível e oponível ao Estado, ainda que o argumento seja a reserva do possível.

Quanto ao segundo ponto acima destacado, defende-se que, se a reserva do possível for utilizada como argumento para a não efetivação do mínimo existencial, será possível e até mesmo necessário um controle sobre a alocação de recursos, o que deverá ser feito com base nos parâmetros constitucionais e legais.

Isso porque há “indicadores constitucionais parametrizantes do mínimo existencial, que são públicos e cogentes, não podendo ser desconsiderados por quem quer que seja” (LEAL, 2012, p. 457). Com efeito, a adoção do princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento do ordenamento constitucional impõe a necessidade de mobilização de todos os esforços necessários para que, ao menos o mínimo existencial, seja garantido e exercitável por todos. Assim, a discricionariedade dos agentes públicos fica reduzida, porquanto não pode confrontar, reduzir ou aniquilar o conteúdo do mínimo existencial.

A título de exemplo, pode-se citar a questão da implementação de sistema de saneamento básico nos municípios, que frequentemente esbarra no argumento da ausência de recursos para as obras necessárias. Ocorre que tal argumento até poderia ser oponível à efetivação desse direito básico por um ou dois anos, mas não pode perdurar como argumento válido por longo período, porquanto verifica-se que o poder público, nesses casos, escolhe, deliberadamente, não alocar qualquer recurso para a efetivação de tal política pública, fazendo cessar o direito ao mínimo existencial.

Pode-se concluir, assim, que a reserva do possível não pode ser obstáculo à efetivação do mínimo existencial, sob pena de ferir o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

A partir do estudo das alterações ocorridas na concepção e formatação do Estado chega-se ao conceito material de Estado Democrático (e Social) de Direito como sendo aquele que tem como um de seus princípios estruturantes a Dignidade da Pessoa Humana.

Esse princípio, portanto, orienta a atuação estatal (em qualquer de suas esferas), não sendo objeto do campo da discricionariedade a escolha quanto à sua efetivação ou não. Ainda, mais do que parâmetro para a atividade estatal, foi possível verificar que ele revela ao Estado a imposição da tarefa de realizar materialmente a Dignidade Humana e faz nascer, para todos os indivíduos, o direito de exigir ações positivas para concretizar um mínimo existencial.

Assim, o Estado abarcou constitucionalmente o dever de promover e desenvolver a Dignidade da Pessoa Humana através da garantia de condições mínimas para o desenvolvimento da vida digna dos indivíduos, o que não se pode confundir com a mera garantia de sobrevivência, porquanto o conteúdo do mínimo existencial vai além dessa condição de apenas existir, mas sim, existir com dignidade.

Por isso, nem mesmo a alegação da reserva do possível pode ser obstáculo a ser contraposto em face do mínimo existencial. E, assim entendida a tarefa estatal, é possível concluir que existe a possibilidade e até mesmo a necessidade de realização de controle sobre a efetivação das políticas públicas que materializam o mínimo existencial.

A forma e os mecanismos de tal controle deverão ser objeto de aprofundamento em estudos futuros.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARROS, Wellington Pacheco. BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- BASTIDA, Francisco J.. Son Los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepcion normativa de la fundamentalidad de los derechos. In: ALEXY, Robert. *Derechos sociales y poderación* (Ricardo Garcia Manrique – org) 2. ed. Madrid: Fundación Coloqui Juridico Europeo, 2009, pp. 103-150.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Cadernos Democráticos: Estado de Direito*. Editora Gradiva, [2006].

_____. *Direito Constitucional*. Lisboa: Editora Coimbra. 2003.

CAPELLARI, Eduardo. *A crise da modernidade e a Constituição*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUERRA, Sérgio. *O Princípio da Proporcionalidade na Pós-Modernidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Ano 1, n. 1, abr/jun. p. 175 – 192.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento da Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade*. Curitiba: Juruá, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. Ainda sobre a efetivação dos direitos fundamentais sociais em face do mínimo existencial: um debate inacabado. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da; SMORTO, Guido (org.). *Os desafios dos Direitos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Editora UNOESC, 2012, pp. 439-468

MORAIS, Jorge Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Editora Almedina. 2004.

_____. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Editora Almedina. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança social, dignidade e proibição do retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes (Coordenador). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2. ed, 2015, pp. 69-107.

SIQUEIRA, Paulo Hamilton; MIRANDA, Jorge (coordenador); SILVA, Marco Antônio Marques da (coordenador). *A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade*. In: *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SILVA, Rogério Luiz Nery. MASSON, Daiane Garcia. Direitos sociais e Dignidade da Pessoa Humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). *Dignidade Humana, Direito Sociais e Não-Positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015. pp. 179-214.