

Data do recebimento: 24/08/2022

Data do aceite: 3/11/2022

O DIREITO À DIGNIDADE E O MÁXIMO EXISTENCIAL

THE RIGHT TO DIGNITY AND THE EXISTENCIAL MAXIMUM

Thiago Anton Alban¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Teoria dos Custos dos Direitos; 2. O Mínimo Existencial e a Reserva do Possível; 2. O Direito à Dignidade e o Máximo Existencial; 3. Conclusão; Referências.

1 - Universidade Salvador – UNIFACS, Bahia, Brasil. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Brasil. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil. Bacharel em Direito e em Comunicação Social – Jornalismo. Professor da UNIFACS. Procurador do Estado da Bahia. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/9662679315850364>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1500-3955>. E-mail: talban@gmail.com.



RESUMO: Este trabalho visa defender a ideia de que o desenvolvimento político, social e linguístico dos direitos, princípios e garantias previstos na Constituição Federal, por meio da atuação interpretativa e do incremento da práxis constitucional, resulta no desenvolvimento da própria sociedade. Será proposta uma releitura do direito ao mínimo existencial, pregado pela maioria doutrinária e jurisprudencial, para que, adequando-o ao Brasil, onde a demanda decorrente do déficit de políticas públicas adequadas e do não cumprimento das promessas da modernidade é incalculável, passe-se a falar em um direito ao máximo existencial. Para tanto, é necessário que o próprio povo, mediante um agir interessado, busque a efetivação da Carta Política, sob pena de, em virtude de sua inércia, observar o texto constitucional parar no tempo, impossibilitado de desenvolver-se política, social e linguisticamente, o que somente ocorre por meio de uma prática de Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Teoria dos Custos dos Direitos. Reserva do Possível. Mínimo Existencial. Máximo Existencial.

ABSTRACT: *This paper aims to defend the idea that the political, social and linguistic development of the rights, principles and guarantees provided for in the Brazilian Constitution, through interpretive action and the increase of constitutional praxis, results in the development of society itself. A reinterpretation of the right to the “existential minimum” preached by the doctrinal and jurisprudential majority will be proposed so that, adapting it to Brazil, where the demand arising from the deficit of adequate public policies and the failure to fulfill the promises of modernity is incalculable, make room to a right to a “existential maximum”. Therefore, it is necessary that the people themselves, through an interested action, seek the implementation of the Political Charter, under penalty of, due to their inertia, observe the constitutional text stop in time, unable to develop politically, socially and linguistically, which only occurs through a practice of Constitution.*

KEYWORDS: *Constitutional Law. Theory of Costs of Rights. Contingency Reserve. Existential Minimum. Existential Maximum.*

INTRODUÇÃO

Fala-se muito em um direito ao mínimo existencial. Com supedâneo no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal, a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que o Estado deve prover o mínimo necessário à fruição de uma vida digna por seus administrados, com o objetivo de conferir o substrato essencial para que possam perseguir os seus interesses – o chamado bem comum de que tratam Jean Dabin² e o Papa João XXIII.³

Apesar de existirem algumas opiniões que buscam legitimar uma eventual omissão ou recusa estatais na prestação de assistência à população, com base, principalmente, nas teorias da reserva do possível e dos custos dos direitos, ainda não se chegou a um consenso sobre até que ponto o Poder Público pode invocar tais argumentos em seu favor.

Diante da falha do Estado brasileiro de cumprir efetivamente as promessas da modernidade, a cada dia, surgem mais protestos em prol de uma maior eficácia do texto constitucional, os quais parecem ter encontrado na doutrina neoconstitucionalista uma forte aliada.

Nesse ínterim, a efetivação dos princípios, direitos e garantias previstos na Constituição promove o desenvolvimento da sociedade em um movimento de protagonismo⁴ político e linguístico que, em face da ineficiência do Poder Público em cumprir as promessas da modernidade, busca construir, dialeticamente, a saída necessária para alcançar esse desiderato.

Assim, este trabalho buscará defender a ideia de que, por meio da aplicação prática dos princípios, garantias e direitos constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, desenvolva-se, consequentemente, a própria sociedade, seja social, política ou linguisticamente.

Será sugerida uma releitura do direito ao mínimo existencial, pregado pela maioria doutrinária e jurisprudencial, para que, adequando-o ao Brasil, onde a demanda decorrente do déficit de políticas públicas adequadas e do não cumprimento das promessas da modernidade é incalculável, passe-se a se falar em um direito ao máximo existencial, na esteira do quanto defendido por Miguel Calmon Dantas (2019).

A proposta, portanto, será fundamentar a existência não de um direito ao mínimo existencial, mas ao máximo existencial, tendo em vista que a luta pela persecução e efetivação dos princípios, direitos e garantias constitucionais resulta no desenvolvimento da própria sociedade,

2 - “Chegou um momento em que os homens sentiram o desejo, vago e indeterminado, de um bem que ultrapassa o seu bem particular e imediato e que ao mesmo tempo fosse capaz de garanti-lo e promovê-lo. Esse bem é o bem comum ou bem público e consiste num regime de ordem, de coordenação de esforços e intercooperação organizada. Por isso o homem se deu conta de que o meio de realizar tal regime era a reunião de todos em um grupo específico, tendo por finalidade o bem público. Assim, a causa primária da sociedade política reside na natureza humana, racional e perfectível. No entanto, a tendência deve tornar-se um ato; é a natureza que impele o homem a instituir a sociedade política, mas foi a vontade do homem que instituiu as diversas sociedades políticas de outrora e de hoje. O instinto natural não era suficiente, foi preciso a arte humana” (DABIN, 1939, p. 90) (tradução livre).

3 - “O bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana” (PAPA JOÃO XXIII, 1963).

4 - “[...] la afirmación de que el juez re-crea el sentido de los casos en el momento en que refiere la ley a ellos, y la afirmación más inesperada de que el juez conoce al comportarse en cuanto que este comportamiento se integraría con el pensamiento normativo de sí mismo, nos llevan a la Idea de que el conocimiento jurídico es un conocimiento de protagonista” (COSSIO, 2007, p.183). Vide, ainda, a lição de Marília Muricy Machado Pinto: “ao conhecer, o juiz reconhece-se como parte integrante do objeto; é protagonista e não espectador” (PINTO, 1998, p.81).

pois, sem aplicação concreta, o texto constitucional não passa de um mero pedaço de papel, como bem aduziu Ferdinand Lassale (2001, p. 37).

1. A TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS

Um dos fundamentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para fundamentar e legitimar a escusa do Estado em efetivar princípios, direitos e garantias constitucionais decorre da chamada teoria dos custos dos direitos. Segundo essa teoria, todos os direitos possuem um custo econômico, razão pela qual, inexistindo disponibilidade orçamentária, é legítima a recusa estatal em efetivá-los, por uma impossibilidade material de cumprir com o quanto previsto na Constituição sem que tal atitude prejudique o erário.

A autoria da teoria dos custos dos direitos é atribuída a dois estudiosos: Stephen Holmes e Cass Sustein (1999), que, em sua obra *The Cost of Rights*, afastam a clássica divisão entre direitos negativos (decorrentes dos chamados direitos de 1ª dimensão, ou direitos individuais) e direitos positivos (decorrentes dos chamados direitos de 2ª dimensão, ou direitos sociais e coletivos) para afirmar que todos os direitos são positivos, ou seja, demandam uma atuação estatal, tornando-se insustentável a ideia de que existiriam direitos cuja concretização ocorreria mediante um não agir (omissão) do Estado, com base na noção liberal clássica de um Estado absenteísta, mínimo.

Para os professores supracitados, os direitos só existem quando há respaldo orçamentário. Assim, não há que se falar na não efetivação de direitos diante da ausência de recursos, mas, simplesmente, na inexistência dos direitos em questão. Existiria, em verdade, não um “direito não efetivado”, mas, simplesmente, um “não direito”, a exemplo do que Friedrich Müller (2009) preleciona em sua Teoria Estruturante quando afirma ser inadequado tratar de ponderação de direitos fundamentais, pois o que haveria é o “não direito” do jurisdicionado em virtude do não preenchimento da estrutura da norma por uma conduta que, *a priori*, estaria em choque com uma conduta baseada em outro direito, este sim protegido e integrante da estrutura da norma jurídica.

Na visão de Gustavo Amaral (2010, pp. 42-43), os direitos não são absolutos, mas relativos, devendo-se levar em conta os custos financeiros para sua efetivação. O julgador deve fazer uma escolha diante da escassez de recursos, de um lado, e da necessidade individual a uma determinada prestação estatal, de outro, escolha essa que reputa trágica, uma vez que jamais será facilmente tomada diante de um caso específico.

À luz desse pensamento, seria possível suspender a prestação de um serviço público, ainda que essencial, em face de um usuário inadimplente, uma vez que o custeio seria injustamente repassado aos demais usuários/contribuintes. Nas palavras do autor em análise:

O Brasil tem padrões de Primeiro Mundo em todas as mazelas que atingem igualmente ricos e pobres, como é o caso da poliomielite e da Aids; ou nos pontos que beneficiam apenas os ricos, como a qualidade industrial, os aeroportos. Mas mantém-se entre os piores do mundo naquilo que pode ser limitado aos pobres, como a desnutrição, a educação, a saúde. Se os recursos são escassos, como são, é necessário que se façam decisões locativas: quem atender? Quais os critérios de seleção? Prognósticos de cura? Fila de espera? Maximização de resultados (número de vidas salva por cada mil reais gasto, p. ex.)? *Quem consegue primeiro uma liminar?* Tratando-se de uma decisão, nos parece intuitiva a necessidade de *motivação* e controle dos critérios de escolha, uma prestação de contas à sociedade do *porquê* preferiu-se atender a uma situação e não à outra [...] a justiça do caso

concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de se quebrar a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macrojustiça (AMARAL, 2010, p. 17-18).

Ao sugerir que “direitos não nascem em árvores”, Flávio Galdino parece compartilhar do entendimento retroesposado. Para ele, o Estado não pode ser condenado a fornecer medicamentos de êxito duvidoso ou a arcar com tratamentos experimentais de eficácia ainda não comprovada, que geralmente possuem um alto custo, sob o simples argumento de que o Poder Público deve assegurar aos cidadãos o direito à saúde de maneira ampla e irrestrita, sem atentar para a capacidade orçamentária.

O autor esclarece, contudo, que os custos não podem ser vistos como óbices à consecução dos direitos fundamentais. Assim, não é exatamente a exaustão da capacidade orçamentária que impede a realização de um determinado direito subjetivo fundamental:

Deveras, ao dizer-se que o orçamento público não pode suportar determinada despesa, *in casu*, destinada à efetivação de direitos fundamentais, e tendo como parâmetro a noção de custos como óbices, quer-se necessariamente designar *um* orçamento determinado. Isso porque os recursos públicos são captados em caráter permanente – a captação não cessa nunca, de forma que, a rigor, nunca são completamente exauridos. Assim sendo, nada obstará a que um outro orçamento posterior assumisse a despesa em questão. Sem embargo dessa possibilidade muitos autores argumentam que esse meio – a exaustão da capacidade orçamentária – constitui um meio de frustrar a proteção dos direitos fundamentais (GALDINO, 2005, p. 233-235).

Mais adiante em sua obra, Galdino analisa a suspensão da prestação de serviços públicos essenciais. A essencialidade estaria relacionada com a aptidão de um determinado produto ou serviço em atender às necessidades basilares do homem; relaciona-se, portanto, com a dignidade da pessoa humana. Entretanto, não se pode desconsiderar a base contratual da prestação de serviços, cuja regra é a contraprestação (GALDINO, 2005, pp. 289-291).

Nessa senda, o autor traça um comparativo entre a essencialidade e a continuidade dos serviços públicos, afirmando que também a continuidade cede em alguma medida, a exemplo da greve, concluindo que o direito à continuidade é da coletividade, e não de um consumidor específico, razão pela qual é legítimo o corte do serviço quando se vislumbra uma situação de inadimplemento:

[...] também a continuidade do serviço, embora sempre respeitada, cede em alguma medida [...]. Com base nesse parâmetro coletivo podemos concluir que, s.m.j., o princípio da continuidade do serviço público diz respeito ao interesse da coletividade nos serviços essenciais, e não ao interesse de um determinado consumidor em particular, não gerando, pois, direito a uma prestação determinada em favor de algum usuário inadimplente específico (GALDINO, 2005, p. 299-301).

Para o doutrinador (GALDINO, 2005, pp. 312-320), por mais que o serviço público seja considerado essencial, os seus gastos devem ser financiados, pois a economia estatal não é capaz de suprir toda a demanda da sociedade. Assim, não é possível falar em gratuidade quando se opta pela delegação de um serviço público, exigindo-se a contraprestação para mantê-lo funcionando em benefício de toda a coletividade. Não autorizar o corte no fornecimento implicaria, indiretamente,



a situação de alguns usuários suportarem o prejuízo ocasionado por um inadimplente, ou, ainda, a assunção do prejuízo pelo erário, o que afetaria outras políticas públicas igualmente importantes.

Existiria, ainda, o chamado efeito dominó, na medida em que uma decisão a favor de um consumidor inadimplente encorajaria outros a repetir a mesma atitude, notadamente em períodos recessivos.

Os exemplos elencados visam ilustrar a possibilidade de o Estado não efetivar direitos ante a insuficiência de recursos, seja em virtude do inadimplemento de alguns usuários, seja em razão de um déficit orçamentário do ente prestador. Para os adeptos da teoria em tela, a retórica que gravita em torno da gratuidade é, em regra, prejudicial, por ignorar ou desconsiderar os elevados custos subjacentes às prestações públicas necessárias à efetivação de direitos fundamentais.

2. O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Além da teoria dos custos dos direitos, outro dos principais argumentos em favor da não efetivação de princípios, direitos e garantias constitucionais funda-se na chamada teoria da reserva do possível. Segundo essa teoria, o Estado somente pode oferecer à população o que seu orçamento permite, ou seja, aquilo que é possível, viável, de ser ofertado, sem que isso acarrete um rombo econômico.

Se não há condições orçamentárias para que um determinado município arque com o fornecimento gratuito de água a um grupo de consumidores inadimplentes, por exemplo, seria lícito efetuar o corte temporário no fornecimento do serviço, uma vez que a manutenção da atividade sem a devida contraprestação fugiria à sua capacidade econômica.

A teoria da reserva do possível foi desenvolvida com base em decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha a partir do caso conhecido como *numerus clausus*,⁵ no qual foi sustentado que limitações de ordem econômica podem comprometer a plena efetivação de direitos.

De acordo com a Corte alemã, os indivíduos somente podem exigir do Estado a execução de uma prestação ou a efetivação de um direito desde que se observe o limite da razoabilidade. Sobre o tema, confira-se a opinião de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 370):

[...] colhe-se o ensejo de referir decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que *a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável* (grifamos).

E conclui:

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por

5 - Cujo foco não foi a questão orçamentária, mas a razoabilidade da permissão de acesso ao curso de medicina promovido pela universidade pública a todos que assim desejassem, apesar do número limitado de vagas, sob o argumento de que a Lei Fundamental garantiria a todos os alemães o direito de livremente escolher a sua profissão (art. 12, I).

parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema de natureza eminentemente competencial. (SARLET, 2012, p. 389).

Dirley da Cunha Jr. (2004, p. 307-311) tece alguns comentários sobre a importação de teorias europeias sem a prévia observância do contexto social do país. Defende o autor que a teoria da reserva do possível (da forma como foi pensada) não atenta ao caso do Brasil, onde o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais, e conclui que os problemas de caixa não podem obstar a efetivação de direitos fundamentais, pois isso reduziria a sua eficácia a zero.

A propósito, já defendia Karl Larenz⁶ que não existe uma tabela predefinida de princípios e direitos que sempre sobressaíam em detrimento de outros, motivo pelo qual seria demasiado ingênuo concluir pela recusa à sua efetivação com base em uma insuficiência orçamentária, pura e simplesmente.

No entanto, quando medidas judiciais passam a afetar sobremaneira as finanças públicas, a efetivação de direitos sociais pode ser prejudicada pela escassez de recursos, sobretudo em época de crise sanitária/humanitária e na vigência de um estado de calamidade pública. Na lição de José Casalta Nabais Filho (2000, p. 19-21):

Os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos. Na verdade, todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento. Por conseguinte, não há direitos de borla, apresentando-se todos eles como bens públicos em sentido estrito [...] Por isso, todos os direitos têm custos financeiros públicos, sejam custos indirectos nos clássicos direitos e liberdades, sejam custos directos nos direitos sociais. O que significa que todos os direitos têm custos financeiros públicos e sobretudo que os clássicos direitos e liberdades não têm apenas custos privados ou sociais, como uma visão menos atenta da realidade pretendeu fazer crer. **Todos os direitos têm, assim, por suporte meios financeiros públicos** ou, noutras palavras, atenta a natureza fiscal do estado contemporâneo, todos os direitos têm por suporte fundamentalmente a figura dos impostos (grifamos).

A teoria da reserva do possível constantemente colide com a teoria que prega a existência de um mínimo existencial de direitos fundamentais, segundo a qual existem direitos cuja aplicação não pode ser afastada ou minimizada, sob pena de violação do mínimo necessário à fruição de uma vida digna.

6 - "Que se recorra pois a uma ponderação de bens no caso concreto é na verdade, como se fez notar, precisamente consequência de que não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como numa tabela" (LARENZ, 1997, p.575-576).

Manoel Jorge Silva Neto (2009, p. 144), por exemplo, defende o mínimo existencial, conceituando-o como um direito público subjetivo que depende de um caso específico para ser verificado, exigindo-se uma pronta resposta do Estado para satisfazer o mínimo necessário à existência humana.⁷

Ricardo Lobo Torres (2009, p. 25), por sua vez, aduz que “a teoria do mínimo existencial é um subsistema da teoria dos direitos fundamentais”, de cariz kantiana, a partir da qual se pode extrair o direito a situações existenciais dignas.

Inserem-se no conceito de mínimo existencial liberdades básicas do ser humano, a exemplo da livre manifestação do pensamento e da liberdade de consciência e de crença (art. 5º, IV e VI, da CF), além de direitos e garantias sociais necessários à manutenção de uma vida digna, como é o caso da assistência social, que, à luz do art. 1º da Lei nº 8.742/1993:

[...] é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Nas palavras do autor supracitado:

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão. Só os direitos da pessoa humana, referidos a sua existência em condições dignas, compõem o mínimo existencial. Assim, ficam fora do âmbito do mínimo existencial os direitos das empresas ou das empresas ou das pessoas jurídicas, ao contrário do que acontece com os direitos fundamentais em geral [...]. A Corte Constitucional da Alemanha define o mínimo existencial como o que é “necessário à existência digna” (*ein menschenwürdiges Dasein notwendig sei*) (TORRES, 2009, p. 36-37).

Esclarece Ana Paula de Barcellos (2011, p. 247) que o mínimo existencial “corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna”, possuindo, em sua composição, três elementos materiais (educação básica, saúde básica e assistência aos desamparados) e um elemento instrumental (acesso à Justiça) (BARCELLOS, 2011, p. 302).

A título de ilustração, a autora cita alguns direitos e liberdades básicas, abaixo discriminados:

Embora não se tenha qualquer pretensão de exaustividade ou definitividade, há, independentemente de tudo que se expôs até aqui, um consenso lógico - metajurídico, por que não? - a respeito do assunto. Não há quem possa, com seriedade intelectual, afirmar, por exemplo, que uma pessoa tem sua dignidade respeitada se não tiver o que comer ou o que vestir, se não tiver oportunidade de ser alfabetizada, se não dispuser de alguma forma de abrigo. Como já se registrou, também fazem parte desse conteúdo mínimo da dignidade os chamados direitos da liberdade, e.g., liberdade de expressão, liberdade religiosa, liberdade de locomoção, direito de propriedade etc. (BARCELLOS, 2011, p. 297-299).

7 - Luís Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 22) explica que a proteção de um mínimo de direitos fundamentais é comum em países que passaram por regimes autoritários ou totalitários, a exemplo de Alemanha, Polónia, Portugal e Espanha (SILVA, 2005, p. 26).

Há de se destacar que o mínimo existencial não se limita à proteção de um número predefinido de direitos, pois, a partir dele, outros acabam sendo protegidos.

Ao se garantir a educação básica, por exemplo, garante-se, também, a igualdade equitativa de oportunidades de que fala John Rawls (1997, p. 162) e o livre exercício da atividade profissional (art. 5º, XIII, da CF), que não raramente depende de um mínimo de escolaridade para o seu bom desempenho, sobretudo em um cenário de livre concorrência (art. 170, IV, da CF).

Ademais, o acesso à educação básica é imprescindível para o exercício da cidadania⁸, eis que um cidadão bem instruído é capaz, *a priori*, de escolher os seus representantes com maior prudência (liberdade política), de receber mais ofertas de trabalho (liberdade econômica) e de conhecer melhor os seus direitos (liberdade intelectual), libertando-se da opressão, do desemprego, da desinformação e, *mutatis mutandis*, do que Louis Althusser (1970, p. 43-44) chamou de aparelhos ideológicos do Estado.

Cabe registrar, nesse ponto, a defesa de Amartya Sen (2010, p. 50) de cinco tipos de liberdades instrumentais essenciais ao exercício de uma vida digna, quais sejam, liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora, concretizando-se esta última por meio de “disposições institucionais fixas, como benefícios aos desempregados e suplementos de renda regulamentares para os indigentes” (SEN, 2010, p. 52).

Sobre o tema, cite-se a promulgação da Lei nº 10.835/2004, que instituiu a renda básica de cidadania, até hoje não implementada, em montante “suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde, considerando para isso o grau de desenvolvimento do País e as possibilidades orçamentárias” (art. 1º, § 2º).

A ideia desenvolvida neste trabalho é de que o mínimo existencial não pode ser predefinido, porquanto somente é aferível caso a caso, levando-se em consideração os direitos envolvidos em um determinado litígio. Seria equivocado sustentar a recusa à efetivação de um direito constitucional com base na teoria da reserva do possível, ou na teoria do mínimo existencial, sem que se proceda a uma análise pormenorizada do caso, eis que somente por meio da atividade interpretativa será possível concluir por uma ou outra saída, tendo em vista a maleabilidade do que vem a ser o mínimo existencial e do que seria ou não possível ao Estado fornecer à população.

Assim, como não existe uma tabela predefinida de princípios, direitos e garantias que sempre sobressaíam em detrimento de outros, não se pode concluir, de antemão, pela sua não efetivação por motivo de insuficiência orçamentária. Optar por uma (trágica) decisão de tal porte seria fechar os olhos ao Direito como realidade, como expôs Miguel Reale (2010).

Em um movimento hermenêutico circular, o intérprete retorna constantemente aos pontos iniciais de sua abordagem, a fim de confirmar, ou não, o seu projeto inicial de compreensão.

8 - Até o vestuário (e, conseqüentemente, a condição econômica de adquiri-lo) possui uma relação direta com o exercício da cidadania, sobretudo quando se sabe que edifícios públicos são, em regra, bens públicos de uso especial (art. 99, II, do Código Civil), exigindo-se dos administrados, não raramente, que se apresentem com “decoro e asseio” para acessar e permanecer nas dependências de câmaras legislativas, assembleias e tribunais, a exemplo do que ocorreu com a publicação do Ato TST nº 353/2018 (já revogado).



Nas palavras de Hans-Georg Gadamer (2004, p. 75):

Quem quiser compreender um texto deverá sempre realizar um projeto. Ele projeta de antemão um sentido do todo, tão logo se mostre um primeiro sentido no texto. Esse primeiro sentido somente se mostra porque lemos o texto já sempre com certas expectativas, na perspectiva de um determinado sentido. A compreensão daquilo que está no texto consiste na elaboração desse projeto prévio, que sofre uma constante revisão à medida que aprofunda e amplia o sentido do texto.

A compreensão, portanto, está vinculada a um projeto de um todo – não pode ser realizada isoladamente, por partes, como ensina Eros Roberto Grau (2009, pp. 131-132) ao afirmar que o Direito não se interpreta em tiras, mas em conformidade com o ordenamento jurídico (e, sobretudo, com a Constituição).

Para que seja possível compreender, é necessário levar em consideração todas as circunstâncias do fenômeno a ser compreendido e interpretado, e não apenas características destacáveis de uma parte, o que geralmente é feito por conveniência do intérprete, quando, por exemplo, são omitidos parágrafos do acórdão colacionado na peça processual porque não se prestam ao que se pretende defender.

Nessa senda, não se pode deixar de efetivar uma garantia, um princípio ou um direito previsto na Constituição Federal, sobretudo quando se trata de um direito fundamental, invocando-se, simplesmente, e *aprioristicamente*, a insuficiência orçamentária como escusa. Se é caso de insuficiência de recursos, essa circunstância deve ser investigada casuisticamente, pois um Estado que elege inúmeros direitos, princípios e garantias em prol de seus administrados deve utilizar todos os meios possíveis para efetivá-los.

3. O DIREITO À DIGNIDADE E O MÁXIMO EXISTENCIAL

Foi visto que a escusa baseada na insuficiência de recursos é um dos principais argumentos utilizados para fundamentar a não efetivação de direitos, princípios e garantias constitucionais.

À luz de um pensamento que visa conferir uma maior efetividade às normas veiculadoras de direitos fundamentais, com suporte em um constitucionalismo garantista e dirigente (CANOTILHO, 1994), a teoria do mínimo existencial merece ser revista e ampliada.

Se um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro é promover o desenvolvimento nacional e o bem de todos (art. 3º da CF), a melhor maneira de fazê-lo é promover o desenvolvimento de seu instrumento legitimador: a Constituição. Para tanto, é necessário que o próprio povo, mediante um agir interessado, busque a efetivação da Carta Política, sob pena de, em virtude de sua inércia, observar o texto constitucional parar no tempo, impossibilitado de desenvolver-se política, social e linguisticamente. E essa efetivação fática dos preceitos constitucionais se realiza pelo concurso da vontade humana com a práxis constitucional, ou seja, de uma “prática de Constituição”, a exemplo do que Konrad Hesse (1991, p. 19) entende por “vontade de Constituição”.

Para tanto, o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF), a ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF), a iniciativa popular (art. 14, III, da CF) e as consultas populares (art. 14, §12, da CF) parecem ser exemplos de instrumentos democráticos que possibilitam à sociedade a adoção

de uma postura mais ativa, com a consequente provocação do Estado para que o Direito seja construído, intersubjetivamente, em prol da efetivação das promessas da Constituição Federal de 1988, que, já no preâmbulo, elege como valores supremos os “(...) direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”.

Nas palavras de Miguel Calmon Dantas (2011, p. 392):

Nesse sentido, o direito fundamental ao máximo existencial impõe, justamente, ao poder público que promova progressiva, contínua e processualmente, da forma explicitada, a ampliação dos níveis essenciais de prestação concernentes aos deveres positivos, a fim de alcançar o referencial da satisfação suficiente das necessidades existenciais e de autonomia para, assim, habilitar o ser humano ao pleno desenvolvimento de suas capacidades, assegurando-lhe a auto-realização (sic) e a autonomia.

Confira-se, também, a doutrina de Peter Häberle (1997, p. 23-24):

[...] a interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista técnico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política [...] Até pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos ‘órgãos oficiais’, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.

A defesa do direito ao máximo existencial promove a releitura do direito ao mínimo existencial sob uma óptica contemporânea, que prima pelo desenvolvimento linguístico, político e, principalmente, social da Constituição Federal para garantir a sua constante e ininterrupta efetividade normativa, *à luz dos* avanços e conquistas da sociedade civil e em prol de um Estado mais garantidor e socialmente atuante.

É nesses moldes que Dirley da Cunha Jr. (2004) defende um direito fundamental à efetivação da Constituição, pois não basta haver previsões normativas em favor da sociedade; é necessário que a esta seja conferido o direito fundamental de vê-las cumpridas, aplicadas e efetivadas no dia a dia.

Ora, falar de dignidade mínima é falar de uma dignidade incompleta, insuficiente, atrofiada. A dignidade humana (e todos os direitos que dela decorrem) deve ser provida de maneira integral, maximizada, e não por meio de políticas públicas deficientes e insatisfatórias.

Assim como é inadequado dizer que “a Justiça tarda, mas não falha”, pois se a Justiça tarda é porque já falhou, também não se deve utilizar a expressão dignidade mínima, ou, até mesmo, dignidade máxima. Talvez, em um futuro não muito distante, possa-se falar em dignidade, pura e simplesmente, que necessariamente será interpretada de forma integral, ampliativa, maximizadora.

Na lição de Lenio Streck (2005, p. 25-27):

No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um *simulacro de modernidade* [...] Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. *Só que existe um imenso déficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno* [...] É evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. *As políticas neoliberais, que visam a minimizar o Estado, não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua natureza.* Veja-se o exemplo ocorrido na França, onde, recentemente, após um avanço dos neoliberais, a pressão popular exigiu a volta das políticas típicas do Estado Providência. Já em nosso país, ao contrário disto, seguimos na contramão, é dizer, quando países de ponta rediscutem e questionam a eficácia (social) do neoliberalismo, caminhamos, cada vez mais, rumo ao 'Estado absenteísta', 'minimizado', 'enxuto' e 'desregulamentado' (sic) [...] É este, pois, o dilema: *quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe!* (grifos no original).

Deve-se interpretar o direito ao mínimo existencial em correlação com o princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), segundo o qual uma previsão normativa (sobretudo de índole constitucional) não pode ser aplicada de maneira ineficaz, mas elástica e ampliada às suas máximas dimensões, em obediência ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Assim, com base na ideia de um direito ao máximo existencial, não é suficiente prover alimentação ao povo necessitado; é necessário prover uma alimentação balanceada e diversificada, com todos os nutrientes indispensáveis à reposição energética diária de que o corpo humano precisa. Não é suficiente oferecer uma educação básica, mas uma educação básica de qualidade ótima, de forma que os estudantes da rede pública possam competir em iguais condições com os estudantes oriundos da rede particular de ensino. Não é suficiente disponibilizar um serviço público de transporte, mas um serviço público de transporte eficiente e seguro, capaz de atender adequadamente às demandas da população.

Sabe-se que o Brasil – que mal consegue garantir o mínimo, que dirá o máximo – ainda está muito distante dessa realidade. Contudo, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 parece simpatizar com a ideia de Estado do bem-estar social, a julgar pelas previsões constantes de seu preâmbulo e do art. 3º, I, III e IV, é coerente constatar que limitações orçamentárias e problemas de escassez de recursos não podem servir de óbice à concretização de direitos fundamentais, como se buscou defender neste trabalho.

Como alternativa à majoração da carga tributária, uma forma de garantir mais verba para a concretização de direitos fundamentais talvez seja ampliar as exceções previstas no art. 167, IV, da CF, que permite a destinação da receita de impostos (que, em regra, são tributos de arrecadação não vinculada) para o custeio de ações e serviços públicos de saúde e para a manutenção e o desenvolvimento do ensino, de maneira a incluir outras políticas públicas igualmente relevantes, utilizando-se, como parâmetro, as necessidades vitais básicas individuais e familiares mencionadas no art. 7º, IV, também da CF.

Se foram excepcionadas a saúde e a educação no mencionado art. 167, IV, outros setores essenciais também podem (e devem) ser contemplados, sob pena de incoerência do ordenamento jurídico (BOBBIO, 2006, p. 203), que assim privilegiaria algumas políticas públicas em detrimento de outras, de forma não justificada.

Além disso, a margem de discricionariedade do gestor público para custear despesas secundárias (quando poderia empregar as verbas em setores essenciais) seria diminuída. Um exemplo ilustrativo seria a contratação em demasia de serviços de publicidade prestados por agências de propaganda (Lei nº 12.232/2010), que parecem perder força em época de florescimento de mídias digitais alternativas, independentes, gratuitas e de alta visibilidade.

4. CONCLUSÃO

Buscou-se, nesta obra, apresentar considerações em defesa da reformulação do direito ao mínimo existencial, de maneira a coadunar o seu significado e objetivo com um pensamento calcado em um novo paradigma, que preconiza uma maior atuação do Estado em prol do cumprimento das promessas sociais da modernidade. Pela análise empreendida, afigura-se incabível a hipótese do descumprimento de políticas públicas e da não efetivação de garantias, princípios e direitos constitucionais com base em argumentos extraídos da teoria da reserva do possível ou da teoria dos custos dos direitos, por exemplo.

Não se nega que o dinheiro do Estado não nasce em árvores e que problemas monetários fazem parte das realidades brasileira e mundial. Contudo, no momento em que são eleitos inúmeros princípios, direitos e garantias como elementos-chave de um Estado que pretende ser social e que elenca a dignidade da pessoa humana como fundamento estruturante, elege-se, por consequência, o “ser” em face do “ter”.

A solução, por óbvio, não é agir de forma descomprometida com o orçamento e imputar ao Estado um pesado ônus, exigindo-se o impossível do administrador público, que pode até mesmo ser enquadrado na prática de crime de responsabilidade.

Em um país onde (quase) todos estão acostumados com uma realidade sofrida, onde a abulia, a acracia e a apatia políticas, como expôs Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992), parecem tolher a flâmula de ânimo de protestar por dias melhores, muitos não se dão conta de que a Constituição ainda está muito aquém daquilo que promete alcançar.

Acostumar-se⁸ com uma dignidade “mínima” impede o ser humano de experimentar uma vida existencialmente⁹ máxima – e já disse David Hume que conhecer é experimentar (BITTAR; ALMEIDA, 2010, p. 307). Prega-se, portanto, o direito a uma vida digna, pura e simplesmente, uma vez que não existe algo minimamente digno; ou se é digno ou não. Afinal, nas palavras dos Titãs, “a gente não quer só comida, *a gente quer comida, diversão e arte* [...] a gente não quer só dinheiro, *a gente quer inteiro, e não pela metade...*”.

8 - Sobre o tema, confira-se SEN, 2000.

9 - Sobre os bastidores do existencialismo, recomenda-se a leitura de BAKWELL, 2017.



REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado**. São Paulo: Editorial Presença/Martins Fontes, 1970.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BAKEWELL, Sarah. **No café existencialista**: o retrato da época em que a filosofia, a sensualidade e a rebeldia andavam juntas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1994.

COSSIO, Carlos. **Teoría de la verdad jurídica**. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

DANTAS, Miguel Calmon. **Direito fundamental ao máximo existencial**. v.1. 436f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2011.

_____. **Máximo Existencial como Direito Fundamental Internacional - Rejeitando a Tese do Mínimo Vital pelo Desenvolvimento de Referenciais mais Protetivos**. Curitiba: Juruá, 2019.

DABIN, Jean. **Doctrine générale de l'État**. Paris: Sirey, 1939.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.



HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; Cass R. SUNSTEIN. **The Cost of Rights**. New York: W. W. Norton, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2001.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

PAPA JOÃO XXIII. *Pacem in Terris*. Roma, 11 de abril de 1963. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html>. Acesso em: 05 ago. 2022.

PINTO, Marília Muricy Machado. O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica. **Revista da Faculdade de Direito-UFBA**, v. 37. Salvador: 1998.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001, p. 18. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5307223/mod_resource/content/1/OS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20SOCIAIS%20NA%20CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20DE%201988%20-%20INGO%20WOLFGANG%20SARLET.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2022.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 370 f. Tese (Concurso para o cargo de Professor Titular). Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.



SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License