

CLÁUDIA HONÓRIO

OLHARES SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL EM JULGADOS BRASILEIROS

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

CLÁUDIA HONÓRIO

OLHARES SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL EM JULGADOS BRASILEIROS

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève (orientador – UFPR)

Prof. Dr. José Antônio Peres Gediél (UFPR)

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil)

Curitiba, de março de 2009.

AGRADECIMENTOS

“Aqueles que passam por nós não vão sós, não nos deixam sós. Deixam um pouco de si, levam um pouco de nós.” Muitas pessoas passaram por mim durante a elaboração deste trabalho e deixaram um pouco de si. Não sou só; sou eu com outros. Essas pitadas de alteridade contribuíram muito para este escrito. Sou grata a todos aqueles que se compartilharam comigo.

À minha avó Maria de Lourdes, que acalentava o sonho de ser professora, agradeço por tudo o que me ensinou. Criou-me com todo o amor. Por suas mãos aprendi o alfabeto e fui conduzida à escola desde o primeiro dia de aula. Deixou em mim lembranças que aquecem o coração e a semente de uma linda vocação.

Agradeço imensamente aos meus pais, por todo o apoio emocional e material ofertado. Sofreram comigo as ansiedades diante dos inúmeros textos, da falta dos termos certos, do tempo que não pára. Também experimentam a felicidade que deriva dos meus estudos. Sua fé e seu amor incondicionais foram imprescindíveis para que eu chegasse até aqui e certamente farão com que eu vá além. Palavras não conseguem exprimir todo o amor e a gratidão que sinto por eles. Ainda bem que existem abraços, beijos, carinhos, olhares afetuosos, presentes cotidianos para que saibam o quanto são importantes para mim.

Ao meu orientador Clèmerson Merlin Clève serei sempre grata. Sua capacidade intelectual é fascinante. As oportunidades e a aprendizagem cotidiana que proporciona me incentivam a estudar e a ser cada vez mais. Conviver com esta mente brilhante é uma satisfação imensa. Ainda é fresca na memória a primeira aula que me ministrou, quando o direito constitucional tomou conta do meu coração.

Aos meus professores da graduação e da pós-graduação, em especial Vera Karam de Chueiri, Katya Kozicki e Celso Ludwig, pelo exemplo de docência e de humanidade, pelo apoio efetivamente oferecido quando buscado e pelas inúmeras descobertas acadêmicas proporcionadas em suas aulas.

Aos companheiros de mestrado nestes dois anos. A todos os colegas que nas aulas, em grupos de estudo ou nos corredores da faculdade trouxeram contribuições a esta pesquisa. À Heloísa Krol, à Ana Lucia Pretto Pereira e à Júlia Ávila Franzoni, com quem dividi as angústias deste trabalho (agradeço a paciência, o apoio e as opiniões) e multipliquei as alegrias da vida. Ao Rafael Zanlorenzi, por todo o

inevitável, por sempre fazer aflorar o melhor de mim. A presença cotidiana dessas pessoas queridas tornou a caminhada mais leve.

Àqueles que contribuíram para que eu tivesse acesso a importantes referências bibliográficas: Paulo Gilberto Cogo Leivas, Paulo Ricardo Schier, Karina Pawlowsky, Ingo Wolfgang Sarlet e Marcio Senra. Ao Elias Jacobsen Bana, pela importante ajuda com a pesquisa de jurisprudência e por sempre estar a postos.

À Universidade Federal do Paraná, minha segunda casa, pelo mundo que me apresentou. À sua Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito, na pessoa do Professor Eroulths Cortiano Júnior e às funcionárias da Secretaria do referido Programa, especialmente à Fátima e à Sandra, pela presteza e pelos sorrisos constantes.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal do Ensino Superior – CAPES pela bolsa de estudos fornecida, apoio imprescindível e incentivo para o desenvolvimento e a conclusão desta pesquisa.

A todos os presentes e os ausentes que, de alguma forma, acompanharam-me nesta viagem acadêmica: muito obrigada!

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	09
1 O ESTADO DEVE PROPORCIONAR UM MÍNIMO EXISTENCIAL	12
1.1 ALGUNS FUNDAMENTOS	12
1.1.1 John Rawls: defesa do mínimo social.....	13
1.1.2 Friedrich Hayek: garantia de uma renda mínima.....	23
1.1.3 Michael Walzer: proteção universal e comunitária de direitos mínimos.....	25
1.1.4 Jürgen Habermas: a autonomia requer direitos básicos.....	29
1.1.5 Carlos Santiago Nino: condições materiais decorrentes da autonomia.....	35
1.2 PARADIGMÁTICA DETERMINAÇÃO JUDICIAL	41
1.2.1 Contexto constitucional: especificidades da Lei Fundamental Alemã.....	41
1.2.2 Criação jurisprudencial do mínimo existencial.....	45
1.3 TRANSPOSIÇÃO DO DEBATE PARA O BRASIL	48
1.3.1 Contexto constitucional: peculiaridades da Constituição Federal de 1988.....	48
1.3.2 Introdução à temática no direito brasileiro	50
1.3.3 Relevância do instituto no cenário nacional.....	56
2 O MÍNIMO EXISTENCIAL NO QUADRO NORMATIVO BRASILEIRO	64
2.1 PLANO INTERNACIONAL	65
2.1.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos	65
2.1.2 Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.....	66
2.1.3 Protocolo de San Salvador	71
2.1.4 Convenção sobre os Direitos da Criança	73
2.2 PLANO INTERNO: CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	74
2.2.1 Referências gerais.....	75
2.2.2 Seguridade social	80
2.2.3 Educação.....	87
2.2.4 Outras disposições relevantes.....	89
2.3 PLANO INTERNO: LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....	92
2.3.1 Saúde	93
2.3.2 Previdência social.....	97
2.3.3 Assistência social	100
2.3.4 Educação.....	106
2.3.5 Outras disposições relevantes.....	107
3 INVENTÁRIO DE PROPOSTAS SOBRE O CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL	115
3.1 GARANTIA DA LIBERDADE REAL.....	116
3.2 PROTEÇÃO DAS CONDIÇÕES PARA A DEMOCRACIA	130
3.3 GARANTIA AUTÔNOMA DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	139
3.4 RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA.....	148
3.5 MÍNIMO ISENTO DE TRIBUTAÇÃO	166

4 MÍNIMO EXISTENCIAL NA PERSPECTIVA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO	181
4.1 DECISÕES ESTRANGEIRAS INTERESSANTES	181
4.1.1 Colômbia: ampla proteção do mínimo vital.....	181
4.1.2 Alemanha e Portugal: valorização da dignidade.....	188
4.1.3 África do Sul: defesa dos direitos sociais, não de um mínimo.....	193
4.1.4 Índia: a plenitude da vida.....	195
4.2 DECISÕES BRASILEIRAS.....	199
4.2.1 Garantia do mínimo existencial pelo Estado.....	199
4.2.2 O mínimo em saúde	216
4.2.3 Incidência do mínimo existencial nas relações entre particulares	227
5 OBSERVAÇÕES SOBRE OS JULGADOS BRASILEIROS A RESPEITO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	236
5.1 RELEVÂNCIA DA NOÇÃO.....	237
5.2 RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES.....	241
5.3 FUNDAMENTO NORMATIVO.....	252
5.4 DETERMINAÇÃO DO CONTEÚDO MÍNIMO.....	258
5.4.1 Sobrevivência e existência	258
5.4.2 Abertura do mínimo existencial	261
5.4.3 Tensão com o princípio democrático.....	267
5.4.4 Medida da atuação judicial	271
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	283
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	291

RESUMO

O mínimo existencial é, em linhas gerais, o conjunto de condições materiais indispensáveis à existência humana. Trata-se de noção que varia conforme vários fatores, sendo de difícil definição *a priori*. Estudar o que compõe o mínimo existencial apresenta-se como um desafio. Contata-se que o dever de proporcionar um mínimo existencial encontra fundamento em diversas construções teóricas e é compatível com o quadro normativo brasileiro, voltado à proteção e realização da pessoa humana com dignidade. Compreendendo melhor o que vem a ser o mínimo existencial, por meio de diversas propostas doutrinárias voltadas ao tema, pode-se alcançar o objetivo desta pesquisa, que é lançar um olhar crítico sobre a jurisprudência brasileira acerca do mínimo existencial, examinando como o Judiciário define esse conjunto mínimo. Nota-se que as decisões brasileiras ressaltam a relevância da proteção das condições materiais básicas das pessoas, tanto nas relações com o Estado quanto nas firmadas entre particulares. O mínimo existencial, sustentado principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana, revela-se importante instrumento para a efetivação da dimensão prestacional dos direitos fundamentais, superando argumentos como a reserva do possível. Admite-se a subjetividade que permeia o tema, devendo-se buscar parâmetros de racionalidade para as decisões. Mas ao atuar para defender o mínimo existencial (que é mais do que o mínimo vital), o Judiciário promove a democracia e contribui para preservar a razão de ser do direito – o ser humano.

Palavras-chave: mínimo existencial – Constituição Federal de 1988 – direitos prestacionais – atuação judicial.

ABSTRACT

The existential *minimum*, in a few words, means the least material assets needed to assure minimal standards of human existence. There is not an absolute or *a priori* definition of the existential *minimum*; it is a notion that depends on several elements. Studying what really is the existential *minimum* is a rough challenge. Clearly, the law and the normative system, based upon the value of dignity, support the idea of providing material assets to protect the human existence. In a deeper understanding of the existential *minimum*, studying the doctrinal propositions, we can analyze more properly the jurisprudential treatment. The objective of this writing is to look upon the Brazilian jurisprudential approaches on the issue, examining how the Justice System draws the concept. The decisions emphasize the duty of providing an existential *minimum* concerning the relations with the State or between individuals. The existential *minimum* reveals itself as a powerful way to effectuate and reinforce positive rights, trespassing arguments as “possible efforts”, that would bind the government to act only accordingly with the resources left of the budget. Some subjectivity makes up the notion of existential *minimum*, but we have to look also for some rationality in judicially deciding upon this issue. The Justice System, in defending the existential *minimum* (which is more than the minimal necessary only to survive), acts directly towards democracy and contribute to preserve the reason of the law – the human being.

Key-words: existential *minimum* – Brazilian Constitution – positive rights – judicial activity.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que as pessoas têm necessidades básicas – por exemplo, alimentação, moradia e saúde – cuja insatisfação impede ou prejudica seriamente a condição de humanidade. O respeito à autonomia e à dignidade pressupõe a garantia, ao menos mínima, de prestações fundamentais. Traz-se ao debate a noção de mínimo existencial, conjunto de condições materiais imprescindíveis para a existência humana.

Saber o que integra o mínimo existencial e tentar apreender algo dessa noção tão citada pela doutrina, mas que não se deixa aprisionar em conceitos, há muito inquieta esta pesquisadora. A presente dissertação revelou-se uma oportunidade de enfrentar o tema – que é bastante nebuloso, pois estudar o mínimo existencial é, em última análise, estudar a própria existência, objeto de debates infundáveis.

Vários elementos interessantes esperam ansiosamente por pesquisa, mas os trabalhos acadêmicos pedem escolhas. Devem ser fixados objetivos específicos, sob pena de as promessas seladas não serem cumpridas ou o serem de maneira insatisfatória. Salienta-se que a presente pesquisa tem por objetivo lançar um olhar sobre o tratamento atribuído pelo Judiciário brasileiro à noção de mínimo existencial. Importa examinar como tem sido delimitado o mínimo existencial e como se identifica o que o compõe. Para chegar a essa terra prometida, navegar-se-á por cinco porções d'água.

A primeira será movimentada pela busca da afirmação de um dever do Estado de proporcionar um mínimo existencial às pessoas. Para tanto, serão trazidos fragmentos dos estudos elaborados por John Rawls, Friedrich Hayek, Michael Walzer, Jürgen Habermas e Carlos Santiago Nino. O propósito é localizar em cada arcabouço teórico a preocupação com as condições materiais da existência humana.

Afirmar-se-á o dever de proporcionar um mínimo existencial também por meio de pronunciamento do próprio Estado. Será examinada a mais relevante decisão (prolatada pelo Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, em 1954) que determinou atuação do Estado para assegurar a existência digna dos seus cidadãos. Trata-se da origem paradigmática do debate sobre o mínimo existencial na atividade judicial.

A próxima providência será verificar a possibilidade de sustentar também no Brasil (e em quais termos) a necessidade da atuação estatal para garantir às pessoas condições de existência. Analisar-se-ão o contexto constitucional brasileiro, a introdução à temática do mínimo existencial pela via doutrinária e a relevância do instituto no cenário nacional.

O norte do segundo trecho da viagem será a busca de fundamentos normativos ao dever do Estado brasileiro de proporcionar um mínimo existencial. Serão examinados alguns pactos internacionais que o Brasil se comprometeu a respeitar, normas da Constituição Federal de 1988 e disposições infraconstitucionais relacionadas ao mínimo existencial.

No terceiro momento, será sistematizado, de modo descritivo, o atual estágio da discussão a respeito do mínimo existencial. As propostas oferecidas pela doutrina serão divididas em grupos, conforme a ênfase recaia sobre os direitos de liberdade, as condições procedimentais para a democracia, o mínimo existencial como garantia autônoma, o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo isento de tributação.

Com arcabouço formado pelos fundamentos jusfilosóficos à garantia do mínimo existencial, a origem do instituto no direito alemão, a afirmação de sua compatibilidade com o contexto brasileiro e as contribuições da doutrina a respeito do que compõe esse conjunto de prestações mínimas necessárias à existência humana, poder-se-á partir para a quarta etapa do plano. Será a oportunidade de observar o tratamento conferido pelos tribunais pátrios à noção de mínimo existencial.

Para traçar um perfil dos julgados, serão pinçadas decisões (do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados) que contenham, em sua ementa e/ou inteiro teor, a expressão “mínimo existencial”. A opção pelo Judiciário nacional não impedirá, contudo, que sejam trazidas contribuições do direito estrangeiro, na medida em que possam contribuir para melhor pensar o tema no Brasil.

Por fim, já avistando solo – nem sempre – firme, as decisões judiciais examinadas serão confrontadas com os elementos apresentados anteriormente, a fim de se constatar o tratamento atribuído pelos julgados brasileiros ao mínimo existencial. Nessa etapa final, o mar estará agitado com questões polêmicas.

Como e o que conceder aos cidadãos, considerando a escassez de recursos públicos? Em que medida se impõe o mínimo existencial nas relações firmadas entre particulares? O mínimo existencial abrange apenas os direitos que garantem a sobrevivência? Quais seriam as condições materiais para a existência digna de um ser humano? Alimentação, abrigo, vestuário, prestações de saúde e de educação? Mais do que isso? Menos? É possível definir *a priori* e mesmo universalmente o mínimo existencial, ou trata-se de noção historicamente construída, variando as condições de vida conforme cada sociedade e época? Em uma democracia, pode o Judiciário decidir o que deve ser necessariamente prestado pelo Estado? Quais as implicações da atuação judicial sobre prestações estatais? O que o Judiciário pode responder quando lhe batem à porta reclamando a garantia do mínimo existencial?

Navegando nessas águas, pensa-se ser possível chegar à terra prometida: trazer alguma contribuição útil e diferenciada ao estudo do mínimo existencial e à sua aplicação pelo Judiciário. Saliente-se, desde logo, que as reflexões aqui reunidas não trazem a ingenuidade de se pretenderem exaustivas. “Tanto que ao lado das omissões inconscientes figuram alguns recortes propositais. De outro lado, certas idéias também não foram desenvolvidas, apesar de estarem pressupostas.”¹ O que fica é um tema instigante, um compromisso que se espalha nos mais diversos ramos do direito e da vida.

¹ NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a utopia: problemas na efetivação do direito a uma vida saudável. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. p. 605.

1 O ESTADO DEVE PROPORCIONAR UM MÍNIMO EXISTENCIAL

O título do capítulo já expressa um posicionamento. Faz-se necessário, então, afirmar a existência do dever de proporcionar um mínimo existencial. Tal afirmação pode ser fundamentada em importantes estudos jusfilosóficos e, mais especificamente, em paradigmática decisão proferida pelo Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, em 1954. Rumo à descoberta dessas sementes do dever de proteção do mínimo existencial.

1.1 ALGUNS FUNDAMENTOS

Autores de variados momentos históricos e correntes de pensamento trataram da necessidade de se garantirem condições materiais mínimas para a existência das pessoas. Constata-se que o tema, apesar de receber abordagens distintas, aparece nas proposições de todo aquele que versa, em última análise, sobre a própria existência humana.

Sem intenção de excluir outras possibilidades², no presente estudo serão trazidas algumas contribuições teóricas elaboradas por John Rawls, Friedrich Hayek, Michael Walzer, Jürgen Habermas e Carlos Santiago Nino. Na obra desses autores pode-se encontrar substrato para a defesa de um mínimo existencial.

Desde já se adverte que a intenção não é trazer todos os aspectos dos estudos pinçados – o que seria um objetivo inalcançável. Tampouco este será o espaço para assentar as críticas realizadas a cada posicionamento. O propósito é apenas localizar, em cada arcabouço teórico, a concepção de um mínimo

² Vale citar que outros nomes já foram suscitados como aportes para a noção de mínimo existencial. Maria Clara Dias alude, dentre outros, à contribuição de Fichte. Cf. DIAS, Maria Clara. **Os direitos sociais básicos**: uma investigação filosófica da questão dos direitos humanos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 35-48. Gustavo Moulin Ribeiro, além de versar sobre as condições materiais para a existência digna nas obras de Rawls e Habermas, cita ainda contribuições de Ronald Dworkin, Otfried Höffe e Philippe Van Parijs. Cf. RIBEIRO, Gustavo Moulin. A cidadania jurídica e a concretização da justiça. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 355-370. Ricardo Lobo Torres, além de versar sobre Rawls e Habermas, traz os estudos de Alexy e de Van Parijs. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 54-63. Por sua vez, Marcelo Tavares fundamenta os direitos humanos a partir de Dworkin. Cf. TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e assistência social**: legitimação e fundamentação constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 41-42. Tocando na relação entre os estudos de Dworkin e os direitos fundamentais, conferir também BINENBOJM, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, **Legitimação dos direitos humanos...**, p. 293-320.

existencial, a fim de constatar que a preocupação com as condições para a existência das pessoas permeia diversas e distintas matrizes filosóficas.

1.1.1 John Rawls: defesa do mínimo social

Os estudos de John Rawls são de grande importância para analisar as razões de existência do Estado, sua legitimidade e seu compromisso com a justiça³. Em 1971, o livro “Uma teoria da justiça” ressuscitou o debate sobre a teoria do contrato social, reavivando a teoria política por meio da combinação da metodologia contratualista com uma visão substantiva de justiça. Trata-se de uma argumentação complexa, derivada das proposições de Kant, Locke e Rousseau.

Na primeira parte de “Uma teoria da justiça”, Rawls afirma que embora a sociedade seja um empreendimento cooperativo, é também marcada por um conflito de interesses⁴. Então, para a comunidade humana ser viável, exige-se o estabelecimento de princípios que ordenem a sociedade, ou seja, de uma concepção de justiça. Nesse sentido, os princípios de justiça “fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social”⁵. Uma

³ A importância da contribuição de Rawls para pensamentos que tratem de teoria da justiça são explicitados por Sebastião Maffettone e Salvatore Veca: “Existe uma ampla e variada controvérsia sobre a natureza das soluções propostas por Rawls às questões de justiça, que diz respeito à coerência, à plausibilidade ou à validade da teoria da justiça como equidade. Em contrapartida, não existe controvérsia significativa sobre a relevância da obra de Rawls, afirmada até por seus críticos mais radicais. Embora nascida dentro de uma tradição filosófica específica, que poderíamos definir, em sentido lato, como ‘analítica’, a teoria de Rawls constituiu nesses anos um ponto de referência obrigatório para a discussão filosófica, mesmo em relação a tradições de pesquisa em filosofia social e política originariamente diferentes” (MAFFETTONE, Sebastião; VECA, Salvatore (Orgs.). **A idéia de justiça de Platão a Rawls**. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. xi).

⁴ “Vamos assumir, para fixar idéias, que uma sociedade é uma associação mais ou menos auto-suficiente de pessoas que em suas relações mútuas reconhecem certas regras de conduta como obrigatórias e que, na maioria das vezes, agem de acordo com elas. Suponhamos também que essas regras especifiquem um sistema de cooperação concebido para promover o bem dos que fazem parte dela. Então, embora uma sociedade seja um empreendimento cooperativo visando vantagens mútuas, ela é tipicamente marcada por um conflito bem como por uma identidade de interesses. Há uma identidade de interesses porque a cooperação social possibilita que todos tenham uma vida melhor da que teria qualquer um de seus membros se cada um dependesse de seus próprios esforços. Há um conflito de interesses porque as pessoas não são indiferentes no que se refere a como os benefícios maiores produzidos pela colaboração mútua são distribuídos, pois para perseguir seus fins cada um prefere uma participação maior a uma menor. Exige-se um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens para selar um acordo sobre as partes distributivas adequadas. Esses princípios são os princípios da justiça social” (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 05).

⁵ Id.

sociedade bem ordenada é aquela “regulada por uma concepção pública de justiça. Isto é, trata-se de uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais básicas⁶ geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios.”⁷

Os princípios de justiça são as primeiras escolhas a serem feitas, pois influenciarão toda a estrutura básica da sociedade⁸. Essa escolha decorre do consenso original (uma releitura do contrato social). Na posição original, equivalente a um “estado de natureza”, as pessoas são livres (independência e ausência de coação) e iguais (igual oportunidade de argumentar e igual valor), sem concepções morais anteriores capazes de patrocinar interesses egoístas. Possuem autonomia racional e um senso de justiça para descobrir os melhores princípios para si e para a cooperação social⁹.

Para assegurar a idéia de igualdade, Rawls afirma ainda que na posição original as pessoas devem estar encobertas pelo “véu da ignorância”. Nessa situação hipotética – que neutraliza o fato do pluralismo¹⁰ – “ninguém conhece seu

⁶ “Por instituição entendo um sistema público de regras que define cargos e posições com seus direitos e deveres, poderes e imunidades, etc. Essas regras especificam certas formas de ação como permissíveis, outras como proibidas; criam também certas penalidades e defesas, e assim por diante, quando ocorrem violações. Como exemplo de instituições, ou, falando de forma mais geral, de práticas sociais, posso pensar em jogos e rituais, julgamentos e parlamentos, mercados e sistemas de propriedade” (Ibid., p. 58).

⁷ Ibid., p. 05.

⁸ “A estrutura básica é entendida como a maneira pela qual as instituições sociais se encaixam num sistema, e a forma pela qual essas instituições distribuem os direitos e deveres fundamentais e moldam a divisão dos benefícios gerados pela cooperação social. Desse modo, a constituição política, as formas legalmente reconhecidas de propriedade e a organização da economia, assim como a natureza da família, são todas parte da estrutura básica” (RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 309).

⁹ As pessoas na posição original devem ser livres e iguais. “Por ‘livres’ Rawls entende não só que as partes na posição original não estão pressionadas nem submetidas a nenhuma obrigação ou limitação anterior, senão que são independentes e autônomas para reivindicar os benefícios da cooperação social. As pessoas não estão limitadas por concepções morais anteriores na consecução de seus próprios interesses. [...] Todas as partes têm ‘igual valor’, têm as mesmas características e estão situadas de maneira igual na posição original” (CAMPBELL, Tom. **La justicia: los principales debates contemporáneos**. Trad. Silvina Álvarez. Barcelona: Gedisa, 2002. p. 109-110. Tradução livre). O modelo de Rawls dirige-se a pessoas que possam contribuir para a distribuição dos benefícios da cooperação social. Considerando esse perfil, Campbell (Ibid., p. 128-129) aponta que pessoas incapacitadas para o trabalho (em razão de enfermidade ou falta de oportunidade) não estão representadas na posição original, eis que deste estado de natureza participam apenas as pessoas com capacidade de fazer parte da sociedade e que devem cumprir com os requisitos mínimos de agentes morais. Aqui a teoria de Rawls pode receber críticas, pois “Permitir que aqueles que não contribuem estejam representados na posição original equivaleria a eliminar as bases para um acordo negociado, mas excluí-los parece desumano [...]. Parece, portanto, que temos um choque entre a lógica da posição original e os sentimentos de justiça que se diz que impregnam o resultado do contrato social” (Ibid., p. 129. Tradução livre).

¹⁰ Rawls refere-se ao “fato do pluralismo”, significando que “em qualquer democracia, há uma enorme diversidade de interesses e pessoas, da mesma forma que variadas perspectivas através das

lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o *status* social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes.”¹¹ São pessoas em condições de igualdade, racionais e que têm as mesmas condições nas propostas e escolhas dos princípios.

Essa condição garante a imparcialidade na escolha dos princípios de justiça. “Portanto, a expressão *justiça como eqüidade* mostra-se apta a transmitir a idéia de que os princípios da justiça são acordados numa situação inicial que é eqüitativa.”¹² O modelo de Rawls, assim, baseia-se na idéia de eqüidade (*fairness*) procedimental da posição original (justiça procedimental pura)¹³. A eqüidade da posição original translada-se para os princípios de justiça nela acordados.

Os princípios de justiça, sobre os quais há consenso¹⁴ na situação inicial¹⁵ e que formam a justiça como eqüidade, são dois¹⁶: “o primeiro exige a igualdade da

quais as pessoas observam e compreendem o mundo” (CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 80). O reconhecimento do pluralismo é feito na obra “O liberalismo político”, em que Rawls passa a afirmar que a sua teoria é apenas uma entre as diversas teorias da justiça possíveis, ou seja, sua concepção deixa de ser metafísica para ser política. “No *liberalismo político*, nosso autor reconhece a presença de variadas concepções liberais e hodiernas, que disputam espaço nos embates políticos. Por isso procura situar a sociedade bem-ordenada não só dentro de um contexto pluralista razoável, mas também especificamente no espectro de concepções políticas liberais de justiça” (BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. Rawls e seus críticos: revisitando a teoria da justiça. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 10, n. 40, jul./set. 2002. p. 201) Nesse sentido, ganha destaque a noção de “consenso sobreposto”, significando que a pluralidade de pessoas endossa uma determinada concepção política de justiça.

¹¹ RAWLS, **Uma teoria da justiça...**, p. 13.

¹² BOQUIMPANI, op. cit., p. 186.

¹³ “Delineados os princípios, a justiça na distribuição dos bens primários passa a ser uma questão de justiça procedimental pura. O resultado, qualquer que seja ele, deve ser considerado justo desde que o procedimento tenha sido observado. Não há critério independente para se aferir a correção do resultado da distribuição. Mas, para que se possa falar em justiça procedimental pura, é imprescindível que haja um sistema justo de instituições” (RIBEIRO, op. cit., p. 343-344).

¹⁴ “Na procura da descrição mais adequada dessa situação inicial trabalhamos a partir dos dois extremos. Começamos por descrevê-la de modo que represente condições geralmente partilhadas e preferivelmente genéricas. Observamos então se essas condições têm força suficiente para produzir um conjunto significativo de princípios. Em caso negativo, procuramos outras premissas igualmente razoáveis. Mas em caso afirmativo, e se esses princípios correspondem às nossas ponderadas convicções sobre a justiça, então até este ponto tudo está correto. Deve-se, porém, supor que haverá discrepâncias. Nesse caso temos uma escolha. Podemos ou modificar a avaliação da situação inicial ou revisar nossos juízos atuais, pois até mesmo os julgamentos que provisoriamente tomamos como pontos fixos estão sujeitos a revisão. Por meio desses avanços e recuos, às vezes alterando as condições das circunstâncias em que se deve obter o acordo original, outras vezes modificando nossos juízos e conformando-os com os novos princípios, suponho que acabaremos encontrando a configuração da situação inicial que ao mesmo tempo expresse pressuposições razoáveis e produza princípios que combinem com nossas convicções devidamente apuradas e ajustadas. A esse estado de coisas eu me refiro como equilíbrio reflexivo. Trata-se de um equilíbrio porque finalmente nossos princípios e opiniões coincidem; e é reflexivo porque sabemos com quais princípios nossos julgamentos se conformam e conhecemos as premissas das quais derivam” (RAWLS, **Uma teoria da justiça...**, p. 22-23).

¹⁵ Os princípios de justiça que formam a justiça como eqüidade se sustentam mesmo após retirado o véu da ignorância. A justificação pública dessa justiça ocorre quando se realiza o consenso

atribuição de deveres e direitos básicos, enquanto o segundo afirma que as desigualdades econômicas e sociais, por exemplo desigualdades de riqueza e autoridade, são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade.”¹⁷

Eis o enunciado dos princípios:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.¹⁸

O primeiro princípio (princípio da liberdade) tem primazia sobre o segundo, e por isso Rawls é considerado um liberal. As liberdades básicas referidas são “a liberdade de pensamento e a liberdade de consciência, as liberdades políticas e a liberdade de associação, bem como as liberdades incluídas na noção de liberdade e de integridade da pessoa e, finalmente, os direitos e liberdades protegidos pelo Estado de direito.”¹⁹ Tais liberdades básicas devem ser distribuídas igualmente, a fim de alcançar-se a maximização da liberdade individual. Admite-se diferenciação apenas para beneficiar os menos favorecidos.

Entra em cena, então, o segundo princípio (que não é formulado como um direito²⁰), denominado “princípio da diferença”. “A idéia intuitiva é de que a ordem social não deve estabelecer e assegurar as perspectivas mais atraentes dos que estão em melhores condições a não ser que, fazendo isso, traga também vantagens para os menos afortunados.”²¹ O princípio da diferença interpreta-se da seguinte

sobreposto, “que se dá quando os cidadãos razoáveis endossam e publicamente justificam a concepção política de justiça, associando-a às suas diversas visões razoáveis acerca da vida digna”, aos juízos morais de suas próprias concepções de mundo (CITTADINO, op. cit., p. 102-103). “O consenso justaposto seria, neste sentido, apenas um processo de observação mútua, através do qual cada cidadão leva em consideração os demais, reconhecendo que eles possuem doutrinas compreensivas razoáveis que subscrevem esta concepção política de justiça” (Ibid., p. 104). Sobre o consenso sobreposto, cf. BARBOSA, Ana Paula Costa. A legitimação moral da dignidade humana e dos princípios de direitos humanos. In: TORRES, **Legitimação dos direitos humanos...**, p. 144-148.

¹⁶ Inicialmente são escolhidos os dois princípios de justiça que regerão as instituições subseqüentes. A partir de então serão escolhidas a Constituição e a legislatura para elaboração das leis, tendo sempre como pauta os princípios de justiça enunciados.

¹⁷ RAWLS, **Uma teoria da justiça...**, p. 16.

¹⁸ Ibid., p. 64.

¹⁹ RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 145.

²⁰ ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos fundamentales**. Bogotá: Legis, 2005. p. 241.

²¹ RAWLS, **Uma teoria da justiça...**, p. 80.

maneira: “As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de modo a serem ao mesmo tempo (a) para o maior benefício esperado dos menos favorecidos e (b) vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades.”²²

Esse princípio relaciona-se com a distribuição dos bens na sociedade e determina que a todos deve ser garantida uma posição de igual oportunidade. Revela-se instrumento de reparação das desigualdades não merecidas. “Deve-se oferecer, portanto, um tratamento especializado àquelas pessoas oriundas de posições sociais desfavoráveis e àqueles com menos dotes inatos”²³.

Rawls admite haver tendência ao acúmulo de riqueza e poder, distorcendo a igualdade de oportunidades. Propõe, então, que o Estado supervisione a atividade econômica, de modo a preservar a igualdade eqüitativa de oportunidades, inclusive garantindo um mínimo social²⁴:

[...] suponho que há uma igualdade de oportunidades que é eqüitativa (em oposição a uma igualdade formal). Isso significa que, além de manter as formas habituais de despesas sociais básicas, o governo tenta assegurar oportunidades iguais de educação e cultura para pessoas semelhantemente dotadas e motivadas, seja subsidiando escolas particulares seja estabelecendo um sistema de ensino público. Também reforça e assegura a igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e na livre escolha de trabalho. Isso se consegue por meio da fiscalização de empresas e associações privadas e pela prevenção do estabelecimento de medidas monopolizantes e de barreiras que dificultem o acesso às posições mais procuradas. Por último, o governo garante um mínimo social, seja através de um salário-família e de subvenções especiais em casos de doença e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos tais como um suplemento gradual de renda (o chamado imposto de renda negativo).²⁵

Assim, “A posição eqüitativa de oportunidades é um conjunto de condições materiais mínimas que Rawls reconhece como pressuposto não apenas do princípio da diferença mas também do primeiro princípio, o da liberdade, uma vez que a

²² Ibid., p. 88. É importante ressaltar que a igualdade de oportunidades é anterior ao princípio da diferença. “Em outras palavras, uma vez que se tenham maximizado as liberdades básicas até o nível mais alto compatível com sua igual distribuição, as distribuições desiguais de outros bens poderão ser introduzidas se tiverem o efeito de maximizar a porção que corresponde ao grupo dos menos favorecidos (a estratégia ‘maximin’), sempre que exista uma genuína igualdade de oportunidades com respeito às desigualdades permitidas pelo princípio da diferença” (CAMPBELL, op. cit., p. 114. Tradução livre).

²³ RIBEIRO, op. cit., p. 344.

²⁴ Logo, utiliza “o princípio da diferença para justificar os impostos a membros mais favorecidos da sociedade com o fim de proporcionar um ‘mínimo social’ de recursos para o grupo dos menos favorecidos, através do que chama de direção de ‘transferências’ do governo” (CAMPBELL, op. cit., p. 126. Tradução livre).

²⁵ RAWLS, **Uma teoria da justiça...**, p. 303-304.

carência daquele *mínimo existencial* inviabiliza a utilização pelo homem das liberdades que a ordem jurídica lhe assegura.”²⁶

Rawls alude a um mínimo social também ao tratar do problema da justiça entre gerações. Defende que a geração presente realize uma poupança para capacitar a geração futura, estendendo as perspectivas dos menos favorecidos e garantindo-lhes um mínimo social. “Cada geração deve não apenas preservar os ganhos de cultura e civilização, e manter intactas aquelas instituições justas que foram estabelecidas, mas também poupar a cada período de tempo o valor adequado para a acumulação efetiva de capital real.”²⁷ O mínimo social, montante do investimento, “deve ser fixado no ponto que, levando-se em conta os salários, maximize as expectativas do grupo menos favorecido.”²⁸

Apesar de estar afirmado o mínimo social para a satisfação das necessidades básicas, trata-se de assunto para a legislação justa. Isso porque as liberdades básicas podem ser garantidas a toda pessoa, mas as posições econômicas e sociais, não. Os indivíduos não têm expectativa legítima sobre uma parcela na distribuição de bens, nem sequer a um nível mínimo estabelecido pelo princípio da diferença. “Como o mínimo social implica a distribuição de bens e entradas econômicas, agrega-se ao segundo princípio de justiça, que regula as questões de desigualdades sociais e econômicas. O mínimo social cai, assim, na órbita de competências do legislador.”²⁹

A noção de mínimo social passa a assumir prioridade em “O Liberalismo Político”, obra publicada em 1993, em que Rawls expressa: “o primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdades básicos e iguais, pode facilmente ser precedido de um princípio lexicamente anterior, que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos à medida que a satisfação dessas necessidades seja necessária para que os cidadãos entendam e tenham condições de exercer de forma fecunda esses direitos e liberdades.”³⁰ Somente assegurando o mínimo social os indivíduos podem compreender e fruir direitos e liberdades. A idéia é que “abaixo de certo nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as

²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, **Legitimação dos direitos humanos...**, p. 114.

²⁷ RAWLS, **Uma teoria da justiça...**, p. 315.

²⁸ Id.

²⁹ ARANGO, op. cit., p. 242. Tradução livre.

³⁰ RAWLS, **O liberalismo político...**, p. 49.

peças simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais.”³¹

Na mesma obra, o autor traça a distinção entre o mínimo social para a satisfação das necessidades básicas e o princípio da diferença. O mínimo social passa a ser “um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo, ao passo que o desenvolvimento do princípio da diferença continua sendo de competência do legislador. A consequência jurídica desta diferenciação é o reconhecimento da natureza constitucional da garantia do mínimo existencial”³².

Pela sua imprescindibilidade para o exercício da liberdade, o mínimo social é situado fora da estrutura dos dois princípios, como um pressuposto lógico da construção³³. Nesse sentido, cada homem deve dispor de um conjunto mínimo de condições materiais para que a decisão no estado original seja verdadeiramente equitativa³⁴. Embora o mínimo social passe a ser um conteúdo constitucional essencial – o que significa estar subtraído da competência dispositiva do legislador e ser obrigatório seu reconhecimento pelos juizes – não resta claro se se trata de um direito fundamental³⁵.

Tom Campbell³⁶, analisando os contributos de John Rawls, afirma ser um ponto positivo na teoria a relação entre justiça e bem-estar, sendo que a justiça mantém laços firmes com o tratamento das pessoas mais necessitadas. Bem-estar identificado, aqui, com o fato de proporcionar aos indivíduos as oportunidades para desenvolver suas capacidades como agentes racionais ou morais.

Nesse sentido, relevante nos estudos de Rawls é a conciliação dos direitos para a eleição humana com um grande interesse pelos membros menos afortunados da sociedade. O princípio da diferença cuida para que as desigualdades sejam permitidas apenas para beneficiar pessoas menos favorecidas. Trata-se de tendência igualitária interessante, calcada na solidariedade.

³¹ Ibid., p. 213.

³² BARCELLOS, op. cit., p. 115. Cf. RAWLS, **O liberalismo político...**, p. 279.

³³ BARCELLOS, op. cit., p. 116.

³⁴ Ibid., p. 112.

³⁵ “Não é claro se a quem corresponde o mínimo social em virtude dos ‘conteúdos constitucionais essenciais’ de uma ordem democrática constitucional, tem um direito fundamental a dito mínimo social” (ARANGO, op. cit., p. 251. Tradução livre). A respeito da discussão sobre as razões de Rawls não ter (intencionalmente?) deixado claro se o mínimo social é um direito básico, cf. ARANGO, op. cit., p. 251-254.

³⁶ CAMPBELL, op. cit., p. 123-130.

Também na obra mais recente de Rawls, “O direito dos povos”³⁷, de 1999, encontra-se referência a um mínimo de respeito aos direitos do homem. Aqui a concepção política de justiça como equidade é aplicada ao plano internacional. Almeja-se “validar um padrão de equidade entre os povos a partir de um sistema de cooperação mútua, semelhante ao caso interno, que permita que eles alcancem um nível de qualidade de vida para os seus cidadãos de acordo com uma concepção de justiça política razoável e com o pluralismo razoável.”³⁸

Rawls pretende, no cenário da sociedade dos povos, por meio de princípios de justiça, alcançar uma paz democrática, combatendo a injustiça política, exemplificada pela “guerra injusta e a opressão, a perseguição religiosa e a negação da liberdade de consciência, a fome e a pobreza, para não mencionar o genocídio e o assassinato em massa.”³⁹

A realização da paz democrática se sujeita a algumas condições, que devem ser cumpridas pelos povos. Dentre elas destacam-se: (i) igualdade de oportunidades, principalmente na educação, para que todos possam participar das deliberações públicas; (ii) distribuição de renda, garantindo aos cidadãos os meios necessários para bem utilizar suas liberdades básicas; e (iii) assistência médica básica universal. Rawls mostra preocupação com um ambiente em que os indivíduos possam efetivamente realizar seus planos de vida, tendo asseguradas condições materiais mínimas.

Na posição original, os povos (e não os Estados)⁴⁰ escolhem os princípios de justiça que ordenarão a sociedade dos povos. A posição original no plano internacional ganha os seguintes contornos:

³⁷ RAWLS, John. **O direito dos povos**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

³⁸ BRAGA, Leonardo Carvalho. **A justiça internacional e o dever de assistência no “direito dos povos” de John Rawls**. Rio de Janeiro, 2003. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. p. 61.

³⁹ RAWLS, **O direito dos povos...**, p. 07-08.

⁴⁰ Os Povos possuem características que os Estados não apresentam. “Para Rawls, os Estados ainda são considerados atores racionais preocupados com o poder e movidos sempre por seus interesses básicos. Dessa forma, o ambiente internacional é caracterizado por uma anarquia em que os Estados lutam entre si por poder, glória e honra, tentando garantir cada qual uma posição melhor que a do outro” (BRAGA, op. cit., p. 68). Essa concepção de Estado não é adequada para os moldes da sociedade dos povos pretendidos por Rawls, alcançando a paz democrática. Adequados são os povos, que, além de serem racionais, são razoáveis, ou seja, não são movidos unicamente pela racionalidade egoísta. Os povos buscam “proteger o seu território, garantir a segurança dos seus cidadãos, preservar suas instituições políticas livres e as liberdades e a cultura livre da sua sociedade civil” (RAWLS, **O direito dos povos...**, p. 38).

Os povos são considerados racionais e razoáveis e, portanto, capazes de determinar os seus interesses próprios e ao mesmo tempo, capazes de cooperarem entre si ao estabelecerem conjuntamente os princípios de justiça para a sociedade por eles formada. Além disso, os povos estão também cobertos pelo véu da ignorância. Assim, eles não conhecem o tamanho de seu território, a população ou a força relativa uns dos outros, como também desconhecem a condição de seus recursos naturais e o nível de desenvolvimento econômico que possuem. Dessa maneira, os povos vêem a si mesmos como livres e iguais por gozarem de posição eqüitativa no momento de escolha dos princípios que nortearão a Sociedade dos Povos. Rawls entende que de acordo com essa situação os povos estão simetricamente dispostos em relação uns aos outros, o que garante a imparcialidade na escolha dos princípios de justiça entre eles.⁴¹

Rawls refere-se a cinco tipos de povos: liberais razoáveis, decentes, Estados fora da lei, sociedades sob o ônus de condições desfavoráveis e absolutismos benevolentes. Afirma que apenas os dois primeiros podem compor a sociedade dos povos.

Os povos liberais identificam-se por três caracteres. O primeiro é a “representação de um governo constitucional razoavelmente justo que, de acordo com Rawls, é aquele governo cujo povo detém de modo eficaz o seu controle político e eleitoral, tem os seus interesses fundamentais defendidos e está amparado por uma constituição escrita ou não-escrita.”⁴² A segunda marca advém das afinidades comuns que ligam os cidadãos do povo, e a terceira trata do caráter moral, que permite que os povos liberais sejam razoáveis e racionais.

Já os povos decentes, definidos pela presença de uma hierarquia de consulta decente⁴³, devem observar dois critérios para fazer parte da sociedade dos povos. Interessa para o presente estudo apenas a primeira parte do segundo critério, que diz respeito à garantia aos cidadãos da manutenção e preservação dos direitos humanos. Ao explicitar alguns desses direitos⁴⁴, Rawls refere-se aos meios de subsistência, como decorrentes do direito à vida. Identifica-se novamente preocupação com a satisfação das condições elementares de vida das pessoas.

⁴¹ BRAGA, op. cit., p. 80.

⁴² Ibid., p. 71.

⁴³ A hierarquia de consulta decente é formada “por uma família de corpos representativos dos cidadãos cujo papel é o de participar de um processo de consulta estabelecido e fazer com que a idéia de justiça do bem comum particular a cada povo seja respeitada e efetivada dentro de seus limites” (Ibid., p. 74).

⁴⁴ Trata-se do “direito à vida (aos meios de subsistência e segurança); à liberdade (à liberação de escravidão, servidão e ocupação forçada, e a uma medida de liberdade de consciência suficiente para assegurar a liberdade de religião e pensamento); à propriedade (propriedade pessoal) e à igualdade formal como expressa pelas regras da justiça natural (isto é, que casos similares devem ser tratados de maneira similar)” (RAWLS, **O direito dos povos...**, p. 85).

Os “povos bem-ordenados livres e independentes estão prontos a reconhecer princípios básicos de justiça política como governando a sua conduta. Esses princípios constituem a carta básica do Direito dos Povos.”⁴⁵ São oito os princípios do direito dos povos, cabendo destacar o último deles: “Os povos têm o dever de assistir outros povos vivendo sob condições desfavoráveis que os impeçam de ter um regime político e social justo ou decente.”⁴⁶ Interessa por dizer respeito a elementos para a assistência entre os povos em tempos difíceis – fome e seca, por exemplo – de modo a garantir, na medida do possível, a satisfação das necessidades básicas das pessoas⁴⁷.

Encerrando o esboço de fragmentos da teoria rawlsiana, percebe-se que o referido “mínimo social” equivale ao “mínimo existencial” a que se dedica este estudo. Viu-se que em “Uma teoria da justiça” o mínimo social aparece vinculado ao princípio da diferença, que, por sua vez, relaciona-se com a distribuição dos bens na sociedade e determina que a todos deve ser garantida uma posição de igual oportunidade. Nesse sentido, cabe a garantia, pelo Estado, de um mínimo social.

Restou afirmado em “O Liberalismo Político” que a noção de mínimo social assume lugar de destaque na teoria de Rawls, sendo compreendido como elemento constitucional essencial, distinto do princípio da diferença. A percepção da imprescindibilidade do mínimo existencial para o exercício da liberdade transforma-o em pressuposto lógico da construção teórica.

Já na obra “O direito dos povos”, a satisfação de condições existenciais aparece como dever a ser cumprido pelos povos, para que os indivíduos possam efetivamente realizar seus planos de vida. A preocupação com um mínimo existencial aparece também no fato de uma das condições para os povos integrarem o projeto da sociedade dos povos é a manutenção e preservação dos direitos humanos, dentre os quais se destacam os meios de subsistência, decorrentes do direito à vida. Por fim, Rawls indica um dever de assistência mútua entre os povos em tempos difíceis de modo a garantir, na medida do possível, a satisfação das necessidades básicas de seus integrantes.

Por essas observações, resta evidenciada a importância das contribuições de John Rawls para a afirmação de um dever de satisfação das condições materiais

⁴⁵ Ibid., p. 48.

⁴⁶ Id.

⁴⁷ Ibid., p. 49.

mínimas para a existência humana e, além disso, para a caracterização de uma sociedade como justa.

1.1.2. Friedrich Hayek: garantia de uma renda mínima

Friedrich Hayek defende um Estado mínimo, limitado às funções de proteção contra a força e de fiscalização do cumprimento de contratos. No seu entender, as liberdades e os direitos do homem são violados quando se obriga a ajudar o próximo ou se impõem princípios de distribuição de bens⁴⁸.

No segundo volume de “Direito, legislação e liberdade”, denominado “A miragem da justiça social”, publicado em 1976, o autor critica de forma veemente a compreensão dada à justiça social ou distributiva, no sentido de tratar os indivíduos conforme seu merecimento, visando à “justa” distribuição dos bens.

Sustenta que a exigência de justiça social, reivindicação aos membros da sociedade para que “se organizem de modo a possibilitar a distribuição de cotas do produto da sociedade aos diferentes indivíduos ou grupos”⁴⁹, configura verdadeira injustiça.

O autor admite que o modo como os benefícios e ônus são distribuídos na sociedade pode gerar um sentimento de “injustiça”. Contudo, esse desconforto não se trata propriamente de injustiça, tendo em vista que os efeitos prejudiciais não foram desejados nem previstos⁵⁰; não há a quem atribuir um dever de reparação.

Ainda, é preciso considerar que os indivíduos são livres para utilizar suas capacidades e perseguir os fins que desejam. Os resultados obtidos, assim, não podem ser imputáveis a alguém como injustos⁵¹. Ademais, o esforço em favor da justiça social pode produzir conseqüências indesejadas, como a diminuição da

⁴⁸ FARIA, José Eduardo. Prefácio. In: CITTADINO, op. cit., p. xix.

⁴⁹ HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985. v. 2 – A miragem da justiça social. p. 82.

⁵⁰ Id.

⁵¹ Hayek (Ibid., p. 90) compara a recompensa dos indivíduos a um jogo: “Como todos os jogos, ele se processa segundo normas que orientam as ações dos vários participantes cujos objetivos, habilidades e conhecimentos são diferentes, com a conseqüência de que o resultado será imprevisível e de que sempre haverá ganhadores e perdedores. E embora, como num jogo, estejamos certos ao insistir em que ele seja limpo e que ninguém trapaceie, seria insensato exigir que os resultados obtidos pelos diferentes jogadores fossem justos. Eles serão necessariamente determinados em parte pela habilidade e em parte pela sorte.”

liberdade individual⁵², pois teriam de ser controladas, em última instância, todas as circunstâncias capazes de influir no bem-estar das pessoas.

Em relação aos direitos a prestações, Hayek entende que não podem ser formulados em abstrato, sem determinar a quem compete fornecer bens e serviços⁵³. Não tem sentido impor à sociedade (abstratamente considerada) o dever de prover a subsistência de todos, indistintamente⁵⁴. A aplicação dos direitos sociais destruiria a ordem liberal que consagra os direitos civis. Na opinião do autor, normas de conduta justa nunca podem conferir a um indivíduo direito a coisas específicas; podem apenas propiciar oportunidades para a conquista dessas coisas⁵⁵.

Trazer as idéias de Hayek interessa para o presente estudo para salientar que mesmo em uma compreensão tão liberal encontra-se a idéia da proteção de condições mínimas para a existência das pessoas. O autor afirma claramente que “Não há razão para que, numa sociedade livre, o governo não garanta a todos proteção contra sérias privações sob a forma de uma renda mínima garantida, ou um nível abaixo do qual ninguém precise descer.”⁵⁶

A garantia de uma renda mínima para aqueles que são incapazes de obter, no mercado, o suficiente para sua manutenção não configuraria restrição da liberdade ou conflito com o estado de direito. A idéia é possibilitar que os indivíduos sejam livres para alcançar os resultados que suas habilidades e sua sorte determinarem. Nesse caso, há um dever do governo (dirigido a alguém específico, portanto) de propiciar produtos e serviços para tal finalidade.

O que o autor rechaça é a remuneração por serviços prestados, mediante ordem emanada de uma autoridade (do tipo “deve-se remunerar X com N”), tendo em vista que acarreta a suspensão do “mecanismo impessoal do mercado, que orienta a direção dos esforços individuais.”⁵⁷ O mercado deve ser preservado, pois garante o bem-estar e a liberdade das pessoas. A renda mínima, nesse sentido, propicia o acesso ao mercado, servindo, portanto, à liberdade.

⁵² Ibid., p. 86.

⁵³ Ibid., p. 123-128.

⁵⁴ “Não tem obviamente sentido defini-los [os direitos positivos] como direitos a serem garantidos pela ‘sociedade’, visto que a ‘sociedade’ é incapaz de pensar, agir, avaliar ou ‘tratar’ alguém de maneira específica” (Ibid., p. 125).

⁵⁵ Ibid., p. 127.

⁵⁶ HAYEK, op. cit., p. 108. Continua o autor (Ibid., p. 109): “Participar desse seguro contra o extremo infortúnio pode ser do interesse de todos; ou pode-se considerar que todos têm o claro dever moral de assistir, no âmbito da comunidade organizada, os que não podem se manter.”

⁵⁷ Ibid., p. 109.

1.1.3. Michael Walzer: proteção universal e comunitária de direitos mínimos

As contribuições de Michael Walzer também indicam a defesa de um núcleo mínimo de direitos inerentes à sobrevivência do homem. O autor preocupa-se com a organização de uma sociedade justa, caracterizada pela ausência de subordinação ou dominação. Enfatiza a comunidade em detrimento do indivíduo, questionando a validade de concepções universais de sujeito e de justiça que ignoram a multiplicidade das identidades presentes na sociedade⁵⁸.

Na obra “Esferas da Justiça”, publicada originalmente em 1983, Walzer expõe seu posicionamento: evidenciando a multiplicidade, defende que “os princípios da justiça são pluralistas na forma; que os diversos bens sociais devem ser distribuídos por motivos, segundo normas e por agentes diversos; e que toda essa diversidade provém das interpretações variadas dos próprios bens sociais – o inevitável produto do particularismo histórico e cultural.”⁵⁹

Para entender como devem ser distribuídos os bens sociais, é preciso passar, rapidamente, pela teoria dos bens elaborada por Walzer, composta de seis premissas⁶⁰. (i) Os bens de que trata a justiça distributiva são sociais, não podendo ser compreendidos individualmente. (ii) Os indivíduos assumem identidades concretas advindas de suas relações com os bens sociais. (iii) Não há um conjunto de bens essenciais para todos os mundos morais e materiais, pois os bens recebem significados distintos em cada comunidade. (iv) Os significados dos bens determinam a forma de sua distribuição. (v) Sendo históricos os significados, as formas de distribuição igualmente mudam ao longo do tempo. (vi) Os bens sociais constituem esferas distributivas com critérios e princípios próprios.

Para lidar com a multiplicidade de bens e de critérios de distribuição, Walzer constrói a teoria da igualdade complexa⁶¹. Cada bem social (poder político, honra,

⁵⁸ Walzer enuncia que a sociedade contemporânea é marcada pela multiplicidade de bens, que implica uma multiplicidade de métodos, agentes e critérios de distribuição desses bens. Nessa esteira, “jamais houve um critério único, ou conjunto único de critérios interligados, para todas as distribuições” (WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 03). Desta feita, o autor recusa a noção de um único critério de justiça, distanciando-se do posicionamento de Rawls.

⁵⁹ Ibid., p. 05.

⁶⁰ Ibid., p. 06-10.

⁶¹ “A argumentação pela igualdade complexa começa com nossa interpretação – isto é, nossa interpretação real, concreta, positiva e particular – dos diversos bens sociais. Em seguida, passa a uma teoria do modo como nos relacionamos uns com os outros por intermédio desses bens. A igualdade simples é uma situação distributiva simples: se tenho quatorze chapéus e você tem

dinheiro, saúde, lazer, trabalho e educação, por exemplo) deve ser distribuído conforme as concepções compartilhadas na comunidade. “Culturas diferentes elaboram significados diversos acerca dos bens sociais e os distribuem através de distintos princípios e agentes.”⁶²

Um conjunto de bens sociais forma uma esfera autônoma, dotada de critério peculiar de distribuição. A justiça é a distribuição distinta desses bens considerando o particular valor que possuem. Não considerar os diferentes critérios das diferentes esferas de bens sociais significa tirania.

O autor busca evitar que uma esfera domine as demais. A igualdade complexa, então, estabelece a vedação de domínio dos diferentes processos distributivos, pois a posse de um bem não pode contaminar as demais esferas da justiça⁶³. “Em termos formais, a igualdade complexa significa que a situação de nenhum cidadão em uma esfera ou com relação a um bem social pode definir sua situação em qualquer outra esfera, com relação a qualquer outro bem.”⁶⁴

Para evitar a dominação e, conseqüentemente, a injustiça, deve-se impedir a conversibilidade dos bens, mantendo as esferas e seu critério de distribuição autônomos. Afinal, a injustiça “aparece quando um bem social predominantemente viola a autonomia destas esferas e rompe com a significação do processo distributivo.”⁶⁵

quatorze chapéus, somos iguais. E será excelente se os chapéus forem predominantes, pois então a nossa igualdade se amplia a todas as esferas da vida social. Da perspectiva que adoto aqui, porém, temos simplesmente o mesmo número de chapéus, e é improvável que os chapéus sejam predominantes por muito tempo. A igualdade é uma relação complexa de pessoas, mediadas por bens que criamos, compartilhamos e dividimos entre nós; não é uma identidade de posses. Requer, então, uma diversidade de critérios distributivos que expresse a diversidade de bens sociais” (Ibid., p. 21).

⁶² CITTADINO, op. cit., p. 123.

⁶³ Nesse sentido, é importante notar que a igualdade complexa “é uma moralidade simultaneamente descritiva e normativa. Descritiva, porque representa o pluralismo actual dos bens sociais e dos seus processos distributivos, defendendo ‘a diferença numa sociedade diferenciada’. É, também, um ideal normativo porque ‘se as pessoas participassem verdadeiramente no processo de distribuição dos bens e defendessem com êxito a autonomia de cada esfera de justiça’, seriam livres, iguais e solidárias” (COSTA, Maria de Fátima Machado da. **Michael Walzer: a teoria da guerra justa e o terrorismo**. Braga, 2005. Dissertação (Mestrado em Filosofia), Departamento de Filosofia e Cultura da Universidade do Minho. Disponível em: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/5658/2/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20F%C3%A1tima%20Machado%20Costa.pdf>> Acesso em: 09 set. 2008).

⁶⁴ Ibid., p. 23. “*Nenhum bem social x será distribuído a quem possua outro bem y meramente porque possui y e sem consideração ao significado de x*” (WALZER, op. cit., p. 25).

⁶⁵ CITTADINO, op. cit., p. 126.

Walzer indica três critérios de distribuição de bens: a troca em um mercado livre (através do dinheiro), o mérito e a necessidade⁶⁶. Há, ainda, um quarto critério caracterizado, em verdade, como a ausência de critério. Abrange bens aos quais o acesso deve ser irrestrito e geral.

Aqui se colhe algo interessante: “Com efeito, ao enunciar os critérios de acesso às diferentes esferas no âmbito das democracias liberais ocidentais, Walzer identifica (i) a necessidade como critério à assistência social e (ii) a igualdade simples como via de acesso à educação básica.”⁶⁷

Indica-se que a esfera da segurança e do bem-estar social, que envolve prestações comunitárias (água, alimentos, saúde pública e sistema de justiça, por exemplo), rege-se pelo princípio da necessidade: “seja qual for a decisão final, sejam quais forem os motivos, fornece-se segurança porque os cidadãos precisam dela. E já que, em certo nível, todos precisam dela, o critério da necessidade continua sendo padrão fundamental [...], mesmo que não seja possível definir prioridade e grau.”⁶⁸ Ainda, pela importância da educação fundamental na vida das pessoas, trata-se de bem a ser distribuído para todos⁶⁹. Percebe-se a preocupação do autor com o amplo acesso a algumas condições elementares à vida dos cidadãos.

A obra de Walzer enfatiza a dimensão social ou coletiva do indivíduo, “que se forma no âmbito da comunidade política com a qual o indivíduo compartilha memórias, valores e perspectivas de futuro.”⁷⁰ Entretanto, na obra “*Thick and Thin: Moral argument at home and abroad*”, de 1994, a marca do relativismo é amenizada.

Apesar das múltiplas culturas, identifica-se uma moralidade mínima entre os membros das diversas comunidades; afinal, todos são humanos. Assim, são diferenciadas duas porções de argumentos morais: “A primeira (*Thin*) é a moralidade mínima⁷¹ ou nuclear, associada ao aspecto universal do indivíduo, que é sua própria

⁶⁶ WALZER, op. cit., p. 25-32.

⁶⁷ BARCELLOS, op. cit., p. 122.

⁶⁸ WALZER, op. cit., p. 90.

⁶⁹ Ibid., p. 269-309.

⁷⁰ BARCELLOS, op. cit., p. 118. Cf. WALZER, op. cit., p. 19.

⁷¹ Importa “sublinhar (embora já devesse ser evidente) que ‘minimalismo’ não descreve uma moralidade que é substantivamente menor ou emocionalmente superficial. É mais provável que o oposto seja verdadeiro: esta é uma moralidade profunda” (WALZER, Michael. **Thick and Thin: moral argument at home and abroad**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2002. p. 06. Tradução livre).

humanidade. Ao lado desta, há a moralidade máxima ou plena (*Thick*), que decorre da vida comunitária.”⁷²

A moralidade mínima relaciona-se a valores comuns compartilhados por qualquer ser humano, independentemente de sua cultura. Esse universalismo moral deve ser entendido em termos mínimos e delgados (*thin*), uma vez que os elementos comuns são limitados, em face da pluralidade e da singularidade dos modos organizacionais e dos significados sociais atribuídos aos bens. Por sua vez, a moralidade densa vincula-se aos valores de pessoas que compartilham uma história e uma cultura; trata-se da densificação dos valores comuns.

Com efeito, o universalismo minimalista trata apenas de características reiteradas das moralidades particulares densas ou máximas⁷³ ou da abstração de práticas reiteradas⁷⁴. Então, a moralidade mínima não é imposta, visto provir de entendimentos partilhados repetidos nas comunidades. Por essa razão, o maximalismo precede o minimalismo⁷⁵, pois os significados minimalistas estão arraigados na moralidade máxima⁷⁶. A moralidade mínima deve ser entendida em conexão com o particularismo, visto que revela a existência de uma justaposição de aspectos comuns das moralidades densas.

Portanto, há um núcleo de valores comuns, mas que deve ser compreendido em conjunto com sua forma de realização nas diferentes culturas. Os direitos humanos compõem a moralidade mínima, mas não se pode olvidar que é na qualidade de membro de uma determinada comunidade que os indivíduos gozam de seus direitos. Desta feita, a distinção entre moralidade mínima e máxima concilia direitos universais com uma posição particularista. Esse dualismo passa a ser elemento interno marcante da moralidade⁷⁷, que advém da própria caracterização da

⁷² BARCELLOS, op. cit., p. 123.

⁷³ WALZER, **Thick and Thin...**, p. 10.

⁷⁴ Ibid., p. 15.

⁷⁵ Ibid., p. 13.

⁷⁶ Ibid., p. 03. Nesse sentido, pode-se perceber clara divergência entre os pensamentos de Rawls e Walzer. “Em Walzer, verdade e justiça não são proposições abstractas, mas produtos de uma sociedade determinada. A justiça não precede o bem nem determina quais as concepções de bem que são admissíveis numa sociedade bem ordenada, uma vez que os princípios da justiça não podem ser anteriores nem exteriores aos significados sociais e às concepções de bem e de vida boa partilhados por uma determinada comunidade. Walzer rejeita que um conjunto de princípios universais mínimos previamente estabelecidos, numa qualquer construção hipotética e experimental, se possam adaptar depois a comunidades históricas particulares, organizadas densa (*thick*) e maximalmente” (COSTA, op. cit.).

⁷⁷ WALZER, **Thick and Thin...**, p. 04.

sociedade humana (que é universal por ser humana e particular por ser sociedade)⁷⁸.

Pinça-se a camada relativa à moralidade mínima como objeto de interesse para o presente estudo, pois “o autor acaba por identificá-la com um conjunto de direitos básicos do homem, dentre os quais estariam as condições materiais elementares que possibilitam aos indivíduos participar efetivamente da comunidade. Essa moralidade mínima funcionaria como um limite ao poder deliberativo da sociedade.”⁷⁹

Com efeito, embora Walzer não trate expressa ou diretamente de um mínimo existencial, “em vários momentos, em ambas as obras referidas, acaba por reconhecer que há um conjunto de direitos mínimos do homem que decorrem de sua humanidade, daí sua universalidade, sem os quais o indivíduo perde a capacidade de se tornar membro da comunidade e de compartilhar o que quer que seja com os demais homens.”⁸⁰

Ainda, é possível utilizar a conciliação do universal com o particular, proposta por Walzer, no tratamento do mínimo existencial. Protege-se um conjunto universal de bens, mas o modo de realizar tal proteção depende de cada contexto (econômico, social, político, cultural), entendimento que se mostrará relevante ao se questionar a possibilidade de estabelecer um conjunto de condições materiais mínimas válido universalmente.

1.1.4. Jürgen Habermas: a autonomia requer direitos básicos

Referência a direitos básicos do ser humano encontra-se também na obra de Jürgen Habermas. A teoria – crítica, herança da Escola de Frankfurt – elaborada pelo autor é bastante complexa, envolvendo elementos como linguagem, racionalidade, política, moral e direito. Diante de obra filosófica tão abrangente, e

⁷⁸ Ibid., p. 08.

⁷⁹ BARCELLOS, op. cit., p. 124. A moralidade universal mínima assume, essencialmente, formas negativas, tais como não matar, não torturar, não oprimir. As afirmações são experimentadas de formas diversas nas comunidades, por isso que apenas a negação poderia ser universal. Essa moralidade mínima serve de limite também à moralidade maximalista, na medida em que esta não pode violar aquela. Por exemplo, o direito à vida, universalmente reconhecido por meio da proibição unânime de matar, tem de se sobrepor a outros direitos ou entendimentos particulares. Entretanto, o universalismo reiterativo deve servir de orientação, mas sem se sobrepor à diversidade da humanidade.

⁸⁰ Ibid., p. 125.

considerando os objetivos da presente pesquisa, cabe apenas pinçar temas que revelem uma preocupação do autor com as condições materiais para a vida humana.

O tema central em Habermas é a possibilidade de legitimação do direito nas sociedades atuais, complexas, sem recorrer a tradições, costumes ou religião, tendo em vista que a ordem jurídica se tornou desencantada. Com esse foco, o autor acredita que somente pela intersubjetividade (inter-relação entre sujeito e sociedade, processada através da linguagem⁸¹), ou seja, por meio da razão comunicativa, é possível alcançar acordos que respeitem a diversidade.

Em uma sociedade marcada pelo pluralismo, dissensos são inevitáveis; contudo, consensos são possíveis, por meio de discursos racionais. “A formação racional da vontade pressupõe um exercício público de discussão comunicativa, em que todos os participantes fixam a moralidade de uma norma a partir de um acordo racionalmente motivado.”⁸² Nesse sentido, o direito pode ser tomado como elemento de integração social, pois, neutraliza o agir orientado por interesses ao vincular a validade das normas ao agir comunicativo⁸³.

Na obra “Direito e democracia: entre facticidade e validade”, publicada em 1992, Habermas expõe a teoria discursiva aplicada ao direito, discutindo a tensão entre a positividade (faticidade) e a legitimidade⁸⁴ (validade) das normas. Em breves linhas, essa tensão pode ser explicada como a ambivalência de “que se reveste um conjunto de normas coercitivas, cujo cumprimento é imposto por sanções, mas também é dotado de uma pretensão de validade, pois há uma expectativa de que tais normas impliquem a salvaguarda da liberdade dos cidadãos.”⁸⁵

⁸¹ CITTADINO, op. cit., p. 91. “O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 20).

⁸² CITTADINO, op. cit., p. 93.

⁸³ Habermas (op. cit., p. 114) explica que “o direito moderno se adequa especialmente à integração social de sociedades econômicas que, em domínios de ação neutralizados do ponto de vista ético, dependem das decisões descentralizadas de sujeitos singulares orientados pelo sucesso próprio. [...] O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação.”

⁸⁴ “O conceito de legitimidade tem em Habermas um significado restrito de *exigência de validade* de ordenamentos políticos os quais podem ou não ser reconhecidos como justos. Trata-se da *capacidade de um ordenamento político de ser reconhecido*” (NASCIMENTO, Rogério Soares. In: TORRES, **Legitimação dos direitos humanos...**, p. 527).

⁸⁵ STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 185. “A facticidade é o acatamento social, ou o próprio cumprimento das normas pelo corpo social. O Direito se impõe através de uma facticidade artificial, que é a sanção. Por seu turno, a validade (ou legitimidade) é a justificação/fundamentação do direito, consistente no resgate discursivo da

Fugindo de elementos metafísicos, o autor recorre ao agir comunicativo para fundamentar as normas que regem as condutas humanas. O fundamento assenta-se no princípio do discurso, pelo qual “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”⁸⁶. Portanto, as normas que orientarão o agir⁸⁷ serão frutos de reconhecimento intersubjetivo.

Vale ressaltar que o princípio do discurso apresenta normatividade apenas indireta para a ação, pois não oferece o modelo correto do atuar, mas tão-somente o procedimento válido para a atribuição de tal predicado ao agir humano. A preocupação de Habermas dirige-se ao *procedimento* pelo qual as normas são instituídas.

Com a institucionalização jurídica do princípio do discurso, é possível fundamentar um sistema de direitos que alie autonomia privada e pública dos cidadãos⁸⁸. Esse sistema garante e, ao mesmo tempo, é resultado de um processo democrático.

Por meio do direito, o princípio do discurso assume a forma de princípio de democracia⁸⁹. Desta feita, “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva.”⁹⁰ Logo, a obrigatoriedade fundamenta-se no procedimento democrático, em que as normas que se destinam aos cidadãos foram propostas por eles mesmos.

pretensão de validade, que se dá através do seu surgimento legislativo racional. A legitimação do Direito, para Jürgen Habermas, se funda na Teoria do Discurso” (Ibid., p. 185-186).

⁸⁶ HABERMAS, op. cit., p. 142. Na mesma página, o autor explica cada elemento do princípio: “O predicado ‘válidas’ refere-se a normas de ação e a proposições normativas gerais correspondentes; ele expressa um sentido não-específico de validade normativa, ainda indiferente em relação à distinção entre moralidade e legitimidade. Eu entendo por ‘normas de ação’ expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, ‘atingido’ é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. E ‘discurso racional’ é *toda* a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias.”

⁸⁷ O princípio do discurso encontra-se “num nível de abstração, o qual, apesar desse conteúdo moral, *ainda é neutro* em relação ao direito e à moral; pois ele refere-se a normas de ação em geral” (Id.).

⁸⁸ “Os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam as idéias em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno” (Ibid., p. 133).

⁸⁹ Ibid., p. 158 e 165. O princípio democrático, para Habermas, é a institucionalização jurídica do princípio do discurso. É através da forma jurídica que o princípio do discurso irá se transformar em princípio democrático. Nesse sentido, é através do *medium* do direito que a democracia poderá ser efetivada.

⁹⁰ Ibid., p. 145.

Enfatiza-se que o entendimento obtido por meio do diálogo entre os sujeitos é o modo de se obter o melhor acordo a respeito do conteúdo do direito positivo. O que atribui legitimidade à ordem jurídica, assim, são os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade⁹¹.

Afirma Habermas que “sem um respaldo religioso ou metafísico, o direito coercitivo, talhado conforme o comportamento legal, só consegue garantir sua força integradora se a totalidade dos *destinatários* singulares das normas jurídicas puder considerar-se *autora* racional dessas normas.”⁹² Assim, a proposta de democracia habermasiana minimiza a tensão entre a faticidade e a validade do direito, estabelecendo uma relação de co-originariedade entre soberania popular e direitos humanos, na qual ambos se pressupõem.

A co-originariedade da autonomia privada e pública mostra-se pelo modelo da autolegislação, em que os destinatários são, ao mesmo tempo, autores do direito. O modo adequado de exercício da autonomia pública consiste numa formação discursiva da opinião e da vontade na qual se pressupõe que os cidadãos sejam suficientemente independentes em virtude de uma autonomia privada uniformemente assegurada. Enquanto a autonomia pública tem na autonomia privada sua condição de possibilidade, o exercício dessa autonomia privada somente ocorre se os cidadãos se utilizarem daquele modo específico de exercício da autonomia pública. Nesse sentido, ambas as formas de autonomia são co-originais.

A democracia pode ser institucionalizada apenas em um sistema de direitos que garanta a participação de todos no discurso racional. Como visto, esse sistema deve preservar tanto a autonomia privada quanto a pública. Para tanto, “deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. Posfácio. In: **Direito e democracia...**, v. 2. p. 310. Nesse ponto, é possível fazer um paralelo entre o posicionamento de Habermas e de Rawls: “Habermas coincide com Rawls em que há pressupostos formais, como o da imparcialidade, que são decisivos para outorgar validade aos princípios morais. Não obstante, enquanto para Rawls estes são pressupostos formais de um raciocínio moral monológico, para Habermas são regras de uma prática social do discurso intersubjetivo. Para Rawls, a validade dos princípios morais está dada pela satisfação do requerimento de imparcialidade. Habermas, por outro lado, requer um consenso *de fato* para ser constituído através do emprego da regra da imparcialidade. Finalmente, enquanto Rawls parece pensar que alguém pode alcançar a conclusão de que um princípio moral é válido somente por meio da reflexão individual – ainda que a discussão possa desempenhar um papel auxiliar –, Habermas claramente sustenta que isto é impossível. Para Habermas, apenas a discussão coletiva, ‘na busca cooperativa da verdade’, é uma forma confiável de aceder ao conhecimento moral” (NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 160. Tradução livre).

⁹² HABERMAS, op. cit., v. 1, p. 54.

mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo.”⁹³

Portanto, a partir da teoria do discurso, é possível legitimar direitos básicos, “isto é, princípios que devem ser reconhecidos, quando o processo de implementação de direitos é compreendido a partir de uma práxis comunicativa. Os direitos básicos devem garantir as condições para que um indivíduo possa tomar parte no discurso de fundamentação de direitos em geral.”⁹⁴

Os direitos básicos exprimem as condições de possibilidade de um consenso racional sobre a institucionalização das normas do agir; geram o próprio código jurídico⁹⁵. Sem tais direitos, resta impossível qualquer direito positivo. “Nesse sentido, os assim chamados direitos básicos não dizem respeito ao plano dos direitos institucionalizados, mas sim ao das condições de possibilidade do agir comunicativo, a saber, da ética do discurso.”⁹⁶

Habermas enumera os direitos básicos: (1) “Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.”⁹⁷ Por sua vez, esses direitos exigem as duas categorias seguintes: (2) “Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito”⁹⁸; e (3) “Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual”⁹⁹, ou seja, o acesso à justiça e o direito às garantias processuais.

Os direitos de (1) a (3) resultam da aplicação do princípio do discurso à fundamentação dos direitos; com eles garante-se a autonomia privada dos indivíduos, considerando-os como destinatários das leis que elaboram¹⁰⁰.

⁹³ HABERMAS, op. cit., v. 1, p. 154.

⁹⁴ DIAS, op. cit., p. 49-50.

⁹⁵ HABERMAS, op. cit., v. 1, p. 159.

⁹⁶ DIAS, op. cit., p. 57. Todavia, não se deve pensar que os direitos básicos, porque anteriores à fundação da comunidade política, são naturais. “Para Habermas é a própria coletividade, através de um procedimento discursivo racional, que institui tais direitos, para passar a protegê-los” (SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 301).

⁹⁷ HABERMAS, op. cit., v. 1, p. 159.

⁹⁸ Id.

⁹⁹ Id.

¹⁰⁰ Tais direitos “regulam apenas os civis livremente associados, *antes de* qualquer organização objetiva ou jurídica de um poder do Estado, contra o qual os civis precisam proteger-se.

Os sujeitos do direito passam a assumir a condição também de autores da ordem jurídica com o reconhecimento dos direitos básicos de participação política: (4) “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processo de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.”¹⁰¹

Com os direitos de (1) a (4), assegura-se ao indivíduo o *status* de cidadão livre e igual. Todavia, para que esse objetivo seja de fato alcançado, “é necessária a satisfação de certas condições vitais. Aos direitos que satisfazem tais condições, pertencem os assim chamados direitos sociais básicos. Os direitos sociais são, portanto, uma condição para que os direitos enunciados em (1), (2), (3) e (4) possam vir a ser exercidos.”¹⁰²

Chega-se, então, à quinta categoria de direitos básicos em Habermas, a mais vinculada à noção de mínimo existencial: (5) “Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).”¹⁰³ Tratam-se de direitos¹⁰⁴ fundamentais relativos, pois as condições de vida variam no tempo e no espaço.

Os direitos básicos possibilitam a igualdade de chances de participação no discurso. São “portanto, uma condição para que (i) todos os indivíduos exercitem

E esses direitos fundamentais garantem a autonomia *privada* de sujeitos jurídicos somente na medida em que esses sujeitos se reconhecem mutuamente em seu papel de *destinatários* de leis, erigindo destarte um *status* que lhes possibilita a pretensão de obter direitos e de fazê-los valer reciprocamente” (Id.).

¹⁰¹ Id.

¹⁰² DIAS, op. cit., p. 57.

¹⁰³ HABERMAS, op. cit., v. 1, p. 160.

¹⁰⁴ Na interpretação de Rodolfo Arango (op. cit., p. 266-267), os direitos sociais básicos em Habermas têm mais o caráter de bens coletivos a serem repartidos do que verdadeiros direitos subjetivos. Lembra que Habermas teme o paternalismo e a burocracia do Estado Social que permeiam os direitos básicos, pois acabariam colocando em risco a própria autonomia que se intenta proteger: “Um Estado social providente, que distribui chances de vida, garantindo a cada um a base material para uma existência humana digna através do direito ao trabalho, à segurança, à saúde, à habitação, à educação, ao lazer, à constituição de um patrimônio e às condições naturais de vida, correria o risco de prejudicar, através de suas intervenções antecipadas, a própria autonomia que ele deve proteger, preenchendo os pressupostos fáticos de um aproveitamento, em igualdade de chances, das liberdades negativas” (HABERMAS, op. cit., v. 2, p. 145). Por isso, Habermas (Ibid., p. 150) defende a conquista dos direitos na arena política: “Se se quiser impedir que a tutela por parte do Estado social se alastre ainda mais por este caminho [paternalismo], é necessário que a pessoa envolvida experimente a organização da proteção do direito como um processo político e que *ela mesma* participe na construção do contrapoder articulando os interesses sociais. A colaboração no processo de realização do direito cria um laço entre o *status* positivo do direito, valorizado em termos coletivos, e o *status* de cidadão ativo”. Os direitos que incrementam a autonomia privada devem fortalecer, ao mesmo tempo, a autonomia pública, propiciando que o indivíduo participe das deliberações políticas.

seus demais direitos e (ii) possam tomar parte no processo de constituição de direitos.”¹⁰⁵ Possibilitam que as pessoas sejam livres e iguais, garantindo a autonomia privada, que, por sua vez, leva à autonomia pública, na medida em que o cidadão é a fonte e o alvo das normas¹⁰⁶.

Pelos elementos expostos, percebe-se em Habermas fundamento para a garantia de direitos básicos à existência humana em sociedade, ressaltando sua preocupação em que sejam propiciadas condições materiais para uma efetiva fruição das autonomias privada e pública. Tais condições materiais certamente podem ser relacionadas com a garantia de um mínimo existencial.

1.1.5. Carlos Santiago Nino: condições materiais decorrentes da autonomia

Para compreender as formulações sobre direitos humanos de Carlos Santiago Nino, é necessário fixar seu ponto de partida – o construtivismo ético. “O *construtivismo ético*, na obra de Nino, constitui o arcabouço teórico que permite justificar racionalmente princípios morais normativos – como os de índole liberal que são defendidos pelo autor –, e que, por sua vez, constituem o fundamento dos direitos humanos.”¹⁰⁷ De acordo com essa concepção, os juízos morais são passíveis de compreensão racional, a partir da prática social, desde que respeitados determinados pressupostos procedimentais.

A democracia desempenha papel fundamental na percepção dos princípios morais que fundamentam os direitos humanos, revelando-se o modo mais confiável para alcançar tais princípios¹⁰⁸. O modelo de democracia desenhado por Nino é

¹⁰⁵ DIAS, op. cit., p. 67.

¹⁰⁶ Questiona Maria Clara Dias (Ibid., p. 65) como se dará a fundamentação dos direitos básicos em relação aos que não têm autonomia, como as crianças e os deficientes mentais. Nesse sentido, a autora critica Habermas, afirmando que “A garantia de um mínimo para subsistência é, por exemplo, um direito que supomos inerente a todo ser humano, independente do seu ‘status’ como possível integrante de um discurso racional.” A mesma crítica é feita por Rodolfo Arango. Cf: ARANGO, op. cit., p. 269-270. Poder-se-ia pensar, então, que os próprios integrantes do discurso pleiteiam direitos sociais para aqueles que não podem tomar parte no discurso racional. Maria Clara Dias (op. cit., p. 65) rebate essa possibilidade: “Quando se trata de direitos sociais básicos, não podemos aceitar que a decisão acerca de tais direitos pertença apenas a uma parcela da humanidade. Deste modo, a aplicação da ética do discurso ao âmbito do discurso de fundamentação dos direitos conduz a uma forma de paternalismo político”, o que não pode ser aceito.

¹⁰⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Princípios morais e direitos humanos na obra de Carlos Santiago Nino. In: TORRES, **Legitimação dos direitos humanos...**, p. 394.

¹⁰⁸ NINO, op. cit., p. 154.

deliberativo, enfatizando mais o processo de deliberação do que seus ideais e condições procedimentais¹⁰⁹.

Apesar de Nino ressaltar a deliberação intersubjetiva, não acata qualquer resultado advindo do procedimento adequado. É que a deliberação só se justifica pelos princípios morais¹¹⁰. Assim, os direitos decorrentes desses princípios podem restringir as decisões democráticas¹¹¹. Ainda, para Nino, as soluções justas advêm não apenas da deliberação democrática, mas também da reflexão individual, que possui um papel relevante na obtenção dos princípios morais¹¹².

Na obra “*Ética y derechos humanos*”¹¹³, publicada originalmente em 1984, são apresentados os princípios morais que fundamentam os direitos: princípio da autonomia, princípio da inviolabilidade e princípio da dignidade humana¹¹⁴.

O princípio da autonomia assegura a livre escolha e realização de planos de vida. Assim, refuta o perfeccionismo, entendido como a legitimidade da ação que impõe ideais de excelência pessoal¹¹⁵. A autonomia pessoal prescreve que

¹⁰⁹ PEREIRA, op. cit., p. 400.

¹¹⁰ Nino (op. cit., p. 163-164) defende que o princípio ontológico mais adequado acerca da constituição da verdade moral é o O2, que expressa que a verdade moral se constitui pela satisfação dos pressupostos formais ou processuais de uma prática discursiva dirigida a obter cooperação e evitar conflitos. A tese O2 é a mais adequada por se beneficiar da base empírica inerente ao fato de que é uma prática social, aliando-a ao equilíbrio reflexivo. A verdade moral é definida em relação aos pressupostos do discurso moral e não a seus resultados reais. Os pressupostos incluem princípios substantivos, como a autonomia, dos quais podem ser deduzidos princípios morais mais específicos. Regras morais como a imparcialidade servem de filtro para os princípios.

¹¹¹ NINO, op. cit., p. 95. “A relação que se estabelece entre direitos fundamentais e democracia é que os direitos fundamentais podem determinar o grau de amplitude das deliberações democráticas e até limitá-las, quando elas busquem restringi-los” (BARBOSA, op. cit., p. 165).

¹¹² NINO, op. cit., p. 165. “Nino procura situar-se num ponto intermediário entre as posições de John Rawls e Jürgen Habermas. Para Rawls, o conhecimento dos princípios de justiça é resultado da reflexão individual. Na formulação teórica de Habermas, só a discussão coletiva permite conhecer (*rectius*: formular) os princípios morais” (PEREIRA, op. cit., p. 402). Para adquirir valor epistêmico, o processo democrático exige a satisfação de direitos *a priori*, como a liberdade e a igualdade, que têm a função de garantir a inviolabilidade da pessoa. Cf. NINO, op. cit., p. 180 e 192. Quando a democracia falha, por não apresentar os pressupostos de imparcialidade, será preferível a reflexão individual. Todavia, há de se alertar para o perigo de uma hipertrofia dos direitos *a priori*, o que esvaziaria a deliberação democrática. Por essa razão, Nino propõe que “Apenas quando a falta de cumprimento dos ‘a priori rights’ for de tal monta que torne o valor epistêmico do processo democrático menor do que o da reflexão individual, é que se deve perseguir de pronto a sua realização, ainda que de modo não democrático” (STAMATO, op. cit., p. 215). Cf. NINO, op. cit., p. 194.

¹¹³ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**: un ensayo de fundamentación. 2. ed. ampl. y rev. Buenos Aires: Astrea, 2007. A edição original é do ano de 1984.

¹¹⁴ Os princípios morais são (i) públicos, pois todos podem conhecê-los; (ii) gerais, na medida em que estabelecem soluções normativas para casos definidos a partir de elementos gerais; (iii) supervenientes às circunstâncias de fato, pois as condições que ensejam as soluções normativas devem ser conhecidas de antemão; e (iv) universais, ao dirigirem-se a todas as pessoas. Cf. NINO, **Ética y derechos humanos...**, p. 110-111.

¹¹⁵ O perfeccionismo “sustenta que o que é bom para um indivíduo ou o que satisfaz seus interesses independe de seus próprios desejos ou de sua escolha de forma de vida, e que o Estado

*[...] sendo valiosa a livre escolha individual de planos de vida e a adoção de ideais de excelência humana, o Estado (e os demais indivíduos) não deve interferir nessa escolha ou adoção, limitando-se a desenhar instituições que facilitem a persecução individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada um sustente, e impedindo a interferência mútua no curso de tal persecução.*¹¹⁶

Todavia, quando estão em jogo princípios não auto-referentes¹¹⁷, e sim intersubjetivos, “que valoram as ações dos indivíduos tendo em vista seus efeitos sobre bens e interesses de outros indivíduos (como a proibição de matar)”¹¹⁸, justifica-se a limitação da autonomia de uns para preservar a autonomia de outros.

Do princípio da autonomia decorrem direitos que protegem as condições necessárias para a realização dos ideais e planos de vida baseados na liberdade. Afinal, se alguém não tem os meios para satisfazer o plano de vida escolhido, não se pode dizer que tenha real capacidade de escolhê-lo¹¹⁹. Aqui se pode notar a contribuição de Nino para a fundamentação de um dever de garantia de condições materiais de existência.

Os bens que são indispensáveis para a eleição e materialização dos planos de vida são principalmente os seguintes: vida consciente, integridade (saúde) corporal e psicológica, liberdade frente a possíveis obstáculos ao bom funcionamento do corpo e da psique, liberdade de expressão de idéias e atitudes religiosas, científicas, artísticas e políticas, liberdade em relação à vida privada, liberdade de associação, acesso a recursos materiais, liberdade de trabalho,

pode, através de diferentes meios, dar preferência àqueles interesses e planos de vida que são objetivamente melhores” (Ibid., p. 205. Tradução livre). Sobre perfeccionismo, conferir também: NINO, **La constitución de la democracia deliberativa...**, p. 77.

¹¹⁶ NINO, **Ética y derechos humanos...**, p. 204-205. Tradução livre. Pela definição, percebe-se que o princípio da autonomia apresenta dois aspectos: “O primeiro consiste em valorar positivamente a autonomia dos indivíduos na escolha e materialização de planos de vida, ou na adoção de ideais de excelência que fazem parte da moral auto-referente e que estão pressupostos naqueles planos de vida. O segundo aspecto consiste em vedar ao Estado, e em definitivo a outros indivíduos, interferir no exercício dessa autonomia” (Ibid., p. 229. Tradução livre).

¹¹⁷ Existem duas áreas da moral: “a moral pessoal ou ‘auto-referente’ que prescreve ou proíbe certas ações e planos de vida pelos efeitos que têm no caráter moral de seu próprio agente segundo certos modelos de virtude, e a moral social ou ‘intersubjetiva’ que prescreve ou proíbe certas ações por seus efeitos em relação ao bem-estar de outros indivíduos diferentes de seu agente. [...] O princípio da autonomia se apóia, não obstante, nesta distinção e estipula que somente no que concerne ao desvio da moral interpessoal e não por possível desvio da moral auto-referente uma ação pode receber interferência do Estado ou de outros indivíduos” (Ibid., p. 229. Tradução livre). Explica Jane Reis Pereira (op. cit., p. 407) que “quando a autonomia refere-se aos princípios morais auto-referentes – que assinam valor às ações por seus efeitos sobre a qualidade de vida ou o caráter moral do próprio agente –, não há possibilidade de limitação do valor da autonomia, de modo a restringir a liberdade quanto à adoção de ideais de excelência humana ou virtude pessoal. Isso porque a ‘adoção desses ideais, por definição, não pode afetar por si mesmo a autonomia de outras pessoas.”

¹¹⁸ PEREIRA, op. cit., p. 407.

¹¹⁹ NINO, **Ética y derechos humanos...**, p. 220.

disponibilidade de tempo livre e seguridade social em caso de privação dos bens citados¹²⁰. Enunciam-se, assim, elementos de um mínimo existencial.

Por sua vez, o princípio da inviolabilidade da pessoa¹²¹ “atua como limitador do princípio da autonomia, na medida em que proíbe a restrição da autonomia de uns com a finalidade de incrementar a autonomia dos outros indivíduos.”¹²² O princípio é enunciado como a proibição de “*impor aos homens, contra sua vontade, sacrifícios e privações que não redundem em seu próprio benefício.*”¹²³ Veda-se a privação de bens sem que com isso se ofereça benefício ao afetado.

O reconhecimento de direitos decorrentes do princípio da inviolabilidade da pessoa implica não apenas limitação à persecução de objetivos coletivos no âmbito de aplicação desses direitos, como também, em alguns casos, a decisões majoritárias tomadas na seara democrática¹²⁴. Impede-se a limitação da autonomia com base no interesse público ou para aumentar a autonomia de outras pessoas, pois isso equivaleria a utilizar alguém como simples meio¹²⁵.

Afirmou-se, então, que os indivíduos são dotados de autonomia para gerir sua vida, sendo vedada a imposição de ideais de excelência pessoal. Entretanto, essa autonomia não pode ser exercida para diminuir a autonomia de outras pessoas – o que configura uma limitação à autonomia. Contudo, a restrição da liberdade vai de encontro ao pensamento liberal, ao qual se filia Nino. Para resolver essa situação, é formulado o princípio da dignidade humana.

¹²⁰ Ibid., p. 223-226. O autor ressalta o caráter não exaustivo do rol apresentado. No artigo intitulado “Autonomía y necesidades básicas”, Nino vincula os pré-requisitos da autonomia às necessidades básicas das pessoas. A satisfação das necessidades deve ser garantida para que as pessoas possam escolher seus planos de vida; a materialização desses planos, entretanto, constitui outro campo de discussão. Deve-se possibilitar a todos o exercício de suas capacidades. Afirmo o autor que “devemos igualar os indivíduos na dimensão de suas capacidades, o que implica satisfazer certas necessidades básicas. Isso permite, efetivamente, atribuir um lugar central às necessidades categóricas em uma concepção liberal de sociedade, já que a distribuição pública de recursos deve atender aos pré-requisitos para a formação livre de preferências que possam ser satisfeitas em algum grau e não tomar em conta a satisfação de preferências livremente formadas em algum grau” (NINO, Carlos Santiago. *Autonomía y necesidades básicas*. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 7, 1990. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630233495944102257/index.htm>> Acesso em: 11 out. 2007.

¹²¹ NINO, **La constitución de la democracia deliberativa...**, p. 78.

¹²² PEREIRA, op. cit., p. 409. Explica Nino (**Ética y derechos humanos...**, p. 268. Tradução livre) que “o princípio da inviolabilidade da pessoa veda a maximização da autonomia dos indivíduos às custas da autonomia de outros. Mas isso parece ter uma exceção que estudaremos neste capítulo: a que está dada pelo consentimento das pessoas cuja autonomia se restringe.”

¹²³ NINO, **Ética y derechos humanos...**, p. 239.

¹²⁴ Ibid., p. 263.

¹²⁵ Ibid., p. 264.

Pelo princípio da dignidade da pessoa, “os homens devem ser tratados segundo suas decisões, intenções ou manifestações de consentimento”¹²⁶, do que decorre a ilegitimidade de medidas que estabeleçam discriminações com base em fatores alheios à vontade individual (como a cor da pele, por exemplo).

Esse princípio, ao levar a sério o consentimento individual¹²⁷, opõe-se ao determinismo, que considera que as manifestações de vontade estão condicionadas, causalmente determinadas. De acordo com o princípio da dignidade da pessoa, as decisões devem ser consideradas como partes do plano de vida do indivíduo, devendo ser mantidas, portanto, as consequências da ação voluntariamente escolhida, pois previamente aceitas e integradas ao referido plano¹²⁸.

Desta feita, “O princípio da dignidade da pessoa, na obra de Nino, visa a neutralizar as implicações antiliberais que adviriam da aplicação irrestrita dos outros dois princípios, autorizando restrições à autonomia dos indivíduos quando estas restrições sejam aceitas pelos próprios afetados.”¹²⁹ São consideradas válidas decisões pessoais que restrinjam a autonomia de forma consentida, principalmente tendo por finalidade incrementar a autonomia de outras pessoas¹³⁰. Certamente o princípio é afastado quando a vontade manifestada for débil ou viciada¹³¹.

Na obra “The constitution of deliberative democracy”, originalmente de 1993, os três princípios morais referidos são consolidados como fundamentação de uma série de direitos individuais¹³². Todavia, Nino admite que os princípios enunciados, apesar de importantes, não resolvem problemas relacionados à *implementação* de prestações básicas¹³³.

¹²⁶ Ibid., p. 287.

¹²⁷ Para Nino (Ibid., p. 290. Tradução livre), respeitar a vontade individual “consiste fundamentalmente, entre outras coisas, em permitir que a pessoa assuma ou suporte as consequências de suas decisões que ela tenha considerado ao tomar a decisão; ou seja, em permitir que incorpore essas consequências no decurso da vida.”

¹²⁸ Ibid., p. 291.

¹²⁹ PEREIRA, op. cit., p. 410.

¹³⁰ NINO, **La constitución de la democracia deliberativa...**, p. 80-81

¹³¹ Ibid., p. 82.

¹³² Quando se recorre aos direitos fundamentais, recorre-se, em última instância, aos princípios de moralidade social que endossam a norma constitucional. Assim, os direitos básicos são direitos morais. NINO, **La constitución de la democracia deliberativa...**, p. 73. “O princípio da autonomia pessoal determina os bens que são o conteúdo dos direitos; a inviolabilidade da pessoa descreve a função daqueles direitos pelo estabelecimento de barreiras de proteção dos interesses individuais contra demandas baseadas no interesse coletivo ou no interesse de outras pessoas; e a dignidade da pessoa dá um tratamento dinâmico aos direitos ao permitir que o consentimento dos indivíduos sirva de fundamento às responsabilidades e obrigações que os limitam” (Ibid., p. 82. Tradução livre).

¹³³ “A mera enunciação dos princípios de autonomia, inviolabilidade e dignidade da pessoa (e eventualmente o princípio hedonista) não resolve, por suposto, os problemas mais importantes que

É que o reconhecimento de direitos prestacionais envolve a tensão entre liberalismo e igualitarismo. Não obstante, Nino contorna a problemática, sustentando a compatibilidade entre os valores da igualdade e da liberdade¹³⁴, o que conduz a uma igual distribuição da liberdade. Para Nino, “a tensão aparente entre igualdade e liberdade pode ser evitada com a reformulação do princípio da inviolabilidade da pessoa. Em outra versão, esse princípio proíbe apenas que seja diminuída a inviolabilidade da pessoa levando-a a um nível inferior ao que gozam às demais.”¹³⁵ O liberalismo genuinamente igualitário é a concepção mais plausível para abraçar os princípios liberais expostos.

Nesse sentido, estabelece-se uma igualdade entre os indivíduos, mas não uma igualdade estrita¹³⁶, na medida em que não se trata de nivelção, mas de não-exploração. Uma maior autonomia passa a ser ilegítima quando obtida mediante a diminuição da autonomia de outras pessoas. Em outro sentido, “uma pessoa poderá ter sua liberdade restringida se isso se dá a fim de garantir que outra pessoa, cujo grau de liberdade seja inferior, tenha sua condição melhorada.”¹³⁷

se apresentam na implementação dos direitos individuais básicos. Esses problemas consistem, por um lado, na solução de situações de *conflicto* entre direitos de diferentes indivíduos e, por outro lado, na determinação do *alcance* dos direitos em questão (que está constituído pelos deveres que eles fundamentam). O primeiro problema se coloca, por exemplo, quando devemos decidir entre a vida de um indivíduo e a vida, a integridade corporal ou a liberdade de outro. O segundo problema se apresenta quando devemos decidir se, por exemplo, o direito à vida dos indivíduos é satisfeito pelo Estado quando estabelece e faz cumprir a proibição de matar, ou se exige, adicionalmente, que se ofereçam condições que favoreçam a preservação da vida, como alimentação, abrigo, assistência médica, etc.” (NINO, **Ética y derechos humanos...**, p. 305. Tradução livre).

¹³⁴ NINO, **La constitución de la democracia deliberativa...**, p. 88. Tal compatibilidade decorre das estruturas diferentes que esses valores apresentam: “A liberdade é um valor absoluto, e não relativo. Isto significa que a extensão da liberdade não depende da forma como está distribuída, ou seja, a aferição da liberdade de um indivíduo não depende do exame de quão livres são os outros indivíduos. A igualdade, de forma diversa, não é um valor em si mas está baseada em outra propriedade ou valor que sejam em si mesmos valiosos. Por isso, a igualdade de pobreza não é valiosa. A igualdade é, ainda, relativa, pressupondo um exame comparativo entre os indivíduos. Essa diferença estrutural entre os dois valores tem por efeito a possibilidade de combinação entre eles” (PEREIRA, op. cit., p. 413-414).

¹³⁵ PEREIRA, op. cit., p. 414-415. A autora continua a explanação, na página 415: “O princípio da inviolabilidade, nessa dimensão, é semelhante ao princípio da diferença de Rawls, que tem por escopo incrementar a autonomia dos que são menos autônomos.”

¹³⁶ NINO, **La constitución de la democracia deliberativa...**, p. 92-93.

¹³⁷ STAMATO, op. cit., p. 205. Explica Nino (**Ética y derechos humanos...**, p. 344-345. Tradução livre) que o liberalismo igualitário “não consiste em maximizar a autonomia global nem em deixar intacta a autonomia que cada um parece (ilusoriamente) ter alcançado por si mesmo; consiste, ao contrário, em *maximizar a autonomia de cada indivíduo, na medida em que isso não implique pôr em situação de menor autonomia em comparação a outros indivíduos*. Isso implica uma diretiva de expandir a autonomia sempre daqueles cuja capacidade para escolher e materializar planos de vida esteja mais restringida. Como se percebe facilmente, esta diretiva está implícita no princípio de diferença de Rawls.”

Essa posição permite reconhecer direitos como saúde, salário justo e moradia¹³⁸. São direitos que não apresentam distinção ontológica em relação aos direitos individuais, pois consistem em defesas contra ingerências, sejam omissivas ou comissivas¹³⁹.

A partir dessas considerações, pode-se vislumbrar na obra de Carlos Santiago Nino a garantia de condições materiais para o desenvolvimento dos planos de vida pessoais, ou seja, para a autonomia. Nos direitos básicos decorrentes do princípio moral da autonomia – notadamente a vida, integridade corporal e psicológica, acesso a recursos materiais e seguridade social – percebe-se referência à proteção de um mínimo existencial.

Finalizando esta primeira parte, observou-se que o dever do Estado de atuar para garantir um mínimo existencial encontra lugar, dentre outras possibilidades, nas contribuições teóricas de John Rawls, Friedrich Hayek, Michael Walzer, Jürgen Habermas e Carlos Santiago Nino. Agora é o momento de afirmar, por meio de pronunciamento do próprio Estado, o dever de atuar para a garantia de um “mínimo existencial”.

1.2 PARADIGMÁTICA DETERMINAÇÃO JUDICIAL

Neste item será examinada a mais relevante decisão jurisdicional que determinou atuação do Estado no sentido de assegurar a existência digna dos seus cidadãos, fixando a origem do debate sobre o mínimo existencial na atividade judicial.

1.2.1 Contexto constitucional: especificidades da Lei Fundamental Alemã

Foi na Alemanha que a noção de mínimo existencial teve origem e desenvolvimento paradigmáticos. Para entender a razão do surgimento desta construção teórica e jurisprudencial, é necessário esboçar uma peculiaridade do sistema constitucional germânico. Refere-se ao fato de a Lei Fundamental da

¹³⁸ Id. Cf. NINO, **La constitución de la democracia deliberativa...**, p. 94.

¹³⁹ Os direitos básicos podem ser violados tanto por ações como por omissões. Ademais, quase todos os direitos possuem componentes positivos e negativos. Assim, são os mesmos princípios que justificam os direitos denominados clássicos e os “novos” direitos. Cf. NINO, **Ética y derechos humanos...**, p. 349.

Alemanha, de 1949, limitar-se à proteção dos direitos fundamentais clássicos¹⁴⁰. “Objetivos estatais sociais nomeados em particular, como o cuidado pelas necessidades existenciais: trabalho, habitação suficiente e segurança social, ao contrário, não encontraram acolhimento na Lei Fundamental.”¹⁴¹ Frente a essa observação, cabe tecer algumas considerações sobre o perfil dos direitos sociais.

A consagração constitucional dos direitos sociais sobreveio com as Constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919. Apesar do maior prestígio atribuído a esta última, foi na Carta mexicana que os direitos sociais ganharam destaque e autonomia, sem diluírem-se na temática da organização econômica e social, ao contrário do que ocorreu na Constituição de Weimar¹⁴².

Os direitos sociais recebem essa denominação por se caracterizarem como demandas por justiça social, considerando o ser humano em sua situação concreta na ordem social. Frente ao acúmulo de graves problemas sociais e econômicos e à constatação de que a liberdade e a igualdade formais eram insuficientes para a efetiva liberdade e igualdade, tornaram-se volumosos os movimentos pelo reconhecimento de direitos que demandavam postura ativa do Estado, a fim de ver realizada a justiça social.

Os direitos sociais são uma dimensão específica dos direitos fundamentais¹⁴³, na medida em que “pretendem fornecer os recursos fáticos para uma efetiva fruição

¹⁴⁰ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 170. Encontram-se na Lei Fundamental Alemã os direitos clássicos de liberdade, como a liberdade geral de ação, o direito à vida e à saúde, as liberdades de fé e consciência, opinião, locomoção, profissão, associação e reunião, o sigilo postal, a inviolabilidade do domicílio, a proteção da intimidade e da privacidade, e o direito de propriedade. Ainda, estatui-se o princípio geral de igualdade e a igualdade entre os sexos. Garante-se também o direito de asilo político e de petição. Os direitos fundamentais clássicos são frutos do pensamento liberal do século XVIII, caracterizados pelo cunho individualista, “demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 56). São direitos característicos desse perfil os direitos à vida, liberdade, propriedade, igualdade formal, garantias processuais, e direitos civis e políticos. Encontram-se na Lei Fundamental Alemã os direitos clássicos de liberdade, como a liberdade geral de ação, o direito à vida e à saúde, as liberdades de fé e consciência, opinião, locomoção, profissão, associação e reunião, o sigilo postal, a inviolabilidade do domicílio, a proteção da intimidade e da privacidade, e o direito de propriedade. Ainda, estatui-se o princípio geral de igualdade e a igualdade entre os sexos. Garante-se também o direito de asilo político e de petição.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 172.

¹⁴² HORTA, Raul Machado. Constituição e direitos sociais. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, n. 86, jan. 1998. p. 44.

¹⁴³ Cabe desde logo firmar a posição de que os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais. Utilizam-se as lições de Ingo Sarlet sobre os elementos que conferem fundamentalidade a um direito. A fundamentalidade *material* pode ser conferida com o critério da indispensabilidade desse direito para a existência humana digna, reconhecendo-se e protegendo-se valores e bens essenciais aos seres humanos. Considerando que os direitos sociais tratam das

das liberdades, de tal sorte que têm por objetivo (na condição de direitos prestacionais) a garantia de uma igualdade e liberdade real, que apenas pode ser alcançada pela compensação das desigualdades sociais.”¹⁴⁴ Nesse sentido, cabe ao Estado outorgar, por exemplo, prestações de saúde, educação e segurança social. Considerando esses elementos, Paulo Leivas propõe a seguinte definição aos direitos fundamentais sociais:

[...] são, em sentido material, direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos de simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional.¹⁴⁵

Não se olvide, contudo, a existência de direitos sociais que requerem uma postura defensiva por parte do Estado, como a liberdade de sindicalização e o direito de greve¹⁴⁶.

condições materiais indispensáveis para a existência humana digna, como moradia, saúde, educação, assistência social, dentre outros bens, resta evidente a sua fundamentalidade material. Sob o ponto de vista *formal*, a fundamentalidade desdobra-se em três elementos. Por estarem contidos numa Constituição escrita, os direitos fundamentais, no sistema brasileiro: gozam de hierarquia superior no ordenamento jurídico; impõem limites materiais e formais para sua reforma; e têm aplicabilidade imediata e vinculam o poder público e os particulares. Os direitos sociais estão localizados no título dos direitos e garantias fundamentais, o que por si só já atribui o *status* fundamental. Ainda, sua limitação ou reforma deve ser analisada à luz da proibição do retrocesso social. Constituem cláusulas pétreas, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, uma vez que essa limitação material ao poder constituinte reformador abrange qualquer direito fundamental de fruição individual (incluindo os sociais). Por fim, os direitos sociais vinculam o poder público e os particulares, ainda que em graus diferentes dos direitos clássicos, considerando que o artigo 5º, § 1º, da Constituição configura-se como princípio, determinando a máxima aplicabilidade do direito de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Mas ao menos em uma parcela mínima os direitos são imediata e diretamente aplicáveis. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 30, p. 96-124, abr./jun. 1999. Por todas as razões expostas, optou-se por se unir àqueles que consideram fundamentais os direitos sociais.

¹⁴⁴ Ibid., p. 104-105. No mesmo sentido é o entendimento de José Afonso da Silva, ao afirmar que “os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona a condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade” (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 286-287).

¹⁴⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 89.

¹⁴⁶ Não se olvida que os direitos sociais geram tanto posições jurídicas prestacionais quanto defensivas. Os direitos sociais podem compreender posições jurídicas subjetivas não coincidentes com os direitos as prestações, como direito de greve (MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 108). No

Tomando as características dos direitos sociais, tem-se que, com exceção da “previsão da proteção da maternidade e dos filhos, bem como a imposição de uma atuação positiva do Estado no campo da compensação de desigualdades fáticas no que diz com a discriminação das mulheres e dos portadores de necessidades especiais”¹⁴⁷, direitos sociais típicos, notadamente prestacionais, não foram expressamente positivados na Lei Fundamental alemã. Não foram protegidas por esse sistema constitucional, ao menos explicitamente, condições materiais como alimentação, moradia, prestações de saúde e renda mínima, dentre outros elementos¹⁴⁸.

A não-inclusão de direitos sociais na Lei de Bonn explica-se em parte pela experiência mal-sucedida da Constituição de Weimar. Como os direitos sociais dependem de determinadas circunstâncias fáticas e jurídicas, optou-se por não correr o risco, com a positivação desses direitos, de a Carta perder sua força normativa¹⁴⁹. Foi priorizada a garantia dos direitos individuais também por terem sido os direitos mais sacrificados durante o período nazista¹⁵⁰.

Limita-se a Lei Fundamental a declarar a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana (art. 1º, § 1º)¹⁵¹ e a trazer a fórmula do Estado de Direito Social

mesmo sentido, Luis Roberto Barroso assevera que as normas que consagram os direitos sociais investem os jurisdicionados em posições jurídicas de três grupos: as que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção, como o direito de greve; as que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado, como a proteção da saúde e a previdência social (observando que a ausência de prestação será sempre inconstitucional e sancionável), e posições jurídicas que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora, ressalvando que a Constituição não delega ao legislador competência para conceder os direitos, concedendo ela própria. Portanto, ao legislador incumbe tão-somente instrumentalizar sua realização; faltando com este dever, ensejará inconstitucionalidade por omissão (BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 108-112). Incorreto, portanto, reduzir os direitos sociais aos direitos prestacionais.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 16, n. 61, jan./mar. 2007. p. 100.

¹⁴⁸ Apesar de a Lei Fundamental Alemã ser bastante cautelosa quanto aos direitos a prestações, diversas Constituições dos Estados-membros referem-se a direitos como trabalho, moradia, meios de subsistência, educação e participação. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 434.

¹⁴⁹ KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 45-49.

¹⁵⁰ HORTA, op. cit., p. 18.

¹⁵¹ “Art. 1º (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.” Tradução livre: “A dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.”

como objetivo geral (art. 20, § 1º)¹⁵², o que demonstra não ter sido renunciado o ideário social.

Frente às reivindicações de prestações do Estado para a efetiva fruição da liberdade e da igualdade, a doutrina e a práxis das funções do Estado passaram a defender, com base na inviolabilidade da dignidade humana e no caráter social do Estado, além de outras disposições da Carta, a proteção constitucional de um mínimo de condições materiais indispensáveis à vida com dignidade, ainda que sem guarida textual explícita.

1.2.2 Criação jurisprudencial do mínimo existencial

No âmbito doutrinário, atribui-se a Otto Bachof¹⁵³ o pioneirismo quanto ao reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna. Considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana requer também a garantia de um mínimo de segurança social. Sem recursos materiais para propiciar uma existência digna, o ser humano se vê violado em sua dignidade.

O autor corretamente entendeu que o direito à vida e integridade corporal não envolve apenas postura defensiva, mas também prestações. Afinal, a existência é ofendida também quando não se proporcionam condições de vida.

Essa paradigmática formulação, datada do início da década de 1950, foi seguida de importante decisão do Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*). Esse tribunal, em 24 de junho de 1954 (já no primeiro ano de sua existência), reconheceu para um indivíduo carente o direito subjetivo a “auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a

¹⁵² “Art. 20 (1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.” Tradução livre: “A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social.” Segundo este artigo, são quatro os princípios básicos do Estado alemão: princípios democrático, do Estado de Direito, federalístico e do Estado Social.

¹⁵³ BACHOF, Otto. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. *VVDStRL* n. 12 (1954), p. 42-43. apud SARLET, **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado...**, p. 100.

manutenção de suas condições de existência¹⁵⁴”. Anos depois, foi regulamentado infraconstitucionalmente um direito a prestações no âmbito da assistência social.

Em 18 de junho de 1975, cerca de vinte anos após a referida decisão, coube ao Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) reconhecer um direito fundamental à garantia das condições mínimas para a existência digna.

O tema foi aventado em meio ao questionamento da constitucionalidade da lei que garantia aos órfãos pensão somente até completarem dezoito anos ou, caso freqüentassem cursos acadêmicos ou profissionalizantes, até vinte e cinco anos de idade.

O Tribunal entendeu ser compatível com a Lei Fundamental que um órfão, sem condições de se sustentar devido a enfermidade corporal ou mental, receba a pensão mesmo após ter completado vinte e cinco anos de idade. O fundamento da decisão foi a constatação de que o Estado deve fornecer condições mínimas para a existência humana digna. E tal dever de proteção deve durar enquanto permanecer a demanda pela ajuda social:

[...] a assistência social aos necessitados faz parte dos deveres mais evidentes de um Estado social (cf. BVerfGE 5, 85 [198]; 35, 202 [236]). Isto inclui necessariamente a ajuda social ao cidadão que, em razão de deficiência física ou mental, tem seu desenvolvimento pessoal e social impedido, sendo incapaz de prover seu próprio sustento. A sociedade estatal deve, em todo caso, garantir-lhe as condições mínimas para uma existência humanamente digna, e deve, além disso, esforçar-se para, na medida do possível, incluí-lo na sociedade, estimular seu adequado tratamento pela família ou por terceiro, bem como criar as necessárias instituições de cuidado. Esse dever geral de proteção não pode, naturalmente, terminar em razão de um determinado limite de idade. Ele deve, pelo contrário, corresponder à respectiva necessidade existente de amparo social. Todavia, existem múltiplas possibilidades de se realizar a proteção devida. Encontra-se principalmente na liberdade de conformação do legislador determinar o caminho que se lhe apresenta como o adequado para tanto, especialmente escolhendo entre as diferentes formas de ajuda financeira para o sustento e tratamento de deficientes e conseqüentemente predefinindo [concretamente] os titulares a tais pretensões. Da mesma forma, ele tem que decidir, desde que não se trate dos caracterizados pressupostos mínimos, em qual extensão pode e deve ser garantida ajuda social, considerando-se os recursos disponíveis e outras tarefas estatais de mesma importância.¹⁵⁵

Assim, a “A Corte Constitucional Alemã extraiu o direito a um ‘mínimo de existência’ do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado

¹⁵⁴ BVerwGE 1, 159-161 e ss. apud SARLET, **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado...**, p. 100.

¹⁵⁵ BverfGE, 40, 121. Tradução livre. Grifamos. Texto original da decisão disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv040121.html>> Acesso em: 14 jul. 2008. Grifamos.

Social. Nessa linha, a sua jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um 'mínimo vital'.¹⁵⁶

A decisão foi reiterada em outras oportunidades. Também a doutrina solidificou o entendimento de que a garantia das condições mínimas para uma existência digna deriva do perfil social do Estado de Direito. Conforme se aventem fundamentações liberais ou sociais, haverá divergências quanto à distinção entre o mínimo vital e o existencial, o conteúdo da garantia, o papel do Poder Judiciário na sua proteção e implementação, dentre outros temas.

Como visto no julgado, ressalta-se caber ao legislador determinar o modo de realização do mínimo existencial¹⁵⁷. Considerando, ainda, que a quantificação do mínimo depende da época, da região e do padrão sócio-econômico vigente.

No caso de omissão do legislador ou desvio de finalidade, cabe ao Judiciário assegurar o padrão existencial mínimo. Nesse sentido, a orientação prevalecente é de que “a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira.”¹⁵⁸ Abre-se espaço, então, para o Judiciário ir além.

Ainda, tem sido discutida no direito germânico a compreensão do mínimo existencial como (i) mínimo fisiológico, constituído pelas condições materiais mínimas que satisfazem as necessidades humanas básicas, o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial, ou (ii) mínimo existencial sociocultural, que, além da proteção básica, possibilita que o indivíduo insira-se na vida social¹⁵⁹. O primeiro seria fundamentado no direito à vida e integridade física e na dignidade da pessoa

¹⁵⁶ KRELL, op. cit., p. 42.

¹⁵⁷ “O princípio do Estado social contém uma ordem de conformação endereçada ao legislador (cf. BVerfGE 50, 57 [108]). Este o obriga a providenciar uma harmonização das contradições sociais (cf. BVerfGE 22, 180 [204]). Além disso, ele determina que o Estado ofereça assistência social a indivíduos ou grupos que, em razão de suas circunstâncias pessoais de vida ou de desvantagens sociais, se encontram impedidos de alcançar seu desenvolvimento pessoal ou social (cf. BVerfGE 45, 376 [387]). Como o legislador vai realizar essa tarefa é, na ausência de uma concretização mais precisa do princípio do Estado social, [exclusivamente] de sua alçada (cf. BVerfGE 1, 97 [105]; jurisprudência consolidada)” (SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. p. 834-835).

¹⁵⁸ SARLET, **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado...**, p. 104.

¹⁵⁹ SORIA, J. M. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums. **JZ** 13/2005, p. 647-648. apud SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, out./dez. 2007. p. 181.

humana. O segundo encontraria guarida no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade.

Pelas referências trazidas, pode-se constatar que o dever do Estado de atuar para garantir um mínimo existencial, além de ter supedâneo nos estudos de diversos autores (representados por Rawls, Hayek, Walzer, Habermas e Nino), foi afirmado na década de 1950 mediante criação jurisprudencial alemã. Com base no caráter social do Estado e nos princípios da dignidade da pessoa humana, da vida e integridade física, entenderam os julgadores que o Estado deve atuar para propiciar que o cidadão tenha ao menos o mínimo de condições materiais para garantir sua sobrevivência digna, o que se denominou “mínimo existencial”. O entendimento consolidou-se nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial.

1.3 TRANSPOSIÇÃO DO DEBATE PARA O BRASIL

Cabe, agora, examinar a possibilidade de afirmar também no Brasil (e em quais termos) a necessidade da atuação estatal para garantir às pessoas condições mínimas de existência.

1.3.1 Contexto constitucional: peculiaridades da Constituição Federal de 1988

As Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919 influenciaram a absorção, por diversos sistemas constitucionais, do ideário social. O constitucionalismo social foi recepcionado, no Brasil, pela Constituição Federal de 1934, sob a forma de artigos que visavam à melhoria das condições de trabalho e ofereciam assistência social¹⁶⁰, além da garantia à subsistência¹⁶¹.

¹⁶⁰ CF/34: “Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar; b) estimular a educação eugênica; c) amparar a maternidade e a infância; d) socorrer as famílias de prole numerosa; e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual; f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.”

¹⁶¹ CF/34: “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 34) A todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto. O Poder Público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência.”

A Carta de 1937 não foi tão generosa, estabelecendo tão-somente o direito subjetivo à educação primária, os direitos dos trabalhadores e o dever do Estado de auxiliar a subsistência e o desenvolvimento de crianças e adolescentes, caso a família fosse miserável¹⁶².

A Constituição de 1946, em contexto mais democrático, manteve a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino primário, além da proteção dos trabalhadores e da família. Destaca-se o dispositivo que assegurava a todos trabalho que possibilitasse existência digna¹⁶³ e, ainda, o que isentava do imposto sobre o consumo artigos classificados (pela lei) como “o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica”¹⁶⁴. Há autores que reconhecem nesse enunciado a primeira referência normativa expressa a um mínimo existencial no Brasil¹⁶⁵.

Por sua vez, a Constituição de 1967 foi bastante limitada, restringindo-se a determinar a obrigatoriedade e gratuidade do ensino dos sete aos quatorze anos e a estabelecer os direitos dos trabalhadores (destaca-se a garantia de salário mínimo capaz de satisfazer as necessidades normais do trabalhador e de sua família). O advento da Emenda Constitucional nº 01/69 não alterou esses aspectos.

O grande marco, no Brasil, da garantia dos direitos sociais e proteção das condições de vida dos cidadãos foi a Constituição Federal de 1988, que ultrapassou formal e materialmente os textos anteriores.

A atual Constituição situa o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado (art. 1º, inc. III), Estado este que tem por objetivos, dentre outros, construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e

¹⁶² CF/37: “Art 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.”

¹⁶³ CF/46: “Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna.”

¹⁶⁴ CF/46: “Art 15 - § 1º - São isentos do imposto de consumo os artigos que a lei classificar como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica.”

¹⁶⁵ ZILVETI, Fernando Aurelio. **Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 223. FABO, Diego Marín-Barnuevo. **La protección del mínimo existencial en el ámbito del I.R.P.F.** Madrid: Colex, 1996. p. 13. n. 4.

a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos (art. 3º). Ademais, enunciou a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*).

Ao contrário do sistema constitucional alemão, no direito brasileiro a previsão de direitos sociais é rica. A maioria deles está no rol do artigo 6º da Carta: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados”. No artigo 7º estão previstos os direitos individuais dos trabalhadores e, no artigo 8º, os direitos relativos à sindicalização. Ainda, no título VIII da Constituição, denominado “Da ordem social”, são especificados direitos sociais. Há direitos sociais previstos também em tratados internacionais que o Brasil se comprometeu a proteger. O quadro normativo brasileiro será estudado mais detalhadamente no capítulo seguinte.

Por ora basta frisar a existência de direitos sociais expressamente positivados no sistema constitucional brasileiro. Nota-se, portanto, panorama distinto daquele vigente no direito alemão, o que leva a questionar a pertinência de buscar apoio na noção de mínimo existencial, desenvolvida em terras germânicas, para tratar, no Brasil, das condições indispensáveis para a vida digna.

1.3.2 Introdução à temática no direito brasileiro

Foi Ricardo Lobo Torres quem – na nova fase de discussão sobre direitos fundamentais inaugurada no Brasil na década de 1970¹⁶⁶ – pioneiramente versou

¹⁶⁶ Até então não se reconhecia força normativa aos textos constitucionais; faltava vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevalcia a tradição de ver a Constituição como mera ordenação de programas, convocações ao poder público, em especial ao legislador. As Cartas eram repositórios de promessas insinceras. Cf. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Interesse Público**, Porto Alegre, v. 5, n. 19, mai./jun. 2003. p. 52. A partir da década de 1970, houve um avanço nos estudos de direito constitucional, notadamente a respeito dos direitos fundamentais. Obra emblemática desta nova fase foi “Aplicabilidade das normas constitucionais”, de José Afonso da Silva, publicada ainda no ano de 1969. Restou ali assentado que todas as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas de eficácia e imperatividade. Atribuiu-se força normativa à Constituição e a proteção dos direitos fundamentais ganhou novo fôlego. A noção de efetividade da Constituição, disseminada, representou a passagem para a maturidade institucional brasileira. Era preciso aprender a lidar com princípios e extrair deles efeitos para a sociedade. A subsunção mostrou-se insuficiente, cabendo ao intérprete do direito exercício mais criativo, a fim de realizar o projeto do constituinte. A Constituição de 1988, banhada nessas novas águas, representou um recomeço na história constitucional brasileira. “Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, com o caminho a ser feito ao andar. Mas com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, desde que tudo começou. E uma novidade. Tardiamente, o povo ingressou na trajetória política brasileira, como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e da burguesia emergente” (Id.). Sobre a doutrina brasileira da efetividade, cf. BARROSO, Luís Roberto. A

sobre o mínimo existencial no direito brasileiro, no ano de 1989¹⁶⁷. A inspiração para escrever sobre o tema encontrou esteio no direito germânico, em que há algum tempo se cultivava o assunto, e nos estudos de Rawls, já referidos. Cabe, então, traçar as linhas gerais do posicionamento de Torres a respeito do mínimo existencial conforme seu primeiro texto publicado sobre o assunto.

Acrescenta-se que a breve explicação tem também o condão de trazer ao leitor noção sobre o que é o mínimo existencial, para que seja compreendido o foco da presente pesquisa. Nos fundamentos jusfilosóficos, o mínimo existencial (os autores referidos não utilizavam essa expressão) estava ainda sem forma; na decisão alemã, começou a ser desenhado, e com as construções doutrinárias que estão por vir, será cada vez mais (na medida do possível) clarificado.

Para Torres, existe um direito às condições mínimas de existência humana digna, cujo conteúdo não pode ser definido *a priori* ou mensurado¹⁶⁸. Esse direito integra o rol dos direitos humanos, exibindo as seguintes características: é pré-constitucional, constitui direito público subjetivo, tem validade *erga omnes*, não se esgota em catálogo preexistente e é dotado de historicidade¹⁶⁹.

Por não ser expressamente positivado, o mínimo existencial decorre de princípios como a igualdade (na perspectiva libertária) e o respeito à dignidade humana, dentre outros, além da cláusula do Estado Social de Direito¹⁷⁰. Trata-se de direito de *status negativus*, na medida em que tem por objeto a proteção contra ingerências do Estado na autodeterminação do indivíduo, e de *status positivus libertatis*, pois a liberdade depende também de prestações estatais positivas¹⁷¹.

No entendimento de Torres, o mínimo existencial vincula-se à liberdade, e não propriamente à justiça. “Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as *condições iniciais da*

doutrina brasileira da efetividade. In: _____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. III. p. 76. É nesse panorama que o texto de Ricardo Lobo Torres versando sobre o mínimo existencial representa a primeira abordagem sobre o tema em solo nacional.

¹⁶⁷ Por ser o ensaio de Ricardo Lobo Torres publicado em 1989, tendo sido proposto o debate apenas a partir de então, o presente estudo analisa o tema do mínimo existencial especificamente sob o sistema constitucional inaugurado em 1988.

¹⁶⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, jul./set. 1989. p. 29.

¹⁶⁹ Ibid., p. 32.

¹⁷⁰ Id.

¹⁷¹ Ibid., p. 35. O autor enfatiza que o *status positivus* em jogo é o *libertatis*, que não deve ser confundido com o *status positivus socialis*, o qual se constitui “pelas prestações estatais entregues para a proteção dos direitos econômicos e sociais e para a seguridade social”, relacionados com o valor justiça e que dependem das condições sócio-econômicas (Ibid., p. 40).

liberdade."¹⁷² Relaciona-se também com a felicidade do homem, no sentido de desfrutar de uma boa qualidade de vida¹⁷³.

O autor ressalta que os direitos fundamentais e o mínimo existencial têm maior extensão nos países em desenvolvimento, frente à carência de condições de autodeterminação dos indivíduos. Todavia, ao mesmo tempo em que o mínimo existencial não pode ser muito pouco, não pode ser demais.

Para ser concretizado, o mínimo existencial necessita do processo democrático, do devido processo legal, da separação e interdependência dos poderes e do federalismo¹⁷⁴. O legislador e o administrador podem aperfeiçoar a garantia do mínimo, podendo-se ressaltar, por outro lado, o mandado de segurança e o mandado de injunção como instrumentos de sua garantia judicial¹⁷⁵.

O artigo de Torres é encerrado com a afirmação de que a efetiva garantia do mínimo existencial requer reflexão sobre a liberdade e os direitos humanos, abandonando as heranças de autoritarismo e privilégios¹⁷⁶.

Estabelecendo um contraponto entre o entendimento de Torres e o perfil atribuído ao mínimo existencial no direito germânico, percebe-se haver convergências. O autor afirma, como a doutrina e a jurisprudência alemãs antes referidas, que a garantia dos recursos mínimos para uma existência digna constitui direito subjetivo, com dimensão tanto negativa quanto positiva. Ainda, extrai essa garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito geral de liberdade e do direito à vida e integridade física.

Compartilha com o modelo alemão também a constatação de que a quantificação do mínimo depende da época, da região e do padrão sócio-econômico vigente. Atribui a todas as funções estatais a realização do mínimo existencial e, ao Judiciário, a competência para decidir sobre o padrão existencial mínimo no caso de omissão dos demais poderes. Nota-se, então, que não houve desvirtuamento no transplante do instituto para o Brasil.

Todavia, Torres é enfático ao estabelecer como fundamento do mínimo existencial a liberdade, e não a justiça social. Em relação a tal posicionamento, cabe dizer que na Alemanha o mínimo existencial foi decorrência também de

¹⁷² Ibid., p. 30.

¹⁷³ Ibid., p. 31.

¹⁷⁴ Ibid., p. 42.

¹⁷⁵ Ibid., p. 46.

¹⁷⁶ Ibid., p. 49.

interpretação sistemática do princípio do Estado Social. A primeira decisão importante do Tribunal Constitucional sobre o tema foi justamente acerca da ajuda social a um órfão, não parecendo haver notável distanciamento entre a garantia das condições para existência digna e a justiça social¹⁷⁷.

Expostas as linhas gerais do estudo pioneiro sobre o mínimo existencial no Brasil, permanece o questionamento acerca da relevância da noção para o direito pátrio. Cabe indagar os motivos de tematizar o mínimo existencial em um sistema constitucional rico em direitos fundamentais sociais, a fim de saber se o debate é frutífero para o estudo e a prática jurídica nacional.

O transplante do mínimo existencial para o direito brasileiro representa uma recepção de direito, “expressão que designa o fenômeno pelo qual uma norma, um instituto, uma construção teórico-dogmática ou um entendimento judicial de origem estrangeira são introduzidos no direito interno.”¹⁷⁸ É gênero que engloba a recepção legislativa, a recepção judicial e a recepção teórico-doutrinária.

Esta última interessa ao estudo do mínimo existencial, por ser a recepção que ocorre, por inspiração da doutrina ou da jurisprudência estrangeira, “*no âmbito da ciência jurídica, no bojo dos trabalhos dos estudiosos do direito. Estes, quando lançam mão de conceitos ou construções teóricas oriundas da doutrina alienígena, entronizando-as no direito interno, preconizam a recepção denominada teórico-doutrinária.*”¹⁷⁹

A recepção de direito pela via doutrinária efetiva-se quando “a construção teórica alienígena tenha sido adotada pela *doutrina majoritária* ou, quando menos,

¹⁷⁷ Para Fernando Facury Scaff, há uma necessária proximidade entre os direitos sociais e o mínimo existencial. “Afim, só pode exercer com plenitude a liberdade, mesmo no âmbito do mínimo existencial, quem possui capacidade para exercê-la. E para que seja possível este exercício de liberdade jurídica, é necessário assegurar a liberdade real (Alexy), ou a possibilidade de exercer suas capacidades (Amartya), através dos direitos fundamentais sociais” (SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 7, n. 32, jul./ago. 2005. p. 218). É necessário esclarecer que para Scaff os direitos sociais são direitos fundamentais. Ainda, o autor comenta que a necessidade de estreita vinculação entre a teoria do mínimo existencial e os direitos fundamentais sociais não invalida a tese de Ricardo Lobo Torres, “mas apenas coloca diferenciais de sua aplicabilidade e enfoque para países que se encontram na periferia do capitalismo, como o Brasil” (Ibid., p. 226). Também Rogério Soares do Nascimento não edossa a tese segundo a qual o mínimo existencial pode ser reduzido a condição de liberdade, alienado da pretensão de justiça (NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a utopia: problemas na efetivação do direito a uma vida saudável. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 922).

¹⁷⁸ SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. **Elementos de direito comparado**. Ciência, política integrativa, legislação e prática judiciária. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 162.

¹⁷⁹ Ibid., p. 163.

por *parte importante* ou *considerável da doutrina*.”¹⁸⁰ Em outras palavras, “aquela posição vanguardista inicialmente isolada, se porventura vier a se firmar como dominante ou representativa de entendimento doutrinário expressivo, pode ser considerada como deflagradora da recepção, mas não poderá ter o mérito de ter produzido, sozinha, a recepção de direito.”¹⁸¹ Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres, como visto, foi quem deflagrou o estudo do mínimo existencial na doutrina brasileira.

Pode-se dizer, hoje, que houve efetiva recepção do instituto, pois diversos autores tocam no tema da proteção das condições mínimas para a existência humana, como será percebido mais adiante. Os entendimentos podem variar a respeito de quais condições são estas, quais seus fundamentos e os efeitos que provocam, mas convergem quanto à importância da proteção jurídica de um mínimo existencial.

Constatada a efetiva recepção do instituto, analise-se sua adequação. A recepção de direito é útil e necessária para aprimorar o sistema jurídico. Contudo, deve-se atentar para “o controle do *ingresso de elementos oriundos do direito estrangeiro no direito interno*, respeitando-se a ordem constitucional de cada ordenamento, suas peculiaridades e *elementos estruturantes*, bem como aquilo que Pierre Legrand chama de *juriscultura* particular presente em cada ordenamento”¹⁸². A importação de institutos jurídicos deve sempre ser vista com cautela.

As especificidades decorrentes da história, da tradição, da cultura e de outros fatores influenciam as experiências jurídicas, tornando-as únicas. Deste modo, ao se pretender uma recepção de direito, “há que se levar em consideração as *especificidades* do sistema jurídico receptor em relação ao sistema jurídico estrangeiro do qual se origina o dispositivo, a norma, o instituto ou a construção teórica que se pretende aplicar ao direito interno, o que somente é possível pela comparação jurídica.”¹⁸³

Há de se verificar as semelhanças e diferenças entre os sistemas importador e exportador. Com tal providência, podem-se vislumbrar as potencialidades e limitações das recepções pretendidas, evitando incompatibilidades. Sem atentar para as peculiaridades de cada sistema, surgem conseqüências indesejáveis, por

¹⁸⁰ Ibid., p. 169.

¹⁸¹ Ibid., p. 170.

¹⁸² Ibid., p. 215.

¹⁸³ Ibid., p. 221.

mais avançado que seja o instituto transplantado ou por melhores que sejam as intenções do importador¹⁸⁴.

Por todas essas razões, considerou-se interessante a comparação realizada entre a disciplina constitucional alemã e a brasileira em relação aos direitos sociais. A Constituição Federal de 1988 é muito generosa na garantia de condições para a existência digna da pessoa, pois enumera diversos direitos (sobretudo os sociais) que satisfazem necessidades humanas básicas. Já a Lei Fundamental Alemã é fraca do ponto de vista do constitucionalismo social, por razões históricas (ceticismo quanto à incorporação de direitos sociais no texto constitucional, considerando a experiência fracassada da Constituição de Weimar; ênfase na proteção dos direitos individuais, aviltados durante o período nazista). Todavia, apesar dessas diferenças, ambos os sistemas visam à proteção da existência humana, comprometendo-se em respeitar a dignidade de toda pessoa.

Andréas Krell afirma que “Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Européia.”¹⁸⁵ Entretanto, apesar de a realidade de desenvolvimento e exclusão ser diferente, parte-se de um fato comum: não foi cumprido o mínimo existencial para todos.

Por serem os problemas sociais diferentes, as formas e graus de satisfação do mínimo existencial também serão diversificadas, conforme a realidade de cada país. Aliás, por serem as próprias condições materiais mínimas para uma vida digna cambiantes e adaptáveis, inexistente impedimento para seu transplante ao Brasil, com sua realidade peculiar.

Pode-se concluir que a afirmação do dever do Estado brasileiro de garantir o mínimo existencial, sustentada inicialmente por Ricardo Lobo Torres, é compatível com o contexto constitucional. Trata-se de recepção de direito bem-sucedida, indo ao encontro da valorização do ser humano. Sendo possível a recepção, cabe, agora, analisar sua relevância para o Brasil.

¹⁸⁴ Ibid., p. 223.

¹⁸⁵ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 53.

1.3.3 Relevância do instituto no cenário nacional

Ricardo Lobo Torres trouxe a lume a temática do mínimo existencial para colaborar com a mudança do eixo das discussões jurídicas no Brasil, antes excessivamente centradas no formalismo conceptualista¹⁸⁶ ou no normativismo do fático¹⁸⁷. O objetivo foi aprofundar a importância e frisar a efetividade das normas constitucionais, notadamente dos direitos fundamentais, com a preocupação de tornar reais os projetos estabelecidos na Constituição de 1988.

Pode-se pensar que a relevância da noção de mínimo existencial para o direito brasileiro reside nas dificuldades – de ordem prática e teórica – de efetivação dos direitos que requerem prestações estatais¹⁸⁸. É que “Se os direitos de defesa, como dirigidos, em regra, a uma abstenção por parte do Estado, assumem habitualmente a feição de direitos subjetivos, inexistindo maior controvérsia em torno de sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade, o mesmo não ocorre com os direitos a prestações.”¹⁸⁹

¹⁸⁶ Os formalistas “são aqueles que privilegiam o que está escrito na lei validamente posta, sem qualquer indagação de cunho crítico-valorativo com o intuito maior de dar segurança às relações sociais e garantir a ordem pública” (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 97). Sobre o formalismo conceptualista, válida também a própria lição de Torres: “A interpretação fundada na jurisprudência dos conceitos parte da crença de que os conceitos e as categorias jurídicas expressam plenamente a realidade social e econômica subjacente à norma, de modo que ao intérprete não cabe se preocupar com os dados empíricos. Aparece muita vez como interpretação sistemática ou lógico-sistemática, segundo a qual os conceitos e institutos devem ser compreendidos em consonância com o lugar que ocupam ou com o sistema de que promanam” (TORRES, Ricardo Lobo. Normas gerais anti-elisivas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 4, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 23 jul. 2008).

¹⁸⁷ Em linhas gerais, o normativismo é um movimento doutrinário que compreende o direito como simples sistema de comandos ou regras. Um sistema completo, sem lacunas, capaz de apreender qualquer fato social. A solução das questões jurídicas é buscada apenas no sistema de normas, sem abertura a outros elementos importantes para o fenômeno jurídico. O grande teórico desta vertente é Hans Kelsen. Cf. REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 451-476. O foco apenas nos aspectos lógicos-formais da interpretação jurídica, sem permeabilidade a valores e fatos, dificulta a proteção mais efetiva dos direitos fundamentais, pois falta aptidão para lidar adequadamente com normas de diferentes densidades e estruturas, como os princípios constitucionais.

¹⁸⁸ Por direitos a prestações, pretende-se tratar dos direitos a prestações em sentido estrito, na classificação de Robert Alexy, ou seja, os “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, o trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestações em sentido estrito” (ALEXY, op. cit., p. 499). Entende-se que os direitos prestacionais abarcam não apenas os direitos sociais, mas todos os direitos que possuem uma dimensão positiva, necessitando de prestações materiais do Estado.

¹⁸⁹ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**..., p. 272. A abordagem geral sobre as dificuldades na exigibilidade dos direitos prestacionais pode ser encontrada em ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In:

A redação imprecisa e ampla dos direitos sociais faz com que não se saiba ao certo o objeto de proteção jurídica. Outra dificuldade deriva de os direitos sociais transitarem por regras e princípios¹⁹⁰, não estando a dogmática atual adequadamente preparada para lidar com a normatividade de tais categorias¹⁹¹. Quando se apresentam como princípios, por exemplo, não são claros os efeitos que podem e pretendem produzir.

O modo de posituação dos direitos sociais, ainda, abre amplo leque de meios para sua realização (por exemplo, para satisfazer o direito à moradia, inúmeras medidas podem ser adotadas¹⁹²), cabendo prioritariamente ao legislador, legitimado democraticamente, escolher o meio mais apropriado de satisfação do direito.

A judicialização dessas demandas (por sua vez também difícil, pois os instrumentos processuais disponíveis nem sempre são adequados) pode não ser o meio mais oportuno para satisfazer os anseios sociais, tendo em vista que o Judiciário não pode estabelecer políticas públicas nem decidir em quais setores

ABRAMOVICH, Victor; AÑON, María José; COURTIS, Christian (Org.). **Derechos sociales: instrucciones de uso**. México: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003. p. 55-78.

¹⁹⁰ Tematizando princípios e regras, são emblemáticas as seguintes obras: ALEXY, op. cit.; DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Na doutrina nacional, podem ser referidos, dentre outros, os seguintes estudos: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, 2003. STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 44-70. GRAU Eros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 122-179.

¹⁹¹ BARCELLOS, **O mínimo existencial e algumas fundamentações...**, p. 103-104.

¹⁹² Em sua dimensão negativa ou defensiva, o direito à moradia traz consigo o direito de o Estado e os demais particulares respeitarem e não intentarem contra a moradia. Assim, deve-se interpretar a legislação infraconstitucional e solucionar colisões tendo essa baliza. Nesse prisma, a norma impõe, ainda, a vedação do retrocesso no tratamento legislativo. Na sua dimensão positiva ou prestacional, o direito à moradia implica um dever do Estado de editar normas jurídicas para efetivar o direito, e de promover a satisfação do interesse mediante atuação judicial ou administrativa. Nesse sentido, deve-se atuar contra a falta e a subcondição da moradia, utilizando instrumentos legais, administrativos e financeiros, tais como: confisco e distribuição de terras, desapropriações, assentamentos, regularização fundiária, facilitação de financiamentos e da usucapião, criação, implementação e destinação de recursos públicos para políticas públicas habitacionais, parcelamento do solo e edificação compulsórios, imposto progressivo sobre a propriedade predial e territorial urbana e legislação sobre as locações residenciais, dentre outros meios. Ou seja, para assegurar o acesso à moradia “existe um elenco de alternativas que não pode ser prévia e definitivamente estabelecido, cuidando-se, em suma, de questão necessariamente aberta ao debate e carente de desenvolvimento” (SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.). **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 4. p. 187).

devem ser alocados os (escassos) recursos públicos. Em um sistema democrático, a distribuição de recursos cabe prioritariamente aos poderes eleitos.

Pelas dificuldades da própria estrutura dos direitos sociais, há quem negue serem autênticos direitos subjetivos ou mesmo direitos fundamentais, eis que dependeriam integralmente do legislador, da situação econômica e das políticas públicas. Nesse sentido, posiciona-se Ricardo Lobo Torres, por exemplo, defendendo que os direitos sociais são meros programas, diretivas ou orientações para o legislador, sem gerarem por si sós pretensões a prestações positivas do Estado¹⁹³.

A intenção por ora é apenas mencionar a problemática que envolve os direitos prestacionais. Não cabe examinar as diversas nuances do (complexo) debate nem tematizar as soluções propostas pela doutrina. Basta constatar que o trajeto para a efetivação dessa categoria de direitos é repleto de obstáculos.

É justamente para contornar as muitas pedras do caminho que se suscita a noção de mínimo existencial. Os elementos que compõem esse mínimo podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais, sem necessidade de intervenção legislativa ou atuação do administrador, sendo sindicáveis desde logo. Gozam de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Os direitos que integram o mínimo existencial caracterizam-se como direitos subjetivos, não cabendo contra eles alegar a ausência de recursos para efetivar as prestações estatais requeridas¹⁹⁴.

Assim, pode-se pensar que uma razão para o debate acerca do mínimo existencial na experiência brasileira é a dificuldade aqui encontrada em relação à eficácia dos direitos prestacionais. A Constituição Federal é rica na proclamação dos direitos, mas poucos são os resultados.

¹⁹³ “Só uma vez emitida a legislação destinada a executar os preceitos constitucionais em causa é que os direitos sociais se consolidarão como direitos subjetivos, mas, então, não valem como direitos fundamentais, mas enquanto direitos concedidos por lei” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983. p. 209). “Os direitos sociais e econômicos, nos seus aspectos prestacionais, estremam-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia *erga omnes* e se subordinam à idéia de justiça social” (TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na Constituição**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 411). São apenas princípios de justiça, normas programáticas, sujeitas à interposição do legislador pela via do orçamento público.

¹⁹⁴ Sustentando as características referidas, consultar, dentre outros: TORRES, **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V...**, p. 409; SARLET, **O direito fundamental à moradia na Constituição...**, p. 185-186; BARCELLOS, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...**, p. 271-272; OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Curitiba, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 356.

O mínimo existencial garantiria que as pessoas alcançassem, ao menos, os recursos básicos para viver com dignidade. A noção pode ser vista como uma solução para o problema da eficácia dos direitos, “na medida em que procura representar um subconjunto dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais *menor* – minimizando o problema dos custos – e *mais preciso* – procurando superar a imprecisão dos princípios. E, mais importante, que seja efetivamente *exigível* do Estado.”¹⁹⁵

No Brasil, a dimensão prestacional dos direitos nunca foi levada muito a sério, sendo que legisladores e administradores tradicionalmente deixam a desejar na implementação dos compromissos constitucionais. Em outras palavras, os mecanismos clássicos da democracia representativa (parlamento e governo) não conseguem realizar a contento os direitos mais básicos. O instituto do mínimo existencial tem muito a oferecer para a mobilização dos cidadãos e a atuação dos julgadores, estando aí mais uma razão para sustentar a relevância de sua acolhida no ordenamento pátrio.

Há de se colocar uma ressalva: caso o mínimo existencial seja utilizado para reduzir ainda mais a sindicabilidade dos direitos prestacionais, no sentido de que apenas uma dimensão ínfima poderia ser exigida do Estado, a teoria terá sido fruto de recepção equivocada. Afinal, como salienta Ricardo Lobo Torres, “A retórica do mínimo existencial não minimiza os direitos sociais, senão que os fortalece extraordinariamente na sua dimensão essencial, dotada de plena eficácia”¹⁹⁶.

Sob outro ângulo, notado por Paulo Leivas, o debate sobre a garantia do mínimo existencial não é supérfluo no Brasil também considerando haver necessidades humanas cuja satisfação não foi garantida no texto constitucional¹⁹⁷.

¹⁹⁵ BARCELLOS, **O mínimo existencial e algumas fundamentações...**, p. 109. Mariana Figueiredo reitera a idéia de que “a concepção de mínimo existencial pode ser reconduzida ao intento de superação prática das dificuldades de concretização dos direitos sociais a prestações materiais” (FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 191).

¹⁹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multifuncional na era dos direitos. In: _____. (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 268. Há que se ressaltar que para o autor, como já referido, os direitos sociais não se caracterizam como fundamentais, exceto quanto à parcela essencial para a existência humana digna. (TORRES, **O mínimo existencial e os direitos fundamentais...**, p. 33-34). Embora não se concorde com tal entendimento, a citação feita encaixa-se na idéia de que o mínimo existencial serve para dotar de maior eficácia os direitos fundamentais.

¹⁹⁷ Paulo Leivas (op. cit., p. 90) traz como exemplos as seguintes necessidades: “alimentação, dormir (embora o dormir esteja associado à habitação, garantida no art. 6º da Constituição, o indivíduo pode estar em locais que não sejam a sua moradia, v.g., estar encarcerado, etc.), necessidades fisiológicas satisfeitas com dignidade (que leva à discussão sobre direito à

Pensa-se que a Constituição não precisa ser extremamente analítica (mais do que já é), atribuindo proteção jurídica a todas as necessidades humanas básicas nominalmente. O detalhamento exagerado das disposições constitucionais poderia até mesmo engessar a atuação política e as reivindicações sociais.

Se a redação imprecisa das normas de direitos sociais pode dificultar sua efetivação, por outro lado, favorece a proteção de ampla gama de interesses. Há direitos implícitos no texto constitucional, e o mínimo existencial pode ser invocado para satisfazê-los. Por exemplo, dormir, beber água e alimentar-se, necessidades referidas por Leivas, estão associadas ao direito à saúde. O direito à alimentação também está previsto na norma que garante um salário mínimo a todo trabalhador (art. 7º, IV, da CF), naquela que determina que se assegure, com prioridade, a nutrição de crianças e adolescentes (art. 227 da CF), e em diversos tratados internacionais que o Brasil se comprometeu a respeitar, como restará demonstrado.

Outra relevância da acolhida do conceito jurídico de mínimo existencial, segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, está em sua conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana. Como se trata de princípio bastante abstrato, sua previsão constitucional não foi suficiente para que o disposto na norma merecesse a devida atenção e efetivação. “Pelo acolhimento do conceito de mínimo existencial, a ser garantido como direito para a efetivação desse princípio [dignidade da pessoa humana], tem-se por estabelecido um espaço juridicamente assegurado e posto a cumprimento obrigatório, de tal modo que o seu não acatamento pode ser objeto de responsabilização do Estado.”¹⁹⁸ Assim, o conceito de mínimo existencial “dotou de conteúdo objetivo o quanto compete ao Estado e à sociedade garantir a todos para o cumprimento do princípio da dignidade humana.”¹⁹⁹

Parece ser o mesmo entendimento de Ana Paula de Barcellos²⁰⁰, na medida em que considera o mínimo existencial o núcleo, a esfera dotada de eficácia positiva²⁰¹ do princípio da dignidade da pessoa humana, tornando menos indefinido

construção de sanitários públicos), de beber água, de respirar, de praticar sexo (v.g., pode-se reconhecer um direito fundamental dos e das detentas a terem contatos sexuais com seus maridos, esposas, companheiras, namoradas, etc., o que vem a exigir a construção de locais apropriados nos estabelecimentos prisionais).”

¹⁹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, jan./jun. 2005. p. 445.

¹⁹⁹ Ibid., p. 446.

²⁰⁰ BARCELLOS, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...**, p. 278.

²⁰¹ “A modalidade de eficácia positiva ou simétrica é aquela que autoriza exigir judicialmente a realização do efeito pretendido pela norma. Esta é a modalidade de eficácia jurídica padrão e também

esse fundamento do Estado. Se não podem ser resolvidas de uma só vez as mazelas sociais, ao menos um mínimo de direitos deve ser garantido.

Diante das considerações trazidas, pode-se registrar que o mínimo existencial foi desenvolvimento importante – decorrente da necessidade de proteger a existência humana digna em face da ausência, na Lei Fundamental alemã, de direitos sociais – e que se mostra relevante ao direito brasileiro.

Trata-se de instituto que (i) reforça a proteção e realização dos direitos fundamentais, principalmente daqueles caracterizados pela sua dimensão prestacional, contornando obstáculos colocados à efetivação dessas normas, (ii) possibilita que a existência seja preservada independentemente de positivação expressa de determinado direito, (iii) serve de parâmetro para os comportamentos tanto do Estado quando da sociedade em geral e (iv) densifica o princípio da dignidade da pessoa humana.

O mínimo existencial tem sua relevância, ainda, frente à negatividade, aos conflitos. Sua negação ou violação revigora a importância da construção teórica. É que a afirmação do mínimo existencial vem justamente negar as negatividades percebidas no cotidiano²⁰². Nesse sentido, o estudo do mínimo existencial e a preocupação com a sua garantia são relevantes também considerando o cenário social brasileiro, traduzido por estatísticas alarmantes.

Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD, realizada em 2004 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE²⁰³, trazem informações sobre a condição de alimentação nos domicílios brasileiros, o que permite detectar e dimensionar os problemas de insegurança alimentar e de sua manifestação mais severa – a fome.

Em 34,8% dos domicílios visitados, equivalente a 72 milhões de pessoas, havia insegurança alimentar, o que significa a falta de alimentos em qualidade e

a única capaz de superar a violação da norma quando esta se opere através de um comportamento omissivo” (Ibid., p. 352).

²⁰² Em um primeiro momento, afirma-se a necessidade da garantia do mínimo existencial. Em um segundo momento, constatam-se negatividades, que são violações (mediante ações ou omissões) aos direitos básicos. Então, cabe tomar consciência da negatividade e negá-la, conseqüentemente afirmando o mínimo existencial. Esse último momento (negar aquilo que nega) caracteriza a crítica; contudo, não se esgota na negação, requerendo um agir pela afirmação – atuar para garantir o mínimo existencial. O esquema afirmação/negação é trabalhado em DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação** – na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 306-309.

²⁰³ Dados disponíveis em <<http://www.ibge.com.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2004/suplalimentar2004/comentario.pdf>> Acesso em: 21 jun. 2006.

quantidade adequadas. Do total de domicílios pesquisados, em 6,5% deles residiam pessoas com insegurança alimentar grave, situação em que a restrição é de tal magnitude que cerca de 14 milhões de pessoas conviviam com a experiência de passar fome.

Na área da educação, a PNAD de 2007²⁰⁴ mostrou que 14,1 milhões de pessoas de 15 anos ou mais eram analfabetas²⁰⁵. No nordeste, 19,9% pessoas de 15 anos ou mais eram analfabetas, subindo o índice para 25,7% em se tratando de pessoas com 25 anos ou mais de idade. Ademais, 21,6% dos brasileiros acima de 15 anos eram analfabetos funcionais²⁰⁶. O número médio de anos de estudo dos brasileiros com 25 anos ou mais de idade era de 6,9 anos (cabe mencionar que o ensino fundamental brasileiro tem duração de nove anos).

A pesquisa revelou, ainda, que 4,8 milhões de crianças e adolescentes brasileiros de 5 a 17 anos de idade estavam trabalhando, sendo que 1,2 milhão tinha menos de 14 anos²⁰⁷.

A PNAD 2007 informou também que apenas 51,3% dos domicílios brasileiros são atendidos por rede coletora de esgotamento sanitário. A Região Norte continuou com a menor parcela de domicílios ligados à rede coletora, com apenas 9,8% do total da região. Em 2007, o país contava com 15,7% de domicílios não atendidos por rede geral de abastecimento de água.

Esses dados conectam-se com aqueles fornecidos no Relatório de Desenvolvimento Humano de 2006, divulgado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Segundo as estatísticas, no início do século XXI, uma em cada cinco pessoas residentes em países em desenvolvimento não dispunha de

²⁰⁴ Dados disponíveis em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2007/comentarios2007.pdf>. Acesso em: 18 set. 2008.

²⁰⁵ Para a PNAD, analfabeto é aquele que não sabe ler nem escrever ao menos um bilhete simples no idioma que conhece.

²⁰⁶ Segundo a pesquisa, analfabeto funcional é a pessoa que aprendeu a decodificar minimamente a escrita, sendo capaz de produzir frases curtas, mas que não desenvolveu a habilidade de interpretação de textos. Ou seja, sabe ler o que está escrito, mas não compreende. Em uma metáfora, seria como se um brasileiro lesse um jornal em inglês, sem conhecimento do idioma estrangeiro; não conseguiria extrair qualquer significado do texto. Por outro lado, uma pessoa é considerada alfabetizada funcional se é capaz de utilizar a leitura e a escrita para continuar aprendendo e se aperfeiçoando.

²⁰⁷ Importante esclarecer que a legislação brasileira proíbe o trabalho sob qualquer forma para os menores de quatorze anos de idade. CF/88: "Art. 7º [...]. "XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos".

água potável. Cerca de 2,6 bilhões de pessoas não tinham acesso a saneamento básico²⁰⁸.

O mesmo relatório, em 2005, referia que o índice de pobreza no Brasil chegava a 9,7%²⁰⁹. Com efeito, 7,5% da população vivia com menos de US\$ 1 por dia, e 21,2%, com menos de US\$ 2 diários. Ainda, 9,2% das crianças que nasciam provavelmente não alcançariam quarenta anos de idade.

Em um mundo cada vez mais industrializado e interconectado, a maior causa de morte de crianças (superando eventos terroristas e bélicos) é a falta de água potável e de instalações sanitárias. Segundo o relatório de 2006, a carência de água e serviço de saneamento mata uma criança a cada dezenove segundos, em decorrência de diarreia. Essa moléstia, anualmente, tira a vida de 1,8 milhões de crianças menores de 5 anos – 4.900 por dia. Assim, ainda que possa ser evitada com medidas simples, a diarreia mata seis vezes mais que os conflitos armados e, entre as crianças, cinco vezes mais que a AIDS.

Bem se pode perceber que, infelizmente, muitas pessoas não têm satisfeitas as condições materiais mínimas para uma existência com dignidade. Cabe seguir nos estudos, buscando fundamentação normativa para a garantia, pelo Estado brasileiro, de tais condições.

²⁰⁸ Dados disponíveis em: http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh/rdh2006/rdh2006_crianca.pdf Acesso em: 19 ago. 2008.

²⁰⁹ Dados disponíveis em: http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh/rdh20072008/hdr_20072008_pt_complete.pdf Acesso em: 19 ago. 2008.

2 O MÍNIMO EXISTENCIAL NO QUADRO NORMATIVO BRASILEIRO

No capítulo anterior, restou afirmado que o Estado deve atuar para garantir o mínimo existencial. Há robusta fundamentação jusfilosófica para a afirmação desse dever, que restou consagrado no direito com paradigmática decisão prolatada pelo Judiciário alemão. Constatou-se que a noção de mínimo existencial, trazida ao Brasil pela via doutrinária, é compatível com o contexto constitucional brasileiro e bastante relevante para propiciar às pessoas condições materiais para a existência.

Na seqüência dos estudos, parte-se em busca de fundamentos normativos que sustentem a afirmação do dever estatal de proporcionar um mínimo existencial²¹⁰. Para tanto, serão examinados (i) alguns atos multilaterais que o Brasil se comprometeu a respeitar, (ii) normas da Constituição Federal de 1988 e (iii) exemplos de disposições infraconstitucionais relacionadas ao mínimo existencial.

O exame do quadro normativo relacionado ao mínimo existencial é possível porque já foi exposta no capítulo anterior noção sobre o que vem a ser esse mínimo. A referência ao estudo inaugural elaborado por Ricardo Lobo Torres possibilitou compreensão inicial do tema. Perquiriu-se, então, se o ordenamento jurídico

²¹⁰ Para os adeptos do jusnaturalismo, o mínimo existencial decorre da própria natureza humana; o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais. Para Ricardo Lobo Torres, por exemplo, “A proteção do mínimo existencial, sendo pré-constitucional, está ancorada na ética e se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na idéia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana” (TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 13). Mais adiante o posicionamento do autor torna-se mais explícito: “O direito às condições mínimas de existência digna constitui o conteúdo essencial dos direitos de liberdade, ou direitos humanos, ou direitos individuais, ou direitos naturais, formas diferentes de expressar a mesma realidade” (Ibid., p. 39). Pensa-se não haver resposta certa para a questão de se o mínimo existencial é direito natural ou direito positivo, pois depende da filiação a uma ou outra concepção jusfilosófica. Pérez Luño sustenta que direito natural e direito positivo não são categorias opostas. O Direito natural está antes do Direito positivo; trata-se de valores que “devem fundamentar, orientar e limitar criticamente o direito positivo quando posto ou imposto com força vinculante por quem exerce o poder na sociedade. Trata-se de ‘Direitos’ com um significado e um *status* deontico diverso (o Direito positivo veicula obrigações exigíveis coativamente pelo poder estatal, o que não ocorre com as que emanam do direito natural, cuja força vinculante deriva do *ethos* social), mas não necessariamente incompatível ou independente; porque todo Direito natural tende a positivizar-se, e todo Direito positivo, na medida em que pretenda ser justo, deve ser conforme ao direito natural” (PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Lecciones de Filosofía del Derecho: presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica**. Sevilla: Mergablum, 1998. p. 199. Tradução livre).

O fato é que a história e o direito já sedimentaram direitos que compõem o mínimo existencial (educação, saúde, alimentação e moradia, por exemplo); já se consolidaram parâmetros para a defesa de bens considerados essenciais ao ser humano em pactos internacionais e em diversos textos constitucionais da modernidade. Sobre o tema, conferir: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 45-53. COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

brasileiro também incorporou o dever que restou afirmado nas linhas anteriores. Considerando que o mínimo existencial, como conjunto de condições necessárias para a existência humana, aparecerá, nos documentos normativos, dissolvido em prestações específicas.

2.1 PLANO INTERNACIONAL

Segundo informações do Ministério das Relações Exteriores²¹¹, o Brasil comprometeu-se a respeitar trinta e nove atos multilaterais no âmbito dos direitos humanos. De alguns deles, examinados a seguir, decorre o dever de os Estados partícipes protegerem um mínimo existencial, proporcionando bens e serviços que possibilitem a existência humana digna.

2.1.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos

O Brasil acolheu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Tal documento representa a culminância de um processo ético de reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade²¹². Seu artigo XXV enuncia o direito a um padrão de vida digna, que pode ser tomado como a declaração, no plano internacional, de um direito ao mínimo existencial:

Artigo XXV: 1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Desse dispositivo é lícito extrair elementos que comporiam a noção de mínimo existencial: saúde, alimentação, vestuário, habitação, assistência social e previdência social mínima.

Apesar de a Declaração não obrigar juridicamente os Estados subscritores, tem inegável papel na sedimentação do imperativo respeito aos interesses que protege.

²¹¹ Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dhumanos.htm>> Acesso em: 22 set. 2008.

²¹² COMPARATO, op. cit., p. 211.

2.1.2 Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Documento de extrema importância – e com vinculação jurídica dos Estados – é o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, de 19 de dezembro de 1966, que pormenoriza a Declaração Universal de 1948.

No artigo 7º do Pacto, é reconhecido o direito a trabalho que assegure remuneração suficiente para dotar o trabalhador e sua família de um mínimo de condições para a existência digna. Nota-se a preocupação em possibilitar ao indivíduo a satisfação de suas necessidades básicas.

O artigo 11.1 assim dispõe: “Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida.” Trata-se de enunciado muito relevante, pois se refere ao direito de que toda pessoa goze do necessário à sua subsistência, correspondendo (semelhante à Declaração Universal de 1948) a um nível adequado de alimentação, vestuário e moradia. Considerando a menção, no artigo, do direito a uma melhoria contínua das condições de vida, pode-se inserir em seu conteúdo também a assistência à saúde e a educação. Destarte, o enunciado do artigo 11.1 motiva a aceitação do direito a um mínimo existencial.

Ainda, no item 2 do artigo 11 é reconhecido o direito fundamental de toda pessoa a ser protegida contra a fome. Abrindo um parêntese, o Comentário Geral²¹³ nº 12, de 12 de maio de 1999, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, especifica o direito à alimentação estabelecido no PIDESC, explicando a noção de alimentação adequada:

6. O direito à alimentação adequada realiza-se quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à alimentação adequada ou aos meios para sua obtenção. O direito à alimentação adequada não deverá, portanto, ser interpretado em um sentido

²¹³ Os Comentários Gerais “procuram definir com maior precisão as principais obrigações dos Estados em relação ao Pacto [PIDESC] e aos direitos econômicos, sociais e culturais, com a finalidade de lhes dar um conteúdo normativo comparável ao dos direitos civis e políticos. [...] Os Comentários Gerais ditados pelo Comitê equivalem a sua jurisprudência em relação ao conteúdo do Pacto, do qual é o único órgão de aplicação. Esses Comentários Gerais têm caráter prescritivo para os Estados em relação ao mecanismo de relatórios, porquanto o Comitê analisará seu comportamento em face dos direitos consagrados no Pacto, à luz destas interpretações, e poderá entender ainda que existiu violação do Pacto em relação a determinados direitos” (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p. 687. Tradução livre).

estrito ou restritivo, que o equaciona em termos de um pacote mínimo de calorias, proteínas e outros nutrientes específicos. O direito à alimentação adequada terá de ser resolvido de maneira progressiva. No entanto, os estados têm a obrigação precípua de implementar as ações necessárias para mitigar e aliviar a fome, como estipulado no parágrafo 2 do artigo 11, mesmo em épocas de desastres, naturais ou não.²¹⁴

O direito à alimentação, portanto, é muito mais do que uma questão de calorias. Deve-se proporcionar acesso aos alimentos adequados. Lembrando que tanto o que é considerado alimento quanto o que é considerado adequado variam conforme as condições sociais, econômicas, culturais, climáticas, ecológicas, dentre outras.

No parágrafo 8º do Comentário, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais define o conteúdo essencial do direito à alimentação adequada. Trata-se (i) da disponibilidade do alimento, em quantidade e qualidade suficiente para satisfazer as necessidades dietéticas das pessoas, livre de substâncias adversas e aceitável para uma dada cultura, e (ii) da acessibilidade ao alimento sem interferir na fruição de outros direitos humanos.

Em seguida são explicados os elementos do conteúdo essencial desse direito. Por necessidades dietéticas entende-se a presença, na dieta, “de nutrientes necessários para o crescimento físico e mental, desenvolvimento e manutenção, e atividade física, que estejam de acordo com as necessidades fisiológicas humanas em todas as etapas do ciclo de vida, e de acordo com o gênero e a ocupação” (parágrafo 9º).

Já a necessidade de estar livre de substâncias adversas diz respeito a medidas que impeçam a contaminação e a toxicidade do alimento (parágrafo 10). A aceitabilidade cultural relaciona-se à consideração dos valores culturais ligados ao alimento em si ou ao seu consumo (parágrafo 11). Também relativa ao primeiro elemento do conteúdo essencial identificado pelo Comitê, a disponibilidade abrange as alternativas de alimentar-se – diretamente dos recursos naturais ou através de sistemas de distribuição, processamento, e venda, que transportem o alimento para onde seja necessário (parágrafo 12).

A acessibilidade ao alimento, por sua vez, pode ser compreendida sob dois aspectos (parágrafo 13). Do ponto de vista econômico, os alimentos devem ser

²¹⁴ Disponível em: <<http://www.abrandh.org.br/downloads/Comentario12.pdf>> Acesso em: 25 set. 2008.

acessíveis considerando seus custos financeiros, pessoais e familiares, sem ameaçar ou comprometer a satisfação de outras necessidades básicas. Por outro lado, o alimento deve ser fisicamente acessível, ou seja, todos devem ter acesso aos alimentos, inclusive indivíduos fisicamente vulneráveis, como bebês, crianças, pessoas idosas, portadores de deficiência, pessoas acometidas por doenças e vítimas de desastres naturais, por exemplo.

O Comentário, ainda, enuncia no parágrafo 15 que o direito à alimentação adequada impõe três tipos de obrigações aos Estados: respeitar, proteger e satisfazer o direito. A obrigação de respeitar determina que não sejam tomadas medidas que impeçam o acesso à alimentação adequada. Proteger significa assegurar que outros entes ou indivíduos não impeçam o acesso à alimentação adequada. Por fim, a obrigação de satisfazer requer a atuação positiva do Estado para que as pessoas efetivamente tenham acesso a recursos e meios, bem como à sua utilização, de forma a garantir a segurança alimentar. Na impossibilidade de um indivíduo satisfazer o direito à alimentação adequada, os Estados têm a obrigação de prover diretamente o direito.

Fechando o parêntese e retornando ao exame do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o artigo 12 enuncia o direito de toda pessoa de desfrutar do mais elevado nível possível de saúde física e mental.

Também aqui se recorre às disposições do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O Comentário Geral nº 14, de 11 de agosto de 2000²¹⁵, engloba a identificação do conteúdo normativo e das obrigações resultantes do artigo 12 do PIDESC. No primeiro parágrafo do comentário, a saúde é definida como um direito humano fundamental e indispensável para o exercício dos demais direitos humanos.

Nessa esteira, no parágrafo 3º alude-se à conexão do direito à saúde com outros direitos, como a alimentação, a moradia, os direitos trabalhistas, a educação, o meio ambiente saudável, o direito à vida e integridade física, o respeito à vida privada e a liberdade de reunião e associação. Compreende-se, portanto, a inter-relação das necessidades cuja satisfação garante o bem-estar das pessoas.

Em parágrafos seguintes, refere-se que o direito à saúde inclui não apenas cuidados de saúde, mas também atenção especial aos elementos determinantes da

215

sanidade física e mental, como acesso a água potável, sistemas sanitários adequados, alimentos em boas condições, nutrição, habitação, circunstâncias ocupacionais e ambientais saudáveis (parágrafo 11). Nesse sentido, os Estados-partes devem atuar para garantir o acesso a essas condições básicas.

No parágrafo 12, identifica-se uma série de elementos essenciais contidos no direito à saúde. Por exemplo, exige-se a disponibilidade de bens, serviços e centros de atenção à saúde, bem como o desenvolvimento de programas de promoção e prevenção. Os elementos mínimos que devem estar disponíveis são: água potável, condições sanitárias adequadas, hospitais e outros estabelecimentos relacionados com a saúde, médicos e profissionais capacitados e com rendimentos competitivos, além da disponibilidade de medicamentos essenciais.

Outro elemento essencial do direito à saúde é a acessibilidade (igualitária, física, econômica e de informação) aos serviços e programas de saúde. Também é importante a adequação entre as ações e serviços de saúde e as condições sócio-culturais em que se aplicam. Ainda, importa preservar a qualidade das prestações em saúde. O Comitê aponta merecerem atenção especial os grupos sociais das mulheres, dos idosos, dos portadores de deficiência, dos povos indígenas e dos doentes mentais.

Destacam-se os parágrafos 43 e 44 do Comentário, que dizem respeito às obrigações nucleares do direito à saúde. Reiteram que os Estados têm a obrigação principal de assegurar a satisfação, ao menos em grau mínimo, dos elementos de cada um dos direitos enunciados no Pacto, incluindo o cuidado básico à saúde.

De acordo com o Comitê, as obrigações nucleares em saúde envolvem: (i) assegurar o acesso e a distribuição equitativa de recursos, bens e serviços de saúde sem discriminação, especialmente para grupos marginalizados; (ii) assegurar o acesso à alimentação básica adequada, de modo a livrar todos da fome; (iii) assegurar o acesso básico a abrigo, moradia e condições sanitárias, bem como a abastecimento adequado de água potável; (iv) disponibilizar medicamentos; e (v) adotar e implementar um plano de ação estratégia nacional de saúde pública, com base na epidemiologia, com ampla participação da sociedade (parágrafo 43). Para o estudo do mínimo existencial em saúde, é interessante essa remissão a padrões mínimos de satisfação dos direitos.

O Comitê também estabelece as seguintes obrigações como prioritárias: (i) assegurar o cuidado materno-infantil; (ii) oferecer imunização contra as doenças

infecto-contagiosas de maior ocorrência na comunidade; (iii) adotar medidas para prevenir, tratar e controlar doenças epidêmicas e endêmicas; (iv) disponibilizar educação e acesso à informação a respeito dos principais problemas de saúde na comunidade, incluindo métodos de preveni-los e controlá-los; e (v) oferecer treinamento apropriado para o pessoal da área da saúde (parágrafo 44). Esforça-se o Comitê, portanto, em detalhar o conteúdo mínimo do direito à saúde, o que é relevante para esta pesquisa.

Relacionado à saúde está o acesso a um abrigo. Nesse sentido, é importante referir também o Comentário Geral nº 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, datado de 13 de dezembro de 1991²¹⁶, que versa sobre o direito à moradia adequada.

Nesse documento, no parágrafo 8º, se expressa o que constitui uma moradia adequada: (i) a segurança jurídica da propriedade, que garante a possibilidade de gozo da moradia com tranqüilidade e certa imunidade frente a alterações arbitrárias; (ii) a disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infra-estrutura, pois uma moradia adequada deve conter certos serviços indispensáveis para a saúde, segurança, comodidade e nutrição; (iii) gastos suportáveis com habitação, de modo a não ameacarem a satisfação de outras necessidades básicas; (iv) a moradia deve ser segura e saudável (habitabilidade), incluindo espaço, privacidade e proteção suficiente de fenômenos climáticos e perigos para a saúde; (v) a moradia adequada deve ser acessível para todas as pessoas, sobretudo aquelas com necessidades especiais; (vi) a moradia deve situar-se em local que permita o acesso a opções de emprego e centros de educação e que não coloque em perigo o desfrute de outros direitos; e (vii) as políticas de moradia devem ser culturalmente adequadas. Percebe-se que a moradia que respeita a dignidade é muito mais do que quatro paredes e um teto.

É evidente que os Estados não podem satisfazer imediatamente todos os elementos que integram o conteúdo do direito a uma moradia adequada. Trata-se de direito de satisfação progressiva, mas que de modo algum pode ser confundido com postergação eterna das obrigações estatais. Há a obrigação, ao menos, de satisfazer o mínimo.

216

Disponível

em:

<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument) >
Acesso em: 29 set. 2008.

Retornando ao texto do PIDESC, seu artigo 13 versa especificamente sobre o direito à educação, fixando a obrigatoriedade e gratuidade da instrução primária. O pacto prevê que a educação deve possibilitar a todas as pessoas estarem em condições de desempenhar um papel útil na sociedade.

Também esse direito foi especificado pelo Comitê, no Comentário Geral nº 13, de 8 de dezembro de 1999²¹⁷. Estabeleceu-se a imprescindibilidade da educação para a fruição de todos os demais direitos fundamentais (parágrafo 1º). Foram determinadas, no parágrafo 6º, a disponibilidade e a acessibilidade (igualitária, física e econômica) a todos a programas de educação e estabelecimentos de ensino. Consoante já referido no direito à saúde, a educação deve ser adequada às condições sócio-econômicas vigentes. Cabe aos Estados respeitar, proteger e satisfazer o direito à educação (parágrafo 50).

2.1.3 Protocolo de San Salvador

Seguindo no exame dos documentos internacionais firmados pelo Brasil e relacionados ao mínimo existencial, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, no seu artigo 4º enuncia o direito de toda pessoa a que sua vida seja respeitada. Contudo, a Convenção concentra-se nos direitos de primeira dimensão²¹⁸. Assim, em 17 de

²¹⁷

Disponível

em:

<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/ae1a0b126d068e868025683c003c8b3b?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/ae1a0b126d068e868025683c003c8b3b?Opendocument)>
Acesso em: 29 set. 2008.

²¹⁸ Isso não significa que a Convenção não tenha regulado alguns direitos econômicos sociais e culturais. Seu artigo 26 constitui o capítulo dedicado ao tema, com a seguinte redação: “Artigo 26 – Desenvolvimento progressivo. Os Estados Membros comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.” Disponível em: <http://www.11conferenciadh.com.br/pndh/sis_int/oea/convencoes/Convencao%20Americana%20de%20Direitos%20Humanos-%20Pacto%20San%20Jose%20da%20Costa%20Rica.pdf> Acesso em: 14 out. 2008. O artigo transcrito faz menção à Carta da OEA, que, por meio do protocolo de Buenos Aires, inseriu disposições referentes à proteção da vida social, econômica e cultural, estabelecendo quase uma declaração de direitos econômico-sociais. Mas a vagueza da redação fragiliza a obrigação do Estado. “Essa tese é reforçada pelo fato de que os próprios dispositivos normativos desculpam – melhor, legitimam até – o não-cumprimento das obrigações estatais, em função da falta de recursos, ou outras razões. O que se percebe, pois, é que tais direitos não são de aplicabilidade direta e imediata. Não poderão, destarte, a Comissão e Corte de direitos humanos garanti-los” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional** (e de teoria do direito). São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 160).

novembro de 1988, foi firmado um protocolo adicional, tratando dos direitos econômicos, sociais e culturais, denominado de Protocolo de San Salvador.

No artigo 7º do Protocolo é reconhecido o direito ao trabalho, pressupondo que toda pessoa goze de remuneração que assegure, no mínimo, condições de subsistência digna para o trabalhador e sua família. No artigo 9º, garante-se um nível mínimo de previdência social, para que a pessoa seja protegida “da velhice e da incapacitação que a impossibilite, física ou mentalmente, de obter os meios de vida digna e decorosa.” Nos dois dispositivos transparece a preocupação com a satisfação das necessidades básicas das pessoas.

O artigo 10 versa sobre o direito à saúde, assegurando a todos, como meta, o mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. Como medidas para alcançar esse objetivo enunciam-se, por exemplo, a assistência médica essencial a todos, ações de medicina preventiva e a “Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.”

No artigo 11 do Protocolo, garante-se a todos o acesso a serviços públicos básicos. No artigo 12.1, declara-se o direito fundamental a uma nutrição adequada, capaz de assegurar ao indivíduo a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual.

O artigo 13, por sua vez, trata da educação, orientada ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e ao respeito à dignidade. A educação deve capacitar as pessoas a participarem efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista e a conseguirem subsistência digna. Fixa-se a obrigatoriedade, universalidade e gratuidade do ensino de primeiro grau.

O direito à constituição e proteção da família é tema do artigo 15, em que se estabelece (i) atenção e assistência especiais à mãe, antes e depois do parto; (ii) a garantia de alimentação adequada às crianças e medidas especiais de proteção aos adolescentes, que assegurem o pleno amadurecimento de suas capacidades físicas, intelectuais e morais.

No artigo 17 coloca-se a necessidade de atenção especial aos idosos, proporcionando instalações adequadas, alimentação e assistência médica especializada àqueles que não estejam em condições de prover tais condições por seus próprios meios. Assim, colhem-se do Protocolo diversos elementos para a garantia do mínimo existencial.

2.1.4 Convenção sobre os Direitos da Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução XLIV da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989, tem por objetivo fortalecer os direitos fundamentais das crianças. Destaca no artigo 6º que os Estados devem assegurar ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

A saúde é o tema do artigo 24, aludindo-se à integralidade da assistência, ao atendimento-materno infantil e às ações de medicina preventiva. No artigo 27, reconhece-se o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.

Determina-se caber aos pais ou responsáveis proporcionar condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança. Os Estados atuarão subsidiariamente, garantindo, quando necessário, assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação. Nota-se a preocupação em assegurar à criança, com todos os meios possíveis, o mínimo existencial.

O artigo 28 da Convenção, por sua vez, à semelhança dos demais atos internacionais, trata do direito à educação, fixando a obrigatoriedade, universalidade e gratuidade do ensino primário.

Realizada breve incursão em alguns atos multilaterais firmados pelo Brasil, nota-se que significativo número deles demonstra o esforço em solidificar a proteção de direitos básicos inerentes à pessoa humana, reunindo a garantia atribuída a diversos direitos, como alimentação, saúde, moradia, educação, previdência e assistência social, por exemplo. São direitos que se incorporam ao ordenamento pátrio²¹⁹.

Considerando o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil, os direitos fundamentais expressos na Carta não excluem outros decorrentes dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faz parte. A

²¹⁹ Foge ao escopo do presente trabalho a discussão a respeito do *status* das disposições contidas nos tratados internacionais de direitos humanos. O debate é tema de diversas obras. Citem-se, por exemplo: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a EC 45: aspectos problemáticos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 509-514.

análise realizada, portanto, mostra-se bastante pertinente, devendo o Estado brasileiro atuar para proporcionar o mínimo existencial. Cabe, agora, examinar o quadro normativo no plano interno²²⁰, sublinhando algumas normas constitucionais e disposições legislativas.

2.2 PLANO INTERNO: CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Em poucos textos constitucionais encontra-se positivada a garantia do mínimo existencial. Como exemplo de Carta que a contempla, cite-se a Constituição do Principado de Liechtenstein, de 05 de outubro de 1921, que no seu artigo 24 determina: “A través da via legislativa, o Estado deverá prover um sistema tributário eqüitativo que isente um mínimo existencial e atribua maior onerosidade sobre ativos e rendas altos”²²¹.

Quando a Constituição não assegura expressamente o mínimo existencial, há de se buscar sua proteção nos diversos dispositivos constitucionais – principalmente naqueles relacionados com a dignidade humana. Pode-se, ainda, encontrar tal referência nos princípios de justiça tributária, especialmente na capacidade contributiva, como fazem autores espanhóis e italianos²²².

Na Constituição Brasileira de 1988, o mínimo existencial não tem dicção própria. Todavia, sua proteção decorre de diversas normas. Talvez seja por isso que

²²⁰ Propõe-se a divisão entre plano internacional e interno pois enquanto os atos multilaterais firmam um compromisso do Estado perante outros Estados e a comunidade internacional, as normas constitucionais e os atos legislativos dirigem-se apenas à esfera interna do próprio Estado, sendo compromisso firmado com a população que se encontra sob sua jurisdição.

²²¹ Texto original: “Artikel 24. 1) Der Staat sorgt im Wege zu erlassender Gesetze für eine gerechte Besteuerung unter Freilassung eines Existenzminimums und mit stärkerer Heranziehung höherer Vermögen oder Einkommen.“ Disponível em: <<http://www.liechtenstein.li/pdf-fl-staat-verfassung-sept2003.pdf>> Acesso em: 11 ago. 2008.

A Constituição do Kuwait, de 11 de novembro de 1962, também possui dispositivo interessante. Seu artigo 48 estabelece que “O pagamento de taxas e impostos públicos é um dever de acordo com a lei, a qual regula a isenção de taxas sobre pequenas rendas de modo a manter o padrão mínimo de vida” (Disponível em: <<http://www.pm.gov.kw/constitution.asp>> Acesso em: 11 ago. 2008. Tradução livre). No mesmo sentido, a Constituição do Japão enuncia, no artigo 25, que “Todos terão direito à manutenção de padrão mínimo de subsistência cultural e de saúde” (Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/japan.txt>> Acesso em: 04 dez. 2008. Tradução livre).

²²² “De conformidade com todo o exposto, o mínimo isento constitui, em nosso entender, o requerimento constitucional de justiça tributária que, ante a ausência de riqueza ou ante sua presença de forma insuficiente, impede o exercício do poder tributário por carecer este poder do elemento básico que lhe serve de fundamento [presença de capacidade tributária] e, correlativamente, exime legitimamente os titulares daquela quantia do dever de contribuir” (MILLÁN, Emilio Cencerrado. **El mínimo exento** – en el sistema tributario español. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1999. p. 63. Tradução livre). No mesmo sentido: FABO, Diego Marín-Barnuevo. **La protección del mínimo existencial en el ámbito del I.R.P.F.** Madrid: Colex, 1996, e MOSCHETTI, Francesco. **El principio de capacidad contributiva.** Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980.

Ana Paula de Barcellos afirma que “a Constituição de 1988 efetivamente ocupou-se das condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto de sua dignidade, dedicando-lhe considerável espaço no texto constitucional e impondo a todos os entes da Federação a responsabilidade comum de alcançar os objetivos relacionais com o tema.”²²³ Na medida em que a meta da Carta de 1988 pode ser resumida na promoção do bem-estar da pessoa humana, asseguram-se condições materiais mínimas de existência²²⁴.

Analisem-se, então, as normas da Constituição Federal de 1988 pertinentes ao mínimo existencial.

2.2.1 Referências gerais

Inicialmente, traz-se o preâmbulo da Carta, que menciona a instituição, pelos representantes do povo brasileiro, de um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”.

Lembra-se que “os preâmbulos valem como orientação para a interpretação e aplicação das normas constitucionais. Têm, pois, eficácia interpretativa e integrativa; mas, se contêm uma declaração de direitos políticos e sociais do homem, valem como regra de princípio programático, pelo menos”²²⁵.

Assim, desde as primeiras palavras da Carta nota-se a preocupação em proporcionar condições adequadas de vida a todas as pessoas. Nesse sentido, afirma Roque Antonio Carrazza que já no preâmbulo pode-se vislumbrar uma noção de mínimo existencial, pois se faz referência a valores supremos como liberdade, igualdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento e justiça²²⁶.

No primeiro artigo da Constituição, resta expresso que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como um de seus

²²³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 223.

²²⁴ Ibid., p. 271-272.

²²⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 204. Após analisar os posicionamentos de Hans Kelsen, Carl Friedrich, Carl Schmitt, García-Pelayo e Vedel, José Afonso da Silva afirma ser essa a tese geral possível de ser fixada sobre a eficácia e valor jurídico dos preâmbulos das constituições.

²²⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda**: perfil constitucional e temas específicos. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 50.

fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). A dignidade torna-se baliza para toda ação estatal e não-estatal.

Muito – e bem – já se escreveu sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade é atributo inerente a todas as pessoas pelo simples fato de existirem. É fácil descrevê-la com nomes vagos ou mesmo dizer o que ela não é. “Na realidade, a dignidade da pessoa humana é um feixe semântico que vai se conteduzando ao longo dos séculos.”²²⁷ Também ao longo dos casos concretos.

Em verdade não existe um “direito à dignidade”, porque não se pode criar ou conceder dignidade; apenas se pode protegê-la, reconhecê-la e respeitá-la. Há, então, o direito ao respeito e à promoção da dignidade e sua configuração como fundamento e objetivo do Estado e da própria sociedade, baliza para a interpretação das normas jurídicas e para a atuação estatal e não-estatal.

Ingo Sarlet afirma que a dignidade repousa na autonomia pessoal, que é a liberdade do ser humano em formar sua própria existência, desenvolvendo sua personalidade e sendo sujeito de direitos. O autor propõe uma definição para a dignidade²²⁸:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe agredir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²²⁹

Por ser a dignidade tão importante e ao mesmo tempo de tão difícil apreensão jurídica, há diversos esforços para identificar seu conteúdo. Há quem

²²⁷ GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 262.

²²⁸ Com efeito, “reduzir a uma fórmula abstrata e genérica tudo aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana, em outras palavras, a definição do seu âmbito de proteção ou de incidência (em se considerando sua condição de norma jurídica), não parece ser possível, o que, por sua vez, não significa que não se possa ou deva buscar uma definição, que, todavia, acabará alcançando pleno sentido e operacionabilidade em face do caso concreto. Com efeito, para além dos aspectos ventilados, a busca de uma definição necessariamente aberta mas minimamente objetiva impõe-se justamente em face da exigência de um certo grau de segurança e estabilidade jurídica, bem como para evitar que a dignidade continue a justificar o seu contrário” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 57).

²²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.). **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 4. p. 158-159, n. 48.

acabe por preenchê-lo com a noção de mínimo existencial, como será analisado no capítulo seguinte. Apesar das vagezas que circundam o tema, pensa-se ser consenso que da dignidade humana resulta a obrigação de o Estado garantir um mínimo de recursos materiais suficientes para, a partir daí, a pessoa exercer sua própria autonomia.

Nessa esteira, não obstante inexista fórmula apriorística que defina o conteúdo da dignidade da pessoa humana²³⁰, é possível reconhecer postulados que a ela se incorporaram. Ninguém duvida que a dignidade é ferida quando alguém não tem o que comer, o que vestir, onde se proteger do frio e do calor intensos ou não sabe ler e escrever nem ao menos o seu próprio nome.

Além do artigo 1º, inciso III, também no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal, que trata dos princípios gerais da atividade econômica, é possível entrever a proteção de condições mínimas de existência digna. Sustenta-se que a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Comentando esse dispositivo, André Ramos Tavares indica que a dignidade, no campo econômico, impõe que a todos sejam garantidas condições mínimas de subsistência²³¹.

Ainda, a partir dos fundamentos da soberania e cidadania (art. 1º, inc. I e II), pode-se extrair a necessidade de “estruturação de uma rede de ações do Estado destinadas a possibilitar o desenvolvimento do homem como sujeito ativo de seu destino e dos desígnios políticos da nação”²³². São princípios que exigem dos poderes públicos, a fim de ser respeitada a Constituição, esforços para proporcionar a real capacidade de participação dos brasileiros nas decisões do Estado.

Seguindo na análise da normatividade, aponta-se que um dos objetivos do Estado brasileiro é “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, inc. III). Eis, portanto, um dos pontos a ser alcançado com qualquer atuação do Estado.

A pobreza é um fenômeno complexo, mas pode ser entendida, em linhas gerais, como “a situação na qual as necessidades não são atendidas de forma

²³⁰ A dignidade da pessoa humana não pode ser conceituada de modo fixo, pois tal não se coadunaria com o pluralismo e a diversidade de valores reinantes nas sociedades democráticas contemporâneas. Assim, trata-se de conceito em permanente construção e desenvolvimento, que reclama delimitação constante pela prática jurisdicional. Cf. SARLET, **Dignidade da pessoa humana** ..., p. 41.

²³¹ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006. p. 132.

²³² *Ibid.*, p. 157.

adequada.”²³³ Apesar da difícil conceituação da pobreza – dependente das diversas definições sobre quais necessidades são básicas e qual a forma adequada de satisfazê-las – “Não haverá dúvida de que o efeito desejado pelo comando é, ao menos, de que não haja miseráveis, que pessoas não passem fome, não durmam ao relento, nem sintam frio por falta de agasalho.”²³⁴ É de se lembrar, ainda, que a pobreza não pode ser vista apenas como baixa renda, mas sim como privação de capacidades básicas²³⁵.

Afirma Eros Grau que a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades “expressa, de uma banda, o reconhecimento explícito de marcas que caracterizam a realidade nacional: pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais.”²³⁶ O objetivo enunciado marca tanto a afirmação de um contexto social inaceitável quanto o dever de atuar para alterá-lo.

A idéia de o Estado proporcionar um mínimo existencial vai ao encontro do objetivo aqui examinado, pois pretende afastar a condição de pobreza e marginalização que assola considerável número de brasileiros. Nesse sentido, afirma Ricardo Lobo Torres que o problema do mínimo existencial é, em si, o problema da pobreza absoluta, que deve ser combatida pelo Estado; já a pobreza relativa, “ligada a causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, será minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias.”²³⁷

Por isso, sustenta que “No Brasil, o conceito relevante é o de pobreza absoluta, já que um contingente significativo de pessoas não tem suas necessidades básicas atendidas, mesmo quando definidas de forma estrita.”²³⁸

²³³ ROCHA, Sonia. **Pobreza no Brasil: Afinal, de que se trata?** 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 09.

²³⁴ BARCELLOS, **A eficácia dos princípios constitucionais...**, p. 197.

²³⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. Rev. Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 35. “A privação de capacidades básicas pode refletir-se em morte prematura, subnutrição significativa (especialmente de crianças), morbidez persistente, analfabetismo muito disseminado e outras deficiências” (Id).

²³⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 203.

²³⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, jul./set. 1989. p. 30. Bem explica Sonia Rocha (op. cit., p. 11): “A pobreza absoluta está estreitamente vinculada às questões de sobrevivência física; portanto, ao não-atendimento das necessidades vinculadas ao mínimo vital. O conceito de pobreza relativa define necessidades a serem satisfeitas em função do modo de vida predominante na sociedade em questão, o que significa incorporar a redução das desigualdades de meios entre os indivíduos como objetivo social. Implica, conseqüentemente, delimitar um conjunto de indivíduos ‘relativamente pobres’ em sociedades onde o mínimo vital já é garantido a todos. Para fins empíricos, a distinção entre pobreza absoluta e pobreza relativa não apresenta limites claros.”

²³⁸ *Ibid.*, p. 43.

Também na esteira do objetivo estampado no artigo 3º, inciso III, é a dicção do artigo 23, inciso X, da Constituição, ao enunciar como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”.

Na competência comum, intenta-se que “os Poderes Públicos em geral cooperem na execução das tarefas e objetivos enunciados. [...] Convocam-se, portanto, todos os entes federados para uma ação conjunta e permanente. São eles, por assim dizer, chamados à responsabilidade diante de obrigações que cabem a todos.”²³⁹ Combater a pobreza, o que pressupõe garantir um mínimo existencial às pessoas, é dever de toda a federação brasileira.

Indo mais adiante na Carta, veja-se o artigo 6º, que alude diretamente às condições materiais de existência: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. Embora não se especifique o conteúdo integral de cada um dos direitos referidos, “aqui também se aplica o registro a respeito do conteúdo mínimo que se pode reconhecer em cada uma dessas expressões”²⁴⁰.

Cabe referência também ao artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, que garante aos trabalhadores urbanos, rurais e domésticos salário mínimo “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo”. Nesse dispositivo é possível vislumbrar o mínimo existencial em termos genéricos, tendo como parâmetros as necessidades básicas do trabalhador (qualquer cidadão, em sentido amplo) e de sua família. Há quem veja nessa norma referência constitucional expressa ao mínimo existencial²⁴¹.

²³⁹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 113. A fim de estabelecer uma normativa geral à atuação comum dos entes da federação, o parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal dispõe que “Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)”

²⁴⁰ BARCELLOS, **A eficácia dos princípios constitucionais...**, p. 198.

²⁴¹ MILLÁN, op. cit., p. 29. ZILVETI, Fernando Aurelio. **Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 203. QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**. Barueri: Manole, 2004. p. 53. Roque Antonio Carrazza (op. cit., p. 49) afirma que serve de parâmetro (fugindo de uma concepção fechada) para o

Na ordem social (título VIII da Constituição), que tem como objetivo o bem-estar e a justiça social (art. 193), são especificadas algumas disposições sobre direitos sociais²⁴². Seu primeiro tema é a seguridade social, formada pelas áreas da saúde, da previdência e da assistência social (art. 194 da Constituição Federal).

2.2.2 Seguridade Social

Entende-se a seguridade social como “o conjunto de ações do Estado destinadas a garantir condições de vida digna aos indivíduos, resguardando-os de contingências impossibilitadoras da própria manutenção.”²⁴³ Vejam-se mais especificamente as normas pertinentes ao tema.

Certamente a proteção da saúde vincula-se à garantia de um mínimo existencial. Afinal, sem bem-estar físico e psíquico, uma pessoa não tem sua existência protegida.

O cuidado da saúde e da assistência pública e o zelo pelos portadores de deficiência são competências comuns dos entes federados (art. 23, inc. II). Atribui-se aos Municípios, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, a prioridade na prestação de serviços de atendimento à saúde (art. 30, inc. II), por estarem mais próximos da população.

Para melhor dimensão da importância do investimento em saúde, caso não aplicados os percentuais mínimos de receitas nas ações e serviços públicos de saúde (art. 198, §§ 1º a 3º), a União poderá intervir nos Estados ou no Distrito

delineamento do mínimo vital o necessário para atender às necessidades vitais básicas do contribuinte e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, conforme o disposto no art. 7º, IV, da CF. Para Fábio Zambitte Ibrahim, “a vida digna existe quando há meios para que a pessoa atenda a todas as demandas básicas enumeradas no art. 7º, IV da Constituição, ou seja, moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, além, claro, dos demais direitos fundamentais tradicionalmente reconhecidos e inerentes ao Estado de Direito” (IBRAHIM, Fábio Zambitte. A previdência social como direito fundamental. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1081-1082).

²⁴² “Não nos esqueçamos, neste particular, de que nem todas as normas integrantes do capítulo da ordem social, apenas pelo fato de guardarem relação direta com determinado direito fundamental social, passam a compartilhar a fundamentalidade formal e material deste” (SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 354).

²⁴³ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 264.

Federal (art. 34, inc. VII, e) e os Estados em seus Municípios (art. 35, inc. III). Bem se sabe que a intervenção é medida excepcional no federalismo brasileiro²⁴⁴.

No artigo 196, encontra-se enunciado que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”²⁴⁵ Da norma citada, depreende-se que todos terão direito à saúde, independentemente de sua condição financeira, de filiação a regime previdenciário ou pagamento de contribuições²⁴⁶.

Nesse passo, é preciso deixar claro que “o que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito

²⁴⁴ Michel Temer aponta a intervenção como elemento essencial do sistema federativo. “Visa a manter a integridade dos princípios basilares da Constituição. De um lado, objetiva a proteção do território e da divisão territorial [...]. De outro lado, pretende a paz social e moralidade administrativa bem como o adequado cuidado com as finanças do Estado [...]. Visa ainda a garantir a tripartição do poder no plano estadual. Em outro passo garante a observância da forma republicana, do sistema representativo e do regime democrático; dos direitos da pessoa humana; da autonomia municipal; e da prestação de contas da Administração pública, direta e indireta (art. 34, VII, ‘a’ a ‘d’). Deve-se notar que a intervenção federal afasta, temporariamente, a autonomia estadual ou parcela desta. Sua previsão constitucional, contudo, revela e realça a autonomia dos Estados. É que a regra é a não intervenção (a União *não* intervirá nos Estados, salvo para...). Só é possível a intervenção em negócios peculiares do Estado em face da autorização constitucional” (TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 80-81).

²⁴⁵ “O direito à promoção é um direito difuso exercido como regra em face do legislador, um direito a todos indistintamente assegurado de exigir programas de saúde, ou seja, de exigir um conjunto de ações dirigidas à finalidade de propiciar uma vida saudável, por exemplo, com oferta de saneamento e com medidas de vigilância epidemiológica tais como a coleta e a gestão dos dados sobre doenças, inclusive compulsória, se necessário. O direito à prevenção é um direito essencialmente coletivo exercido como regra em face do executivo, significando o poder de exigir prestações afirmativas e negativas tais como a estruturação de uma rede de atenção básica em saúde, capaz de dar atendimento familiar e orientação, além de promover vacinação e adotar ações de polícia administrativa em vigilância sanitária, seja pela exigência prévia de autorização para certas atividades ou serviços, seja pela fiscalização e até a proibição de algumas práticas consideradas arriscadas para a saúde. Já o direito à recuperação é um direito essencialmente individual a prestações afirmativas exercido em face do executivo e da sociedade, contemplando o direito de exigir meios de diagnóstico e de tratamento para os males que atingem os seus titulares. Portanto, o que distingue os elementos nucleares do direito de acesso à saúde (promoção, prevenção e recuperação) não são as diferentes modalidades de prestação para satisfazê-los, pois estas se combinam, são, em primeiro lugar, as finalidades e, em segundo, os seus titulares” (NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a utopia: problemas na efetivação do direito a uma vida saudável. In: SOUZA NETO, SARMENTO, **Direitos sociais...**, p. 907).

Defende Marcos Maselli Gouvêa (op. cit., p. 98) que “nas hipóteses em que a Constituição não estabelece claramente um determinado patamar de qualidade de uma prestação (por exemplo, quando estatui que o Estado ‘desenvolverá programas’ visando a um determinado fim sem especificar detalhes destes programas), há a possibilidade de sindicá-lo o dispositivo, a fim de que, ao menos, **alguma** prestação seja oferecida, e numa extensão dotada de um mínimo de eficácia.”

²⁴⁶ HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO; SARMENTO, **Direitos sociais...**, p. 830.

subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde.”²⁴⁷

Ressalte-se que assistência integral não é sinônimo de assistência ilimitada. O atendimento de saúde “deve ocorrer de acordo com normas técnico-científicas e parâmetros racionalizadores, sob pena de revelar-se ineficaz sob o aspecto terapêutico, tornar-se economicamente inviável e vir a privilegiar alguns poucos em detrimento de muitos.”²⁴⁸ A obrigação do Poder Público de fornecer tratamento adequado “cinge-se às terapias disponíveis, ao padrão de atendimento possível e aos recursos materiais e humanos existentes no território nacional.”²⁴⁹ O acesso aos serviços públicos de saúde deve ser, além de universal e integral, igualitário. Assim, são impedidas quaisquer formas de discriminação ou privilégio no acesso.

Ana Paula de Barcellos identifica quatro prioridades constitucionais na área da saúde²⁵⁰. A primeira seria a prestação de serviço de saneamento básico, que “compreende as atividades de produção, adução e distribuição de água, bem como coleta, tratamento e disposição final dos esgotos, de forma que sua prestação implica a instalação de uma rede de provimento de serviços que transportará a água a ser fornecida aos consumidores finais bem como o esgoto produzido para tratamento em estações próprias.”²⁵¹

A Constituição estabelece como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover a melhoria das condições de saneamento básico (art. 23, inc. IX). Menciona, ainda, que a participação na formulação da política e da execução das ações de saneamento básico constitui uma das atribuições do sistema único de saúde (art. 200, inc. IV).

Outra prioridade é o atendimento materno-infantil que, conforme Barcellos, “descreve o acompanhamento pré e pós-natal da gestante e da criança, cujo objetivo principal é prevenir ou tratar doenças que possam afetar a saúde da mãe ou do menor, assegurando também um parto saudável.”²⁵² A assistência materno-infantil destaca-se como baliza para a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde e como um dos preceitos a serem obedecidos pelo Estado na

²⁴⁷ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 347.

²⁴⁸ HENRIQUES, op. cit., p. 835.

²⁴⁹ Ibid., p. 837.

²⁵⁰ BARCELLOS, **A eficácia dos princípios constitucionais...**, p. 312.

²⁵¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. Setor de saneamento básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004. p. 120.

²⁵² BARCELLOS, **A eficácia dos princípios constitucionais...**, p. 313.

promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente (art. 227, § 1º, inc. I).

As ações de medicina preventiva, com o objetivo de evitar males à saúde, atuando no “antes”, igualmente destacam-se como prioridades na proteção constitucional da saúde (art. 198, inc. II). Entretanto, isso não significa ignorar a necessária complementaridade entre ações preventivas e assistenciais²⁵³.

Pode ser incluída a alimentação na seara de prevenção de males à integridade física e psíquica. A Constituição refere-se à alimentação no já citado artigo 7º, inciso IV, ao relacionar o salário mínimo como quantia necessária para a satisfação de necessidades básicas, dentre elas a alimentação. Ainda, o artigo 227 trata da proteção prioritária de direitos fundamentais da criança e do adolescente, dentre eles o direito à alimentação. Como será examinado, uma das prestações relacionadas ao direito à educação é a oferta de alimentos (art. 208, inc. VII).

A fome impede o desenvolvimento físico, intelectual e emocional das pessoas; “além de não permitir o exercício de outros direitos fundamentais, impede a alfabetização e permite o fomento de doenças.”²⁵⁴ Percebe-se, então, o caráter essencial do direito à alimentação, relacionando-se diretamente ao mínimo existencial. Há de se atribuir prioridade à disponibilidade de alimentos a todas as pessoas.

Continuando nas prioridades na área da saúde, diga-se que as ações de prevenção epidemiológica recebem atenção, ao ser enunciada como atribuição do sistema único de saúde a execução de ações de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 200, inc. II). A prevenção epidemiológica é feita por meio de

²⁵³ Sustentando-se no princípio da integralidade do atendimento de saúde, Fátima Vieira Henriques (op. cit.) não concorda com a prioridade atribuída às ações de medicina preventiva. A autora coloca-se como divergente da posição que alega ser defendida por Ana Paula de Barcellos, de que a saúde curativa não compõe o núcleo essencial do direito à saúde. Henriques (op. cit., p. 835) explica que o princípio da integralidade da assistência à saúde engloba duas idéias: “primeiro, a complementaridade necessária entre ações preventivas e curativas; segundo, a obrigatoriedade da atuação estatal resolutiva, seja qual for o nível de complexidade dos serviços exigidos no caso concreto. Dessarte, o sistema público de saúde deve atuar preferencialmente antes que seu usuário venha a adoecer; nada obstante, uma vez constatada a enfermidade, a assistência terapêutica deve ser provida independentemente da gravidade do mal e da complexidade do tratamento por ele exigido.” Apesar do adequado entendimento esposado pela autora sobre a integração entre os aspectos preventivo e curativo dos serviços de saúde, não parece correto criticar o posicionamento de Barcellos, tendo em vista que nele, apesar da atribuição de *prioridade* às ações preventivas, não se verifica a *exclusão* das ações curativas do âmbito de garantia do mínimo existencial.

²⁵⁴ MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Aspectos materiais e processuais do direito fundamental à alimentação. In: SOUZA NETO, SARMENTO, **Direitos sociais...**, p. 1086.

campanhas de vacinação, pulverização de substâncias para exterminar transmissores, dentre outras providências.

As prioridades traçadas no campo da saúde vinculam-se ao mínimo existencial na medida em que se tratam, conforme Barcellos, de prestações de que todos os indivíduos já necessitaram (atendimento pré e pós-natal), necessitam (saneamento básico e atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas), ou provavelmente não de necessitar (atendimento em caso de enfermidades geriátricas)²⁵⁵.

Seguindo no exame da seguridade social, cabe versar acerca da previdência social, sistema de seguro básico decorrente da dignidade e da solidariedade, que visa a garantir que o indivíduo tenha rendimentos que garantam existência digna.

A concepção de previdência social atualmente dominante pode ser definida, em resumo, como um seguro *sui generis*, “pois impõe, em regra, a filiação compulsória, além de possuir natureza coletiva e contributiva, equilibrada do ponto de vista financeiro e atuarial, amparando seus beneficiários contra as necessidades sociais, mediante a repartição dos riscos dentro do grupo de segurados, em uma sistemática de solidariedade forçada.”²⁵⁶

As referidas necessidades sociais dizem respeito a riscos como incapacidades para o trabalho e situações desvinculadas da idéia de infortúnio mas que momentaneamente comprometem a capacidade para o trabalho, como a maternidade. O sistema previdenciário garante o mínimo existencial caso se verifiquem essas hipóteses²⁵⁷.

Marcelo Leonardo Tavares diferencia duas esferas na previdência social: uma vinculada ao conceito de mínimo existencial (previdência social mínima) e outra considerada como prestação meramente social destinada a proporcionar conforto e elevado padrão de vida aos segurados, implementada na medida do possível e conforme as possibilidades econômicas estatais (previdência máxima)²⁵⁸.

Interessa para o presente estudo a previdência social mínima, entendida como um seguro público, básico e universal relacionado aos valores da liberdade e da igualdade, na medida em que se destina a proteger pessoas que não tenham condições de prover seu próprio sustento (quer pelo desemprego, pela idade

²⁵⁵ BARCELLOS, **A eficácia dos princípios constitucionais...**, p. 312.

²⁵⁶ IBRAHIM, op. cit., p. 1058.

²⁵⁷ Ibid., p. 1066.

²⁵⁸ TAVARES, **Previdência e assistência social...**, p. 86.

avançada ou por incapacidade laboral, por exemplo). Trata-se de prestação universal que abarca toda a população ativa, protegendo os indivíduos e suas famílias²⁵⁹.

A previdência social tem função protetora importante que a torna relacionada à garantia de um mínimo de condições para a existência humana digna. As prestações previdenciárias possibilitam que pessoas acometidas por determinadas circunstâncias tenham sua dignidade respeitada e sua liberdade real preservada.

Considerando o objetivo de apenas situar a previdência social como elemento que satisfaz o mínimo existencial, basta por ora indicar que o sistema previdenciário brasileiro vigente compõe-se de dois regimes básicos, de ingresso compulsório: (i) o regime geral de previdência social (RGPS) e os regimes próprios de previdência dos servidores públicos e dos militares (RPPS), e (ii) os regimes (privados ou públicos) complementares de previdência.

São de necessário destaque alguns aspectos que atribuem fundamentalidade às prestações do Regime Geral de Previdência Social:

- 1) a solidariedade com os trabalhadores mais desprotegidos socialmente; 2) a proteção dos riscos sociais da morte, da idade avançada, da incapacidade, da maternidade e do desemprego involuntário; 3) a participação do Estado no custeio; 4) a universalidade; 5) a uniformidade e 6) a existência de um patamar mínimo de pagamento dos benefícios garantidores dos riscos elencados no item 2, com a manutenção do poder aquisitivo.²⁶⁰

O artigo 201 da Constituição estabelece que a previdência social atenderá, nos termos da lei, a: “cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada” (inc. I), “proteção à maternidade, especialmente à gestante” (inc. II), “proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário” (inc. III), “salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda” (inc. IV), e “pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes” (inc. V). A idéia é que a pessoa tenha condições de satisfazer suas necessidades básicas mesmo quando impossibilitada de exercer atividade remunerada.

Distinguindo-se da previdência, a assistência social compõe-se de prestações sociais mínimas e gratuitas por parte do Estado (envolvendo particularmente a

²⁵⁹ Ibid., p. 87.

²⁶⁰ Ibid., p. 237.

alimentação, o vestuário e o abrigo²⁶¹), com vistas a propiciar condições de vida digna às pessoas necessitadas.

Trata-se de um dever do Estado “a ser realizado por meio de ações diversas que visem atender às necessidades básicas do indivíduo, em situações críticas da existência humana, tais como a maternidade, infância, adolescência, velhice e para pessoas portadoras de limitações físicas.”²⁶² Essas ações podem ser a entrega de numerário (benefícios), prestação de serviços ou entrega de bens *in natura*, como roupas, alimentos, medicamentos e abrigo. “O requisito básico para o gozo das prestações gratuitas de assistência social é a comprovada impossibilidade de manutenção e sobrevivência autônoma, inclusive com auxílio da família.”²⁶³

O artigo 203 da Constituição Federal garante assistência social a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social. O objetivo é evitar que qualquer pessoa deixe de desfrutar das condições mínimas para a existência com dignidade, o que evidentemente se relaciona com o mínimo existencial.

Os objetivos da assistência social são: “a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice” (art. 203, inc. I), bem como “o amparo às crianças e adolescentes carentes” (inc. II), o que atende à proposta de impedir que alguém seja privado de condições materiais mínimas de existência; ainda, “a promoção da integração ao mercado de trabalho” (inc. III) e “a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária” (inc. IV), para que o indivíduo busque por si mesmo os meios para a satisfação das suas necessidades, incentivando a autonomia pessoal.

Também aparece como objetivo da assistência social a garantia do chamado benefício de prestação continuada ou amparo social, que consiste na “garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei” (inc. V). Acredita-se que sem essa ajuda estatal o portador de deficiência ou o idoso em condições de desamparo não tem respeitada sua existência. Não há respeito à liberdade ou à dignidade quando o

²⁶¹ BARCELLOS, **A eficácia dos princípios constitucionais...**, p. 288.

²⁶² TAVARES, **Previdência e assistência social...**, p. 215.

²⁶³ *Id.*

indivíduo está aprisionado na miséria. O benefício de prestação continuada é o numerário que possibilita condições mínimas de alimentação, vestuário e abrigo.

Na Constituição Federal, há outros dispositivos específicos que podem ser colhidos sob o eixo temático da assistência aos desamparados. É competência comum dos entes da federação “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (art. 23, inc. II), além de “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais” (art. 23, inc. IX), o que revela preocupação com as condições de vida das pessoas.

Adiante, no artigo 229, a Constituição protege os filhos menores, atribuindo aos pais o dever de assisti-los, criá-los e educá-los, além de estabelecer que os filhos devem proteger os pais na velhice, carência ou enfermidade. Também pode ser compreendido como assistência social o dever da sociedade e do Estado de amparar as pessoas idosas, respeitando sua dignidade, bem-estar e direito à vida (art. 230). Ainda, nota-se a preocupação com as condições de vida dos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso (art. 245). São normas que revelam a preocupação em garantir condições materiais ao menos mínimas a todas as pessoas, especialmente para aquelas em situação mais vulnerável.

2.2.3 Educação

Após a seguridade social, a Constituição trata da educação, outra condição material para que uma pessoa goze de existência digna. Sem um mínimo grau de instrução, não se pode afirmar que alguém é livre para fazer escolhas, para verdadeiramente gerir sua vida com autonomia e participar da vida pública²⁶⁴. A

²⁶⁴ Afirma Marcos Maliska que “É por meio da educação que se tem a mobilidade social, pois ela é que vai fornecer as condições necessárias para o desenvolvimento pessoal e o exercício da cidadania, enfim, a educação é que irá garantir a autonomia do indivíduo” (MALISKA, Marcos Augusto. Educação, Constituição e democracia. In: SOUZA NETO, SARMENTO, **Direitos sociais...**, p. 789). O autor aponta que a educação desempenha diversos papéis em um Estado Constitucional. Inicialmente, serve de instrumento para o permanente aperfeiçoamento humanístico da sociedade. Ainda, “A Educação promove a visão de mundo das pessoas, a forma como elas vão ver os acontecimentos na sua cidade, no seu país e no mundo. Ela pode e deve ter, em um Estado Constitucional, a função de superação das concepções de mundo marcadas pela intolerância, pelo preconceito, pela discriminação, pela análise não crítica dos acontecimentos. Assim, tanto a educação escolar como a educação familiar, devem reproduzir as opções da Constituição, que buscam formar uma sociedade ‘livre, justa e solidária’ (art. 3º, inciso I, da CF), ‘fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (preâmbulo). A Educação deve promover o sentimento de responsabilidade nas pessoas para com o mundo que vive, o sentimento de que o mundo que

educação é importante para a fruição de diversos direitos fundamentais, como a liberdade de pensamento e de expressão, o direito de petição, a liberdade de reunião e associação, os direitos políticos, a liberdade profissional, dentre outros.

No artigo 23, inciso V, estabelece-se como competência comum dos entes da federação proporcionar meios de acesso à educação. Enquanto aos Municípios compete prioritariamente o ensino fundamental e a educação infantil (art. 30, inc. VI, e art. 211, § 2º), aos Estados incumbe o ensino fundamental e médio (art. 211, § 3º).

À semelhança dos investimentos em saúde, caso não seja aplicado o mínimo exigido na manutenção e desenvolvimento do ensino (arts. 212 e 213), a União poderá intervir nos Estados ou no Distrito Federal (art. 34, inc. VII, e); da mesma forma, o Estado poderá intervir em seus Municípios (art. 35, inc. III).

O direito à educação é enunciado no artigo 205 como direito de todos e dever do Estado e da família, sendo promovido e incentivado também com a colaboração da sociedade²⁶⁵. Trata-se de norma que impõe “tarefas e objetivos aos órgãos públicos e, em especial, ao legislador, servindo, além disso, como parâmetro obrigatório para a aplicação e interpretação das demais normas jurídicas”²⁶⁶.

O objetivo da educação, conforme a Carta, é proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Essas são balizas constitucionais para o direito à educação. “Isso significa que o direito à educação é o direito de acesso, mas não um acesso a qualquer educação, e sim àquela que atende às preocupações constitucionais.”²⁶⁷

Frente ao referido dever estatal, o inciso IV do artigo 206 estabelece “a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais”. Nessa esteira, pinça-se do artigo 208 que o dever do Estado será efetivado pela garantia de “ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, a sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria”, “atendimento educacional

está a sua volta é um pouco resultado de suas próprias ações” (Id.). Destaca também que a educação promove a consciência em relação aos direitos individuais e sociais.

²⁶⁵ Conforme Maliska (op. cit., p. 792), “ao mesmo tempo em que a idéia de igualdade de oportunidades por meio da Educação é uma meta a ser atingida, ela somente será alcançada se a sociedade mesma quiser e não apenas o governo estiver disposto a persegui-la. Sem políticas públicas governamentais não se avança, mas somente com elas também não se têm resultados significativos.”

²⁶⁶ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 356.

²⁶⁷ TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: SOUZA NETO, SARMENTO, **Direitos sociais...**, p. 775.

especializado aos portadores de deficiência”, “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”, e “oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando”.

Ciente de que não basta oferecer o acesso às instituições de ensino, o constituinte garantiu, no inciso VII do artigo 208, “atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação²⁶⁸ e assistência à saúde.” Ainda, exige-se a valorização dos profissionais da educação (art. 206, inc. V) e a garantia de um padrão mínimo de qualidade educacional (art. 206, inc, VII).

Por fim, restou expressamente reconhecido, no § 1º do artigo 208, que “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”, o que significa que seu descumprimento pode ser reclamado judicialmente. Nesse sentido, frente ao não-oferecimento ou oferecimento irregular do ensino obrigatório, “o particular poderá pedir, e o Judiciário determinar, que o Poder Público seja obrigado a custear a educação fundamental do interessado em uma instituição de ensino privada de padrão e custo similares ao da pública até que a Administração esteja em condições de prestar o serviço.”²⁶⁹ Apesar dessa possibilidade, o investimento na instituição pública é imperioso. Aliás, a autoridade competente pode ser responsabilizada pela sua omissão (total ou parcial), conforme o artigo 208, § 2º, da Constituição.

2.2.4 Outras disposições relevantes

Fora dos grupos temáticos da seguridade social e da educação, podem ser apanhados na Constituição os artigos 183 e 191, que também realizam em alguma medida o mínimo existencial, ao proporcionarem aos cidadãos e suas famílias a

²⁶⁸ Conforme a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2006, realizada pelo IBGE, “O acesso a algum tipo de refeição gratuita funciona como um estímulo à presença das crianças e adolescentes nas creches e escolas, especialmente para os oriundos de domicílios com rendimentos mais baixos, além de favorecê-las no processo de aprendizagem.” Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2006/suplementos/afazeres/comentarios2006.pdf>> Acesso em: 24 set. 2008.

²⁶⁹ BARCELLOS, **A eficácia dos princípios constitucionais...**, p. 294-295. “Em primeiro lugar, o magistrado deverá estar atento aos princípios da razoabilidade e da isonomia no caso concreto. Nada justifica que o indivíduo que obteve judicialmente o direito ao ensino fundamental seja mais bem aquinhado do que aquele que freqüentou as filas, ao longo das madrugadas, para inscrição nas escolas públicas e obteve uma vaga. Assim, a escola privada escolhida deve ter um padrão e, principalmente, um custo equivalente ao da escola pública. Ou seja: idealmente, o gasto que o Poder Público terá com esse aluno nas mesmas circunstâncias em sua rede de ensino. Além disso, o juiz poderá utilizar analogicamente o Código de Processo Civil (arts. 632 e ss.), que dispõe a respeito da obrigação de fazer executada por terceiro e custeada pelo devedor” (Ibid., p. 297).

garantia do direito à moradia por meio da aquisição de propriedade imobiliária por usucapião.

No artigo 183 tem-se a usucapião urbana. O cidadão que ocupar, para fins de moradia, por cinco anos ininterruptos e sem oposição, área urbana de até 200 m², poderá adquirir-lhe o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. No artigo 191 tem-se regramento semelhante, mas voltado para a área urbana de até 50 ha, em que o cidadão ocupa tornando-a produtiva com seu trabalho ou de sua família, estabelecendo ali sua residência. Trata-se de atuação positiva para a satisfação do direito à moradia.

Por fim, também algumas emendas constitucionais podem ser suscitadas como pertinentes ao estudo do mínimo existencial. Nesse sentido, cite-se a de nº 14/1996, que trata da educação pública e vinculação de receitas e que criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental – FUNDEF. “Esse Fundo representou um importante avanço no estabelecimento constitucional de prioridades orçamentárias. Significou, inicialmente, que do total solicitado aos Estados, Municípios e DF, indicado acima, pelo menos 60% deveria ser destinado ao ensino *fundamental*, objetivando sua universalização e remuneração condigna do magistério.”²⁷⁰

Destacam-se também as Emendas nº 29/2000, versando sobre a vinculação de receitas da União, Estados e Municípios a ações e serviços públicos de saúde, e nº 30/2000, que flexibiliza o cumprimento de precatórios judiciais, favorecendo o atendimento de prestações básicas.

Estabelecendo exceção ao princípio orçamentário da não-afetação das receitas públicas, a Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. O objetivo do Fundo é “viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida” (art. 79 do ADCT).

A instituição do referido Fundo dirige-se à proteção do mínimo existencial, vez que mostra preocupação em alocar recursos públicos para que todos tenham

²⁷⁰ TAVARES, *Previdência e assistência social...*, p. 782.

condições dignas de subsistência, mencionando elementos que compõem o conteúdo do mínimo – alimentação, moradia, educação, saúde e rendimento.

Comentando o dispositivo, Ricardo Lobo Torres ressalta o aspecto positivo de ter sido chamada a atenção dos juristas para assunto pouco estudado, mas expõe que a Emenda “promove ampla vinculação de recursos públicos, que já estão alocados ao combate à pobreza e à garantia do mínimo existencial e dos direitos sociais, o que é um retrocesso em gestão orçamentária”²⁷¹.

Todavia, pode-se pensar, por outro lado, que a Emenda reforçou a destinação de recursos para garantia do mínimo existencial. A vinculação pode ser entendida como um avanço, no sentido de determinar constitucionalmente que o Estado atue na garantia das condições mínimas para uma vida digna. Ainda, vincular investimentos em direitos sociais atende à satisfação do mínimo em relação a tais direitos.

Cite-se, por fim, a Emenda Constitucional nº 41/2003, que operou a Reforma da Previdência Social, instituindo benefícios que auxiliam a satisfação das necessidades básicas das pessoas, e a Emenda nº 42/2003, que veiculou a Reforma Tributária, autorizando a vinculação de receita a programa de apoio à inclusão e promoção social.

A referência às normas constitucionais suscitadas foi necessária para demonstrar que a Constituição Federal de 1988 protege e garante condições mínimas de existência digna a todas as pessoas. Em outras palavras, “o ordenamento constitucional de 1988 está plenamente vinculado ao propósito de viabilizar a dignidade humana, assegurando a todos o mínimo existencial ou essencial ao ser humano e à vida em sociedade.”²⁷²

Tal conclusão pode ser tomada mesmo frente à ausência, no texto, da expressão “mínimo existencial”. A alusão literal torna-se em verdade desnecessária frente à sistemática constitucional e seu arcabouço axiológico, com a previsão de diversos elementos que garantem condições básicas para que o ser humano viva com dignidade.

Nesse sentido, observa Ingo Sarlet que os direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos

²⁷¹ TORRES, Ricardo Lobo. O princípio constitucional orçamentário da não-afetação. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, abr./jun. 2007. p. 236.

²⁷² FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde. In: SOUZA NETO, SARMENTO, **Direitos sociais...**, p. 861.

trabalhadores, entre outros) abarcam algumas das dimensões do mínimo existencial, embora não devam ser reduzidos a simples concretizações e garantias do mínimo existencial²⁷³.

Nota-se a (correta) preocupação em enfatizar que os direitos vão além do mínimo existencial. “Por outro lado, a previsão de direitos sociais não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial”²⁷⁴.

O Estado brasileiro, cuja configuração, tal como desenhada na Carta, deu-se em função da valorização do ser humano, preocupa-se com (e requer, para a satisfação de seus objetivos) a integridade física e psíquica da pessoa, por meio da satisfação, ao menos em grau mínimo, de prestações nas áreas de saúde, educação, abrigo, alimentação e renda, dentre outras. Proporcionar o mínimo existencial certamente compatibiliza-se com a ordem constitucional brasileira.

2.3 PLANO INTERNO: LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

À luz do postulado do desenvolvimento máximo da personalidade humana, alguns direitos vinculam o poder público e os particulares independentemente de reconhecimento e regulamentação pelo legislador ordinário. É preciso frisar que o mínimo existencial inclui-se nessa categoria. Aliás, é instituto importante para suprir a omissão (total ou parcial) do legislador.

Adota-se o entendimento esposado por Ana Paula de Barcellos, no sentido de que o mínimo existencial apresenta a modalidade de eficácia jurídica mais consistente – a eficácia simétrica ou positiva²⁷⁵. Desta feita, não necessita de mediação legislativa para ser garantido, tendo aplicabilidade direta e imediata, caracterizando-se como direito subjetivo.

²⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 16, n. 61, jan./mar. 2007. p. 105.

²⁷⁴ Id.

²⁷⁵ “A expressão ‘simétrica’ pretende identificar a situação de identidade, simetria, entre o conteúdo da eficácia jurídica – isto é: aquilo que se pode exigir judicialmente – e os efeitos pretendidos pela norma” (BARCELLOS, **A eficácia dos princípios constitucionais...**, p. 75, n. 123). Cria-se um “direito subjetivo para aquele que seria beneficiado ou simplesmente atingido pela realização dos efeitos da norma e não o foi, de modo que ele possa exigir judicialmente que os referidos efeitos se produzam” (Ibid., p. 75).

Não obstante, a lei ordinária pode explicitar e reforçar os componentes do mínimo existencial, trazendo prestações mínimas já reconhecidas explicitamente. Por essa razão, importa apresentar algumas contribuições do legislador quanto à definição dos mais básicos direitos das pessoas, sem pretensão de exaurir as possibilidades do sistema normativo.

2.3.1 Saúde

No âmbito da saúde, o legislador é muito atuante. A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, e também sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Dispõe no artigo 2º que “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Cabe também à sociedade garantir a saúde (art. 2º, § 2º).

No artigo 3º, o legislador, seguindo a linha dos documentos internacionais anteriormente analisados, vincula a saúde – entendida de modo geral como condições de bem-estar físico, mental e social – a fatores como alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer e acesso a bens e serviços essenciais. Tal constatação vai ao encontro da idéia de que as diversas necessidades básicas do ser humano se inter-relacionam, sendo pertinente defender a proteção do mínimo existencial como um todo.

A Lei nº 8.080/90 organiza o Sistema Único de Saúde (SUS), conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas. A proteção da saúde será efetivada principalmente por meio desse sistema, em consonância com os ditames constitucionais. O artigo 6º da lei enumera as ações cuja execução inclui-se no campo de atuação do SUS: vigilância sanitária e epidemiológica, saúde do trabalhador e assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

A vigilância sanitária é “um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde” (art. 6º, § 1º). Abrange o controle de bens de consumo e de prestações relacionadas com a saúde.

Já a vigilância epidemiológica diz respeito às “ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores

determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos” (art. 6º, § 2º). As duas vertentes da vigilância – epidemiológica e sanitária – atuam com prioridade na prevenção de males à saúde, em consonância com o perfil delineado na Constituição.

A saúde do trabalhador, por sua vez, é “um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho” (art. 6º, § 3º). Envolve, dentre outros aspectos, a assistência à vítima de acidentes de trabalho ou portador de doença profissional e do trabalho, bem como estudos e atuações sobre os riscos à saúde existentes no ambiente laboral. O objetivo é possibilitar a integridade física e mental do trabalhador, para que possa obter por si próprio o necessário ao seu sustento e ao de sua família.

Visto o campo de atuação do SUS, as diretrizes do sistema estão arroladas no artigo 7º da lei. Destacam-se as seguintes: “universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência” (inc. I), “integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos” (inc. II); “preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral” (inc.III); “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios” (inc. IV); e “direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde” (inc. V).

Existem ainda diversos diplomas normativos que fixam prestações de saúde. O Decreto nº 5.090, de 20 de maio de 2004, por exemplo, instituiu o programa “Farmácia Popular do Brasil”, tendo em vista a necessidade de (i) universalizar o acesso da população a medicamentos essenciais, (ii) minimizar os custos com medicamentos básicos para os cidadãos atendidos pela rede privada de saúde e (iii) diminuir o impacto causado pelos gastos com medicamentos no orçamento familiar. Trata-se de medida importante para a efetivação do direito à saúde, pois facilita alguns tratamentos sem comprometer (ou comprometendo menos) a satisfação de demais necessidades básicas.

A Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996, garante o fornecimento gratuito da medicação necessária para o tratamento da síndrome da imunodeficiência

adquirida. Medicamentos para o tratamento de outras moléstias estão previstos em portarias do Ministério da Saúde, garantindo que pacientes recebam tratamento específico por parte do Poder Público.

Por exemplo, a Portaria nº 843, de 06 de novembro de 2002, do Ministério da Saúde, estabelece protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas para o tratamento da demência por doença de Alzheimer²⁷⁶; já a de nº 860, de 12 de novembro de 2002, refere-se ao tratamento da hepatite viral crônica B²⁷⁷. A Portaria nº 2.475, de 13 de outubro de 2006, por sua vez, aprovou a quarta edição da relação nacional de medicamentos essenciais. E a Portaria nº 2.577, de 27 de outubro do mesmo ano, disciplinou a dispensação de medicamentos excepcionais. São medidas vinculadas à proteção do mínimo existencial, pois garantem a preservação da saúde da pessoa.

Ainda, a Portaria nº 373, de 27 de fevereiro de 2002, do Ministério da Saúde, aprovou a Norma Operacional da Assistência à Saúde²⁷⁸. Conforme seu item 2, foi instituído o Plano Diretor de Regionalização, “como instrumento de ordenamento do processo de regionalização da assistência em cada Estado e no Distrito Federal, baseado nos objetivos de definição de prioridades de intervenção coerentes com as necessidades de saúde da população e garantia de acesso dos cidadãos a todos os níveis de atenção”.

O plano será elaborado considerando o acesso dos cidadãos – o mais próximo possível de sua residência – a um conjunto de ações e serviços vinculados a responsabilidades mínimas (item 4, a). Essas responsabilidades revelam um núcleo básico de proteção da saúde. Referem-se às seguintes prestações: assistência pré-natal, no parto e no puerpério; acompanhamento do crescimento e desenvolvimento infantil; cobertura universal do esquema preconizado pelo Programa Nacional de Imunizações; ações de promoção da saúde e prevenção de doenças; tratamento das moléstias mais comuns na infância; atendimento de afecções agudas de maior incidência; acompanhamento de pessoas com doenças crônicas de alta prevalência; tratamento clínico e cirúrgico de pequenas urgências ambulatoriais; tratamento dos distúrbios mentais e psicossociais mais freqüentes;

²⁷⁶ Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/PORT2002/PT-843.htm>>
Acesso em: 02 out. 2008.

²⁷⁷ Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/PORT2002/PT-860.htm>>
Acesso em: 02 out. 2008.

²⁷⁸ Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0373_27_02_2002.html> Acesso em: 02 out. 2008.

controle das doenças bucais mais comuns; e suprimento/dispensação dos medicamentos da Farmácia Básica.

Para a definição das prestações básicas em saúde, interessantes parâmetros podem ser colhidos também na Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Tais marcos são encontrados no seu artigo 12, que enumera os serviços a serem obrigatoriamente prestados mesmo no mais básico plano de saúde.

Com relação ao atendimento ambulatorial, devem ser proporcionadas consultas em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, bem como serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais solicitados pelo médico.

Se o plano inclui internação hospitalar, as prestações mínimas a serem garantidas são internações sem limitação de prazo, valor ou quantidade, em clínicas básicas e especializadas (podendo ser excetuados os procedimentos obstétricos), inclusive em centro de terapia intensiva ou similar. Devem ser proporcionados também “exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar” (art. 12, inc. II, *d*). Se o plano incluir atendimento obstétrico, o mínimo a ser oferecido à paciente é assistência ao recém-nascido por trinta dias.

Abrangendo o plano atendimento odontológico, garantem-se consultas, exames solicitados pelo odontólogo, procedimentos preventivos de dentística e endodontia, bem como pequenas cirurgias.

Se o particular que disponibiliza no mercado prestações de saúde tem o dever de disponibilizar ao menos as prestações referidas, pode-se estender tal obrigatoriedade também ao Estado. Assim, os bens e serviços de saúde enunciados (fixados pelo legislador – dotados, portanto, de legitimidade democrática) devem ser proporcionados pelo Estado aos cidadãos que deles necessitarem, representando um mínimo existencial na área da saúde.

Já se referiu que a saúde compõe a seguridade social. Cabe, então, tratar das outras esferas da seguridade – a previdência e a assistência social.

2.3.2 Previdência Social

A Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, dispõe sobre a organização da seguridade social (Lei Orgânica da Seguridade Social). O título I trata da conceituação e dos princípios constitucionais da seguridade, sendo basicamente a repetição do que a Constituição estabelece sobre saúde, previdência e assistência social. O artigo 2º da lei refere-se à saúde, combinando o disposto nos artigos 196 e 198 da Carta.

O artigo 3º trata da previdência social, oferecendo sua definição: “A Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.”

O mesmo artigo traz os princípios da previdência, em conformidade com o artigo 201 da Constituição, destacando-se a universalidade de participação, mediante contribuição, a fixação de patamar mínimo para o valor mensal dos benefícios²⁷⁹ e a preservação de seu valor real.

A Lei nº 8.213, também de 24 de julho de 1991, dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social. Seus artigos 1º e 2º enunciam a finalidade e os princípios que regem a previdência, repetindo o disposto na lei orgânica da seguridade e na Constituição Federal.

O artigo 11 enumera os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social – empregados, empregados domésticos, contribuintes individuais, trabalhadores avulsos e segurados especiais –, podendo-se notar a grande abrangência deste regime previdenciário.

²⁷⁹ O valor dos benefícios previdenciários não pode ser inferior ao salário mínimo (art. 3º, par. ún., b, da Lei nº 8.212/91). Todavia, é importante lembrar, como o faz Vincenzo Demetrio Florenzano, que o salário mínimo fixado em lei “nunca foi e nunca será capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador, muito menos de sua família. [...] A solução para esse problema é a transferência de renda. O Estado tem de cumprir sua função de redistribuir renda” (FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 165, jan./mar. 2005. p. 47). Nesse sentido, o autor defende “que a instituição de um mínimo social, composto pelo salário pago pela iniciativa privada mais a transferência efetivada pelo Estado, seria mais benéfica para as classes menos favorecidas do que a instituição de um salário mínimo, fixado em lei” (Ibid., p. 48). Frente à insuficiência do salário mínimo para a satisfação das necessidades humanas básicas (ou seja, para garantir o mínimo existencial, pode-se questionar também o sistema previdenciário, na medida em que grande parte dos benefícios são medidos por esse valor.

Os benefícios que compõem o seguro social básico visam à garantia das condições mínimas para a existência digna daqueles que estão incapacitados para obter no mercado de trabalho o necessário para seu sustento. Da sistemática, percebe-se caber ao indivíduo sua manutenção. O Estado atuará apenas subsidiariamente.

Vejam-se, então, as linhas gerais dos benefícios previdenciários traçados na lei. A aposentadoria por invalidez será devida ao segurado que “for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência” (art. 42 da Lei nº 8.213/91). Os artigos 48 a 51 da lei tratam da aposentadoria por idade (65 anos, para o homem, e 60 anos, para a mulher). Já os artigos 52 a 56 tratam da aposentadoria por tempo de serviço. Há também a aposentadoria especial, concedida “ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física” (arts. 57 e 58).

Marcelo Tavares, estudando a relação entre previdência social e mínimo existencial, exclui a aposentadoria por tempo de serviço e por idade do conjunto das prestações previdenciárias mínimas. Justifica que “O tempo de serviço e o tempo de contribuição não indicam que haja perda ou redução de capacidade de trabalho, principalmente se considerarmos a idade de início da prestação de serviço.”²⁸⁰

Por sua vez, o salário família (arts. 65 a 70 da Lei nº 8.213/91) visa a proporcionar auxílio financeiro ao segurado que tenha filhos menores de quatorze anos ou inválidos, considerando as despesas adicionais exigidas para sua manutenção. Segundo Tavares, tal benefício não integra o mínimo social. “O salário família é um benefício que não se apóia em nenhum risco social que afaste o trabalhador de sua atividade, servindo apenas de suporte à insuficiência salarial, o que é uma questão de política de trabalho e não previdenciária.”²⁸¹

Distinto é o salário maternidade, previsto nos artigos 71 a 73 da lei, que visa a garantir fonte de renda para a segurada em período anterior e posterior à concretização de sua condição de mãe, em que se afasta da sua atividade laboral.

Na seqüência do disposto na Lei nº 8.213/91, os artigos 74 a 78 garantem a pensão por morte, a fim de propiciar condições de subsistência aos dependentes do segurado falecido (arts. 74 a 78). Nos mesmos moldes tem-se o auxílio-reclusão, que proporciona a manutenção dos dependentes do segurado recolhido à prisão

²⁸⁰ TAVARES, **Previdência e assistência social...**, p. 238.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 237-238.

sem fonte de renda (art. 80). Para Tavares, “a prisão não deve servir como risco social a ser protegido com a oneração da sociedade e do Estado. Se foi cometido ato ilícito merecedor de aplicação de sanção privativa da liberdade ao segurado, a família deve merecer a proteção estatal de assistência, se for o caso.”²⁸² Por essa razão, não inclui o benefício na noção de mínimo existencial.

Fixa a lei de previdência, ainda, o auxílio doença, devido ao segurado que “ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos” (art. 59). Outro benefício é o auxílio-acidente, pago como indenização ao segurado que tenha reduzida sua capacidade para o trabalho habitualmente exercido, em decorrência das seqüelas de lesões sofridas em acidente (art. 86).

Além dos benefícios, a previdência social compreende o serviço social, destinado a esclarecer os beneficiários sobre seus direitos sociais e os meios de exercê-los (art. 88 da Lei nº 8.213/91), e a (re)habilitação profissional. Esta, em atendimento à diretriz do artigo 203, inciso IV, da Constituição Federal, consiste em proporcionar ao beneficiário incapacitado para o trabalho e aos portadores de deficiência “meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive” (art. 89). A reabilitação consiste no fornecimento ou reparação de prótese e equipamentos necessários, bem como transporte ao trabalho (art. 89, par. único).

Interessante destacar que o artigo 26 da Lei nº 8.213/91 estabelece a concessão de algumas prestações independentemente de carência, ou seja, que são de outorga obrigatória mesmo sem ser recolhido o número mínimo de contribuições mensais. Essas prestações estão enumeradas são:

I - pensão por morte, auxílio-reclusão, salário-família e auxílio-acidente; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

II - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da Previdência Social a cada três anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência, ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado;

²⁸² Ibid., p. 238.

III - os benefícios concedidos na forma do inciso I do art. 39, aos segurados especiais referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei²⁸³;

IV - serviço social;

V - reabilitação profissional.

VI - salário-maternidade para as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

A dispensa do período de carência revela que o legislador destacou certa essencialidade de algumas prestações, entendidas como necessárias para garantir a subsistência do segurado. Pode-se pinçar aqui elementos de mínimo existencial apontados pelo próprio Legislativo.

2.3.3 Assistência Social

A Lei nº 8.212/91, que organiza a seguridade social, em seu artigo 4º conceitua a assistência social, referindo-se às necessidades básicas, traduzidas, conforme o preceito legal, “em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência”. Nota-se que o dispositivo não trata propriamente das necessidades das pessoas, mas sim de condições que merecem proteção especial, por suscitarem demandas diferenciadas.

O sistema de assistência social é o tema específico da Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS). No artigo 1º, a assistência social é enunciada como direito do cidadão e dever do Estado, sendo parcela não contributiva da seguridade social, destinada à provisão dos mínimos sociais, “realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.”

²⁸³ O benefício referido é a “aposentadoria por idade ou por invalidez, de auxílio-doença, de auxílio-reclusão ou de pensão, no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período, imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido” (art. 39, inc. I, da Lei nº 8.213/91). Os segurados especiais referidos no artigo 11, inciso VII, da Lei nº 8.213/91 são “a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de: (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008) a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade: 1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais; 2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida; b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo. (Itens a, b e c incluídos pela Lei nº 11.718, de 2008)”

Destaca-se do dispositivo a referência aos mínimos sociais. Pode-se tomar tal menção como a aceitação, pelo legislador, de noção correlata ao mínimo existencial, tratando-se de um conjunto de condições materiais mínimas a ser garantido a todo ser humano para a proteção de sua dignidade e de seus direitos fundamentais. Potyara Pereira, examinando a LOAS, explica o que são os mínimos sociais:

[...] são geralmente definidos como *recursos mínimos*, destinados a pessoas incapazes de prover por meio de seu próprio trabalho a sua subsistência. Tais recursos assumem freqüentemente a forma de renda e de outros benefícios incidentes, setorialmente, sobre as áreas da saúde, da educação, da habitação, etc., ou sobre categorias particulares de beneficiários, como: idosos, pessoas portadoras de deficiência, pais solteiros (mãe ou pai), viúvas, etc. Seu financiamento advém, preponderantemente, de fonte orçamentária – e não de contribuições – e o seu funcionamento o mais das vezes prevê: obrigações recíprocas entre o beneficiário, o Estado e a sociedade; a inserção profissional e social; e contrapartidas.²⁸⁴

O artigo 2º da lei orgânica repete os objetivos da assistência social já enunciados no artigo 203 da Constituição Federal. No artigo 4º são estabelecidos os princípios que regem a assistência, destacando-se a “supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica” (inc. I); a “universalização dos direitos sociais” (inc. II); o “respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária” (inc. III); e a “igualdade de direitos no acesso ao atendimento” (inc. IV). Resta evidente a preocupação em dotar de garantia as pessoas em situação de necessidade com relação à satisfação de direitos sociais.

Da leitura dos artigos 12 a 15 da LOAS percebe-se que o atendimento às ações assistenciais emergenciais é atribuição de todos os entes federados. Cabe à esfera federal a coordenação e a edição de normas gerais; aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a coordenação e a execução dos programas de assistência, em suas respectivas unidades (art. 11).

No artigo 20 é disciplinado o benefício de prestação continuada ou amparo social, conforme determina o artigo 203, inciso V, da Constituição. Tal benefício é a “garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família” (art. 20, *caput*). O benefício é a garantia de que a pessoa, sem condições de prover seu sustento,

²⁸⁴ PEREIRA, Potyara Amazoneida. **Necessidades Humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 16. n. 3.

tenha condições materiais para existir com dignidade, satisfazendo ao menos suas necessidades básicas.

Nos parágrafos do referido preceito estão os requisitos para que a pessoa faça jus ao benefício, que são, basicamente, a deficiência ou idade avançada e a situação de necessidade. A deficiência depende de avaliação médica. Como idade avançada, apesar da disposição do *caput*, considera-se sessenta e cinco anos, em razão do disposto no Estatuto do Idoso²⁸⁵. A determinação do estado de necessidade é regulamentada de forma insuficiente pela lei (família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ¼ do salário mínimo – equivalente, em 2008, a R\$ 103,75). Caso alguém esteja em estado de necessidade mas não se encaixe na exígua determinação legal, cabe ao Judiciário aferir se o caso concreto faz a pessoa merecedora do benefício, como já tem aceitado a jurisprudência²⁸⁶.

O artigo 22 da LOAS refere-se à concessão de benefícios eventuais, entendidos como “aqueles que visam ao pagamento de auxílio por natalidade ou morte às famílias cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.” Trata-se de conferir condições materiais para que as pessoas tenham sua dignidade respeitada.

A lei prevê também a prestação de serviços sociais, compreendidos como atividades continuadas para a melhoria de vida da população, com ações voltadas para as necessidades básicas (art. 23). São citados como programas de amparo, no artigo referido, apoio “às crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social” (inc. I) e “às pessoas que vivem em situação de rua” (inc. II).

O artigo 25 enuncia a instalação de projetos de enfrentamento da pobreza, em nítida alusão ao objetivo enunciado no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal. Os projetos tratam do “investimento econômico-social nos grupos populares, buscando subsidiar, financeira e tecnicamente, iniciativas que lhes

²⁸⁵ Lei nº 10.741/03: “Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de um salário mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.”

²⁸⁶ Como exemplos do posicionamento atual, citem-se as seguintes decisões: Recurso Especial nº 868600/SP, julgado em 01/03/07 pela 6ª Turma do STJ, sendo relatora a Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJ de 26/03/07, p. 321. Apelação Cível nº 2006.01.99.024854-7/MG, julgada em 21/03/07 pela 2ª Turma do TRF da 1ª Região, sendo relatora a Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva. DJ de 23/04/07, p. 48. Apelação Cível nº 345890/AC, julgada em 26/06/06 pela 1ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, sendo relator o Des. Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. DJU de 17/07/06, p. 89-90. Apelação Cível nº 1275933/SP, julgada em 02/06/08 pela 9ª Turma do TRF da 3ª Região, sendo relator o Juiz Federal Nelson Bernardes. DJF da 3ª Região de 16/07/08. Apelação Cível nº 2007.71.99.007820-5/RS, julgada em 16/01/08 pela Turma Suplementar do TRF da 4ª Região, sendo relatora a Des. Federal Maria Isabel Pezzi Klein.

garantam meios, capacidade produtiva e de gestão para melhoria das condições gerais de subsistência, elevação do padrão da qualidade de vida, a preservação do meio-ambiente e sua organização social.”

Fora da LOAS, mas também na esteira da assistência social, a Lei nº 10.708, de 31 de julho de 2003, institui o auxílio-reabilitação. O objetivo é possibilitar a pacientes acometidos por transtornos mentais, internados há mais de dois anos em hospitais ou unidades psiquiátricas, assistência, acompanhamento e integração social fora do estabelecimento hospitalar.

O benefício constitui-se atualmente no pagamento mensal de R\$ 240,00, diretamente ao paciente ou seu representante legal. Trata-se de medida importantíssima para a garantia de condições materiais mínimas ao paciente, que na grande maioria das vezes, abandonado por sua família e com difícil acesso ao mercado de trabalho, tem dificuldades em sobreviver com dignidade fora da instituição hospitalar.

Ainda, programas de renda mínima compõem a assistência social. Seu conceito é de que “O Estado deve reservar aos miseráveis e desempregados um rendimento mínimo que lhes garanta a subsistência em condições compatíveis com a dignidade humana.”²⁸⁷ A Lei nº 10.835, de 08 de janeiro de 2004, garante uma renda básica (cujo valor será definido pelo Poder Executivo) a todos os brasileiros residentes no país e aos estrangeiros residentes há pelo menos cinco anos no Brasil, independentemente de sua condição sócio-econômica. A implementação de tal programa será progressiva.

Criticável a iniciativa, pois o Estado deve atender àqueles que efetivamente necessitam, e não servir como fonte de renda para quem consegue prover seu sustento sem dificuldades. A medida não incentiva a emancipação dos indivíduos; afirma o paternalismo estatal.

No viés da renda mínima, cite-se a Lei nº 10.836, de 09 de janeiro de 2004, que cria o Programa Bolsa Família, resultante da reformulação dos anteriores programas “bolsa escola”, “cartão alimentação”, “bolsa alimentação” e “auxílio gás”. O programa tem seus objetivos básicos enunciados no artigo 4º do Decreto nº 5.209, de 17 de setembro de 2004 (que regulamenta o programa):

²⁸⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na Constituição**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 386.

- I - promover o acesso à rede de serviços públicos, em especial, de saúde, educação e assistência social;
- II - combater a fome e promover a segurança alimentar e nutricional;
- III - estimular a emancipação sustentada das famílias que vivem em situação de pobreza e extrema pobreza;
- IV - combater a pobreza; e
- V - promover a intersetorialidade, a complementaridade e a sinergia das ações sociais do Poder Público.

Os destinatários do benefício são famílias em condições de (i) extrema pobreza, entendidas como aquelas cuja renda mensal *per capita* seja inferior a R\$ 60,00, ou (ii) pobreza, em que o parâmetro eleva-se para R\$ 120,00 (art. 18 do Decreto nº 5.209/04, com redação dada pelo Decreto nº 5.749/06)²⁸⁸. Para obter o benefício, a família deve se cadastrar perante determinados órgãos, cumprir diversos requisitos e não incidir nas vedações indicadas no Decreto nº 5.209/04.

Compõem o Programa Bolsa Família três classes de benefícios. O básico, no valor mensal de R\$ 62,00, destina-se às famílias em condições de extrema pobreza. Para famílias em situação (i) de pobreza ou (ii) de extrema pobreza, mas que tenham em sua composição gestantes, nutrizes, crianças de até doze anos ou adolescentes de até quinze anos, o benefício será variável, no valor mensal de R\$ 20,00 por beneficiário, até o limite de R\$ 60,00. Há, ainda, o benefício variável de caráter extraordinário, constituído “de parcela do valor dos benefícios das famílias remanescentes dos Programas Bolsa Escola, Bolsa Alimentação, Cartão Alimentação e Auxílio Gás que, na data da sua incorporação ao Programa Bolsa Família, exceda o limite máximo fixado para o Programa Bolsa Família” (art. 19, inc. III).

Não cabe por ora discutir as deficiências do programa²⁸⁹, e sim indicar que com sua implantação as condições materiais das famílias carentes receberam alguma melhora. Contudo, deve-se sempre evitar o paternalismo que não contribui para a emancipação das pessoas.

²⁸⁸ Segundo o Ministério do Desenvolvimento Social, o Programa Bolsa Família atende atualmente 11,1 milhões de famílias em todos os municípios brasileiros. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/o_programa_bolsa_familia/principais-resultados/> Acesso em: 27 set. 2008.

²⁸⁹ Questiona-se, por exemplo, o valor devido para que não se desestimule o trabalho, o controle do término do estado de necessidade, os modos de evitar o uso dos recursos para fins diferentes da satisfação das necessidades básicas. Ainda, verificam-se, no programa, problemas de seleção, pois muitas pessoas que necessitam do benefício não conseguem ter acesso a ele e, por outro lado, pessoas que não necessitam do benefício o recebem.

A prestação de alimentos, indispensável para a proteção do mínimo existencial, igualmente se insere na assistência social, estando bastante vinculada também à manutenção da saúde.

Do ponto de vista científico, o conceito de alimento engloba os “nutrientes capazes de preencher papéis biológicos específicos, tais como fornecer energia, material plástico para os tecidos, ou compostos biorreguladores que atendam às exigências de reações metabólicas”²⁹⁰. Assim, água potável inclui-se no direito à alimentação, por exemplo. É preciso lembrar que a definição do que seja alimento varia conforme o tempo, o espaço, a sociedade, a cultura, o ambiente.

A respeito do tema alimentação, cite-se a Lei nº 11.346, de 11 de setembro de 2006, que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, “por meio do qual o poder público, com a participação da sociedade civil organizada, formulará e implementará políticas, planos, programas e ações com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada” (art. 1º).

O artigo 2º da lei declara que a alimentação adequada (não qualquer alimentação, portanto) é direito fundamental inerente à dignidade da pessoa humana, indispensável para a fruição dos demais direitos, e que por isso deve ser promovida e garantida pelo Poder Público. No parágrafo 1º do referido artigo admite-se que as dimensões ambientais, culturais, econômicas e regionais influenciam as políticas e ações na área da alimentação, pois há necessidades diferenciadas.

A segurança alimentar é entendida como a “realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis” (art. 3º).

No artigo 4º estão arroladas as ações abrangidas pela segurança alimentar, dentre elas a ampliação das condições de acesso, processamento, industrialização, comercialização, abastecimento e distribuição dos alimentos, incluindo-se a água, bem como da geração de emprego e da redistribuição da renda (inc. I) e a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação das pessoas (inc. III).

Ainda, dois dos princípios que regem o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional são a “universalidade e equidade no acesso à alimentação

²⁹⁰ CAMPOS, Maria Aparecida Pourchet. Alimentação (introdução ao direito da). In: FRANÇA, Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 6. p. 106.

adequada, sem qualquer espécie de discriminação” (art. 8º, inc. I) e a “preservação da autonomia e respeito à dignidade das pessoas” (art. 8º, inc. II).

A preocupação com a autonomia é ressaltada também no artigo 9º, inciso IV, quando se enuncia como diretriz do SISAN a “conjugação de medidas diretas e imediatas de garantia de acesso à alimentação adequada, com ações que ampliem a capacidade de subsistência autônoma da população”. Este é um caminho para favorecer a emancipação das pessoas.

2.3.4 Educação

Quanto à educação, frisou-se que o ensino fundamental constitui direito subjetivo público do cidadão. A Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB) enuncia tal direito no seu artigo 5º, explicitando que qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída ou, ainda, o Ministério Público, pode acionar judicialmente o Poder Público para que oportunize o ensino fundamental. A ação correspondente não gerará custas e seguirá rito sumário (art. 5º, § 3º), o que atribui maior efetividade ao direito fundamental em comento. A negligência da autoridade competente na garantia do oferecimento do ensino obrigatório implica responsabilidade criminal (art. 5º, § 4º).

A fim de esclarecer o que compreende o ensino fundamental, constata-se na LDB que corresponde aos primeiros nove anos de escolaridade. A formação básica do cidadão ocorrerá, conforme o artigo 32 da lei, mediante: “o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo”; “a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade”; “o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores”; e “o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.”

Nota-se, portanto, que o legislador identificou o que compõe o direito subjetivo público à educação fundamental, especificando os objetivos da formação educacional básica. Também determina o legislador que haja padrões mínimos de qualidade educacional, “definidos como a variedade e quantidade mínimas, por

aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem” (art. 4º, inc. IX, da LDB).

Ainda, não se olvide que compõem o direito à educação também as condições materiais para que o aluno freqüente as aulas. Por isso a lei indica que o dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado, dentre outros meios, mediante a garantia de “atendimento ao educando, no ensino fundamental público, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde” (art. 4º, inc. VIII).

Também a oferta do ensino em horário noturno e para quem não teve acesso em idade adequada (art. 4º, inc. I e VI) compõe o conjunto de medidas que concretizam o direito à educação, assim como o o “atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade” (art. 4º, inc. IV).

Tratou-se de normas de saúde, previdência e assistência social, renda mínima, alimentação e educação. Há ainda outras disposições relevantes no plano infraconstitucional para a satisfação do mínimo existencial.

2.3.5 Outras disposições relevantes

Inicialmente, ressalte-se que alguns dos elementos referidos (saúde, educação, assistência etc.) recebem disciplina específica quando se tratam de crianças, adolescentes e idosos, considerados grupos com demandas diferenciadas.

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) representa a materialização normativa do princípio da proteção integral da criança (até doze anos incompletos) e do adolescente (de doze a dezoito anos de idade). O seu artigo 4º estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar prioritariamente²⁹¹ à criança e ao adolescente “a efetivação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.” Portanto, o Estatuto pretende fortalecer e priorizar a proteção dos

²⁹¹ Conforme o parágrafo único do artigo 4º do ECA, tratamento prioritário significa “a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”

direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, como pessoas em desenvolvimento²⁹².

O artigo 7º do estatuto trata da proteção da vida e da saúde da criança e do adolescente, aludindo à efetivação de “políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”. Pode-se entrever nesse dispositivo a remissão à noção de garantia do mínimo existencial.

Quanto ao direito à educação, o artigo 54 do estatuto remete ao disposto no artigo 208 da Constituição Federal, estabelecendo o ensino fundamental como obrigatório e gratuito, verdadeiro direito subjetivo. Por sua vez, o artigo 87 menciona a garantia de políticas sociais básicas e programas de assistência social para quem deles necessitar.

O artigo 208 do ECA avança na efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, permitindo a responsabilidade por ofensa a direitos básicos como o ensino obrigatório, o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, o atendimento em creche e pré-escola, programas de apoio à educação (fornecimento de material didático, transporte e assistência à saúde), serviços de assistência social, o acesso às ações e serviços de saúde, bem como a educação e profissionalização de adolescentes privados de liberdade.

Com relação aos direitos do idoso (pessoa com mais de 60 anos de idade), importante instrumento adveio com a edição da Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso).

O artigo 3º do estatuto reconhece ser “obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”. A garantia de prioridade consiste em medidas como atendimento preferencial imediato e individualizado, estímulo do convívio familiar e com diferentes gerações, além da capacitação de recursos humanos.

²⁹² A respeito do tema, conferir: BONTEMPO, Alessandra Gotti. O direito das crianças à plena fruição dos direitos econômicos, sociais e culturais: o direito a ter direitos no futuro e TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. Ambos os textos publicados em SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 831-854 e 865-885, respectivamente.

O artigo 9º do diploma relaciona-se com o mínimo existencial ao estabelecer como obrigação do Estado “garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.”

Em referência aos alimentos, o artigo 14 impõe ao Poder Público o dever de prestá-los, no âmbito da assistência social, quando o idoso ou sua família não possuir condições econômicas de prover seu sustento.

O artigo 15 explicita o direito ao acesso às ações e serviços de saúde do sistema único, nos termos já enunciados pela Constituição Federal. Igualmente repetem as disposições constitucionais os artigos do estatuto sobre a previdência social.

Ao tratar da assistência social, o legislador faz menção à disciplina fixada na LOAS. Há a referência ao já tratado benefício do amparo social – pagamento de um salário mínimo à pessoa de 65 anos ou mais que não tem condições de se sustentar, tampouco podendo contar com seus familiares para tanto (art. 34).

O direito à moradia digna é estampado no artigo 37 do estatuto, havendo prioridade para os idosos nos programas habitacionais (art. 38). No artigo 47 são traçadas linhas de ação da política de atendimento ao idoso, sendo exemplos políticas sociais básicas e programas de assistência social para os necessitados.

A omissão ou o oferecimento insatisfatório de acesso às ações e serviços de saúde, atendimento especial ao portador de deficiência, incapacidade ou doença infecto-contagiosa, bem como de serviços de assistência social aos desamparados é passível de responsabilidade, nos termos do artigo 79 do estatuto, o que reforça a exigibilidade dos direitos fundamentais ali esboçados.

Ainda na análise de dispositivos legais, saliente-se que a garantia de um abrigo é indispensável para a preservação da autonomia e da saúde do indivíduo. Sem um local para se proteger das intempéries e resguardar sua intimidade, o cidadão não pode se desenvolver por completo, ter saúde, qualidade de vida e ser respeitado como integrante de uma sociedade.

Nesse sentido, faz-se referência ao bem de família, local imprescindível para o bom desenvolvimento das relações familiares. Toda família precisa de um lar, que não pode ser desfeito por reveses econômicos, tendo em vista sua importante

função social. “O bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável”²⁹³.

A Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, é referência na proteção do bem de família no direito brasileiro. Embora tal diploma não se refira à prestação de moradia, reflete a proteção do lar conferida pelo ordenamento jurídico. A proteção por meio de norma cogente, de ordem pública, é salutar, pois a proteção do bem de família, por sua importância, não pode ser deixada ao alvedrio de alguém.

O artigo inaugural da lei evidencia o intuito de proteger o imóvel residencial próprio da entidade familiar²⁹⁴, não permitindo a penhora e nem que responda “por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam”, salvo as hipóteses previstas na lei (art. 1º). A impenhorabilidade abrange “o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados” (art. 1º, par. ún.).

Em outro viés, a moradia é protegida na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), ao dispor sobre a possibilidade de usucapião especial urbana, no artigo 9º, reiterando o disposto no artigo 183 da Constituição Federal.

Sua grande inovação refere-se à usucapião coletiva. Conforme o artigo 10 do estatuto, população de baixa renda que more por mais de cinco anos (ininterruptamente e sem oposição) em área urbana com mais de 250 m², poderá adquirir-lhe a propriedade, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel. O objetivo é atribuir a titularidade de um imóvel ao cidadão, fortalecendo seu direito à moradia. Nesse sentido, como analisado no Comentário Geral nº 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, um dos elementos da moradia adequada é a segurança jurídica da propriedade.

²⁹³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**: com comentários à Lei 8.009/90. 5. ed. rev., ampl. e atual. com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 93.

²⁹⁴ Família, aqui, entendida em sentido amplo. O artigo 226 da Constituição Federal reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (§ 3º), assim como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º). Mas mesmo a Constituição não dá conta de todas as entidades familiares. Há, por exemplo, a família mosaico, as uniões homoafetivas, amigos ou irmãos que formam um núcleo familiar, enfim, uma pluralidade de entidades familiares. Por isso, deve-se pensar em rol não taxativo para o termo “família”. Nesse sentido, conferir LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constituídas**: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>> Acesso em: 26 jun. 2007.

Cabe citar, no esteio da proteção de condições materiais indispensáveis à existência, ainda alguns dispositivos da codificação privada.

O Código de Processo Civil, no seu artigo 649, traz rol de bens impenhoráveis, ou seja, não sujeitos à execução. “Em atenção às necessidades mínimas do devedor não querendo reduzi-lo a uma situação incompatível com a dignidade humana ou servindo às conveniências do interesse comum, de não inutilizar uma empresa, a lei declara impenhoráveis determinados bens.”²⁹⁵

Do artigo 649, destaca-se o inciso II, sobre a impenhorabilidade de “pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida”, no intuito de proteger a moradia dotada de condições para a existência com dignidade. O inciso III protege “os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor”, pois são igualmente necessários para o respeito à dignidade da pessoa.

O inciso IV salva da execução (exceto no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia) quantias destinadas ao sustento do devedor e de sua família, nitidamente protegendo a subsistência. Também para preservar a fonte de sustento, são declarados impenhoráveis os instrumentos necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão (inc. V).

Com a mesma motivação, o inciso VIII preserva a pequena propriedade rural trabalhada pela família. Trata-se de regra que “configura claramente um desdobramento do princípio fundamental da dignidade humana relativa àqueles que retiram seu sustento da terra e dela dependem.”²⁹⁶

O inciso X estabelece a impenhorabilidade de quantia depositada em caderneta de poupança (até quarenta salários mínimos), supostamente para garantir condições materiais para a existência digna do executado. Por sua vez, o inciso IX protege “os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social”, garantindo a destinação de determinada quantia a essas finalidades.

O Código Civil também traz alguns dispositivos que merecem destaque. Por exemplo, seu artigo 426 estabelece que “Não pode ser objeto de contrato a herança

²⁹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 209.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 238-239.

de pessoa viva.” Na mesma esteira, o artigo 548 declara a nulidade da “doação de todos os bens sem reserva de parte ou de renda suficiente para a subsistência do doador.” O objetivo de ambas as regras é proteger a pessoa, garantindo-lhe um patrimônio mínimo para que sua dignidade seja respeitada.

Há diversas disposições no *Codex* a respeito do dever de prestar alimentos, visando a propiciar condições de subsistência mesmo a quem não detenha recursos suficientes para manter seu sustento. O artigo 1694 dispõe que “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Esclarece o artigo 1695 que “São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.” Impõe-se o dever de garantir condições materiais de vida entre pessoas que mantêm ou mantiveram algum vínculo de dependência e que realmente necessitam de apoio para seu sustento.

Considerando esse dever, o inciso IV do artigo 557 do Código Civil possibilita a revogação da doação em caso de recusa de prestação de alimentos por parte do donatário que teria o dever e a possibilidade de prestá-los. “Também nesse caso, sublinhada está a proteção, em primeiro plano, da vida do doador. Prestigia-se a subsistência em detrimento ao formalismo de um ato jurídico perfeito e acabado.”²⁹⁷

Foram trazidas algumas normas referentes a diferentes elementos que se vinculam à noção do mínimo existencial. Bem se vê que há bastante repetição e generalidade, mas pode-se identificar um dever jurídico de o Estado proporcionar, ainda que minimamente, a existência digna das pessoas, nos campos da saúde, educação, renda, assistência e previdência social, por exemplo.

É importante ressaltar que “Se num plano abstrato é possível examinar em separado cada direito social, discutir em particular o direito à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência e assistência social, em concreto, há uma interdependência entre eles que permite afirmar que nenhum estará plenamente assegurado sem que os demais também o estejam.”²⁹⁸ Por isso faz

²⁹⁷ Ibid., p. 110.

²⁹⁸ NASCIMENTO, op. cit., p. 919.

muito sentido falar em mínimo existencial, pois se refere ao conjunto de condições necessárias para a existência humana digna.

Encerrando este segundo capítulo, observou-se que o dever do Estado de atuar para garantir um mínimo existencial encontra campo fértil no direito pátrio. O quadro normativo brasileiro – envolvendo os tratados internacionais que o Brasil se comprometeu a respeitar, disposições da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional – permite concluir pela existência de um dever do Estado de proteger e proporcionar condições mínimas de existência digna para todas as pessoas que nele se encontram.

Contudo, a determinação constitucional e legal de satisfação do mínimo existencial não se coaduna com a realidade revelada nos dados estatísticos referidos no capítulo anterior. Percebe-se que o “fetiche da lei fica soando como um sarcasmo maligno, em razão de que não se encontra solução para o drama, dentro dos limites da suposta mágica de que se reveste aquilo que foi instituído.”²⁹⁹ Torna-se pertinente a alusão de Eros Grau ao caráter mítico de algumas disposições constitucionais:

Por um lado, instalam no seio da coletividade a convicção de que se vive sob a égide do Estado de Direito: se a Constituição, documento formal, existe, temos instituído o regime do Estado de Direito. Por outro – sobretudo a partir do instante em que, tocadas por um gesto de brilhantismo invulgar, a burguesia faz incluir nela um capítulo atinente aos direitos econômicos e sociais – funcionam como anteparo às expansões da sociedade, amortecida naquilo que seria expressão de sua ânsia de buscar a realização de aspirações econômicas e sociais. A Constituição, então, instaura o “Estado Social” e passa a ser exaustivamente “consumida” pela sociedade. Pouco importa que suas disposições tenham caráter programático, contemplem direitos não juridicamente exequíveis, isto é, não garantidos. [...] Não importa – repita-se – que os direitos econômicos e sociais nela instituídos não se realizem em relação a cada qual (“fulana sequer me vê”) se cada qual pode se refestelar no gáudio de viver sob a égide da Constituição [...].³⁰⁰

Procura-se evitar, neste estudo, tratar a garantia do mínimo existencial como algo mítico. A realidade de insuficiência é a ferida exposta. A teoria não pode ser um simples sopro que a alivia momentaneamente; deve oferecer elementos que de fato auxiliem a recuperação. A normatividade não pode ser uma risada sarcástica; cabe

²⁹⁹ SADY, João José. **O Judiciário e o conflito entre DH e reserva do possível**. Disponível em: <<http://www.camara.rj.gov.br/vereador/comissoes/cdca/estudos/conflito.htm>> Acesso em: 30 jul. 2008.

³⁰⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Constituinte e a Constituição que teremos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 20-22.

radicalizar sua condição de instrumento útil para construir a realidade em que se quer viver.

Se restou afirmado um dever jurídico do Estado brasileiro de garantir o mínimo existencial, é preciso entender melhor o que integra esse mínimo, para tornar o dever factível e direcionar-lhe o instrumental jurídico adequado. As propostas trazidas no cenário acadêmico são elucidativas para compreender o que é imprescindível para uma vida digna. Mas diga-se que tais propostas não poderiam ser compreendidas de modo adequado sem conhecer o quadro normativo pertinente. Cada remada contribui para ir adiante.

3 INVENTÁRIO DE PROPOSTAS SOBRE O CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Nos dois primeiros capítulos, restou afirmado, a partir de alguns aportes teóricos e do exame de construção jurisprudencial alemã, o dever do Estado de proporcionar³⁰¹ o mínimo necessário para a existência das pessoas. Em seguida, analisou-se a afirmação desse dever no Brasil, com a importação do instituto pela via doutrinária e considerando o quadro normativo vigente. Evidenciou-se, também, a relevância do debate em solo nacional.

Cabe, agora, aprofundar a análise do dever de proporcionar o mínimo existencial. Buscam-se posicionamentos doutrinários que esclareçam o que compõe esse núcleo mínimo de direitos básicos, ou seja, quais são os bens e serviços indicados como indispensáveis para uma existência humana digna cuja prestação é dever estatal e direito de todas as pessoas.

Observou Eros Grau que “A exclusão social se dá sob múltiplas modalidades [...]. Vivemos um momento marcado pela insegurança e pelo comprometimento da coesão social. Como reagem os intelectuais diante disso? [...] Faltam horizontes aos intelectuais, preocupados com a restauração das condições mínimas para que se assegure a dignidade dos homens.”³⁰² Assim, frente ao panorama social brasileiro, cabe aos estudiosos pensar nas condições básicas de dignidade.

Enquanto há quem apenas sobre a expressão “mínimo existencial” para atribuir efeito ao texto, há aqueles que se preocupam com a caracterização específica dos pressupostos básicos para a existência humana. Considerando a finalidade deste estudo, foram selecionados alguns enfoques doutrinários desse último viés, renunciando-se, desde já, à pretensão de completude.

As tentativas de conceituação ou definição do conteúdo do mínimo existencial foram aqui sistematizadas em cinco grupos³⁰³, sem excluir outras possibilidades ou

³⁰¹ Como já referido, a ênfase da pesquisa é no “proporcionar” o mínimo existencial, tomado como dimensão específica do “atuar” para a garantia do mínimo existencial. Existem diversas maneiras de o Estado atuar para essa garantia como não tributar o mínimo existencial, por exemplo (*status negativus*). O foco, entretanto, incide sobre as prestações decorrentes do mínimo existencial (*status positivus*).

³⁰² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 49.

³⁰³ Parte-se da proposta de classificação oferecida por Daniel Sarmiento, com algumas alterações. Cf: SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais:**

rearranjos. No primeiro, o mínimo existencial serve de instrumento para a garantia da liberdade real. Sem o atendimento de suas necessidades materiais mínimas, as pessoas estão impedidas de exercer a liberdade. As propostas de Rawls e Hayek, referidas no primeiro capítulo, guardadas suas peculiaridades, encaixam-se nesse viés.

No segundo grupo podem ser reunidos os argumentos de que o mínimo existencial protege as condições para a democracia. Para que o cidadão participe realmente do espaço público, deve ter suas necessidades materiais básicas satisfeitas. A referência aos estudos de Habermas e de Nino é evidente.

No terceiro grupo estão algumas propostas que defendem que a garantia das condições materiais mínimas de vida não é instrumento para alcançar algum objetivo, mas sim uma exigência autônoma da justiça; a satisfação das necessidades básicas das pessoas.

Em um quarto grupo podem ser referidas proposições fundamentadas em uma solução “neutra”: o mínimo existencial deriva do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Diz-se que tal solução é neutra porque o princípio da dignidade abarca e conduz tanto à liberdade material quanto às condições para a democracia e o atendimento às necessidades humanas básicas.

Por fim, foram agrupados alguns estudos sobre o mínimo existencial realizados no campo do direito tributário, por suas especificidades. Apesar de versarem sobre a dimensão defensiva do mínimo existencial (proibição da intervenção do Estado sobre o mínimo existencial), apresentam importantes contribuições para pensar o conteúdo das condições materiais mínimas.

Tracem-se, então, as linhas gerais das propostas pinçadas.

3.1 GARANTIA DA LIBERDADE REAL

Alguns autores estabelecem a satisfação do mínimo existencial como requisito para a garantia da liberdade. Com efeito, a liberdade manifesta-se tanto na autonomia privada quanto na autonomia pública. A autonomia privada reflete as idéias consagradas pelo Estado de Direito, ou seja, os limites às intervenções

estatais nas liberdades individuais. Já a autonomia pública³⁰⁴ relaciona-se com o postulado democrático da soberania popular; aqui, a liberdade é entendida como liberdade de participar da vida política. As autonomias privada e pública pressupõem algumas condições materiais para que possam ser exercidas de forma efetiva e em condições igualitárias. Nessa seara, não se pode deixar de citar a proposta de Amartya Sen de desenvolvimento como liberdade.

Para o autor, o desenvolvimento é entendido como “um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam.”³⁰⁵ Assim, o “desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.”³⁰⁶

Torna-se interessante a relação entre liberdade individual e condições sociais: as condições sociais servem para expandir as liberdades individuais, e as liberdades individuais devem ser utilizadas para melhorar não apenas a vida de cada um, mas também as condições sociais³⁰⁷. Deste modo, a preocupação com a liberdade individual e com as condições sociais deve ser contínua.

Amartya Sen explica que a liberdade é importante para o desenvolvimento por duas razões. A primeira é uma razão avaliatória, pois é por meio da existência e aumento da liberdade que se pode avaliar se houve ou não progresso. A segunda é uma razão de eficácia, pois o desenvolvimento só é possível se as pessoas forem livres³⁰⁸.

A liberdade “envolve tanto os *processos* que permitem a liberdade de ações e decisões como as *oportunidades* reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais.”³⁰⁹ Essa liberdade pode ser compreendida em cinco categorias, chamadas de liberdades instrumentais: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e

³⁰⁴ Sobre o conceito de autonomia pública ou liberdade política: NEUMANN, Franz. **Estado democrático e estado autoritário**. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969. p. 178-223. O autor analisa o conceito de liberdade política a partir do elemento jurídico, perceptível e volitivo.

³⁰⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. Rev. Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 17.

³⁰⁶ Ibid., p. 18.

³⁰⁷ Ibid., p. 46.

³⁰⁸ Ibid., p. 18.

³⁰⁹ Ibid., p. 27.

segurança protetora³¹⁰. Essas liberdades se inter-relacionam, contribuindo para formar a liberdade humana em geral³¹¹.

A liberdade, de um modo geral, constitui o principal fim do desenvolvimento e também seu próprio meio. Desempenha papel constitutivo e instrumental ao desenvolvimento. O papel constitutivo relaciona-se à importância da liberdade substantiva (que inclui as capacidades elementares do ser humano) no enriquecimento da vida humana³¹². “O papel instrumental da liberdade concerne ao modo como diferentes tipos de direitos, oportunidades e *entitlements* contribuem para a expansão da liberdade humana em geral e, assim, para a promoção do desenvolvimento.”³¹³ Aqui se remete aos diferentes tipos de liberdade, que se relacionam entre si para potencializar a autonomia humana.

Partindo da tese de Sen, pode-se sustentar que a ausência das condições mínimas para a existência humana significa a privação da liberdade e, conseqüentemente, estabelece a impossibilidade de desenvolvimento social e econômico. Assim, lutar pela garantia do mínimo existencial torna-se imperioso para existirem condições de liberdade e de desenvolvimento.

Nessa esteira, a partir do argumento da liberdade, Robert Alexy atribui eficácia aos direitos fundamentais sociais, introduzindo a construção teórica do mínimo existencial. Para melhor compreender as considerações do autor sobre o conteúdo e as características do mínimo existencial, faz-se necessário preliminarmente expor alguns elementos de sua teoria dos direitos fundamentais.

Alexy expõe a constatação de que direitos fundamentais são direitos subjetivos. Na discussão sobre o conceito de direito subjetivo surgem questões de três ordens: normativas, empíricas e analíticas.

Para a teoria estrutural dos direitos fundamentais, as questões analíticas são importantes. Nelas insere-se a distinção entre norma e posição jurídica. Norma “é aquilo que um enunciado normativo expressa.”³¹⁴. Posição jurídica, por sua vez, é

³¹⁰ Ibid., p. 25.

³¹¹ “Liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão e eleições livres) ajudam a promover a segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de oportunidades de participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar a abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais” (Ibid., p. 25-26).

³¹² Ibid., p. 52.

³¹³ Ibid., p. 53-54.

³¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 184.

entendida como relação normativa entre pessoas ou entre pessoas e ações³¹⁵. Nesse sentido, um sujeito *A* encontra-se em uma posição jurídica caracterizada pelo direito a determinado objeto *B* que tem em face de outro sujeito *C*.

Essas posições jurídicas em que os indivíduos se encontram são genericamente denominadas de “direitos” (*A* tem “direito” a *B* em relação a *C*). Tais direitos (subjettivos) apresentam-se de formas diferenciadas. Alexy alude a três posições jurídicas básicas: liberdades, competências e direitos a algo³¹⁶.

Em linhas gerais, as liberdades jurídicas³¹⁷ consistem em posições jurídicas subjettivas que habilitam o indivíduo tanto a agir como a não agir de determinada maneira. As competências³¹⁸, por sua vez, criam a possibilidade de realizar atos jurídicos e a capacidade de modificar situações jurídicas, bem como uma posição de sujeição para aquele em face do qual a competência é exercida e, por decorrência, uma posição de não sujeição fora do âmbito da competência concedida.

Tendo em vista o objeto da presente pesquisa, cabe sublinhar a categoria dos direitos a algo, que, segundo Alexy, englobam os direitos *a)* a ações negativas e *b)* a ações positivas por parte do Estado. Os direitos a ações negativas abarcam os direitos a que o Estado *a.1)* não impeça determinadas ações, *a.2)* não afete determinadas características ou situações e *a.3)* não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito³¹⁹. Já os direitos a ações positivas dividem-se em *b.1)* direitos a ações fáticas e *b.2)* direitos a ações normativas³²⁰. Enquanto para os direitos a ações fáticas é irrelevante a forma jurídica da realização da ação para a satisfação do direito, para os direitos a ações normativas a satisfação do direito é alcançada apenas mediante atos estatais de criação de normas³²¹.

³¹⁵ Ibid., p. 185.

³¹⁶ Ibid., p. 193. Não se olvida, contudo, que um mesmo dispositivo pode trazer normas de direitos fundamentais que atribuam posições jurídicas subjettivas diferenciadas ao seu titular. Exemplificando, do direito à vida, disposto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal pode-se extrair: *a)* norma que veda a pena de morte, ou seja, um direito a ação negativa; *b)* norma que atribui ao particular o direito à ação positiva do Estado para impedir que terceiros lhe ameacem a vida; *c)* norma que atribui ao particular direito à ação negativa do Estado para não privá-lo dos meios necessários para sua subsistência; *d)* norma que atribui ao particular direito à ação positiva do Estado que lhe assegure a sobrevivência, como direito a tratamento médico gratuito, quando não dispuser dos meios materiais para arcar com as despesas (MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 104).

³¹⁷ ALEXY, op. cit., p. 218-226.

³¹⁸ Ibid., p. 236-243.

³¹⁹ Ibid., p. 196-201.

³²⁰ Ibid., p. 201-203.

³²¹ Ibid., p. 202.

Os direitos a ações positivas normativas são denominados direitos a prestações em sentido amplo. Já os direitos a ações positivas fáticas tomam-se como direitos a prestações em sentido estrito³²². Os direitos a prestação em sentido estrito são conceituados como os “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares.”³²³ Tais direitos – denominados direitos fundamentais sociais – podem estar expressamente garantidos ou serem decorrentes da interpretação de outras normas.

Refletindo sobre as normas a serem atribuídas aos dispositivos de direitos fundamentais sociais, Alexy chega a oito normas de estrutura diversa. A proteção mais intensa é garantida por normas vinculantes (isto é, cuja violação pode ser analisada pelo Judiciário) que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações (ou seja, caracterizam-se como regras³²⁴). O mínimo existencial, inserido na categoria dos direitos fundamentais sociais, é exemplo de direito subjetivo definitivo vinculante.

Ainda, importa referir que os direitos fundamentais sociais podem ser compreendidos em um conteúdo minimalista ou maximalista. “O programa minimalista tem como objetivo garantir ‘ao indivíduo o domínio de um espaço vital e de um *status* social mínimos’, ou seja, aquilo que é chamado de ‘direitos mínimos’ e ‘pequenos direitos sociais’. Já um conteúdo maximalista pode ser percebido quando se fala de uma ‘realização completa’ dos direitos fundamentais”³²⁵

³²² Id.

³²³ Ibid., p. 499.

³²⁴ Ibid., p. 501. Para compreender o conceito, deve-se tomar em consideração que, para o autor, a estrutura das normas de direitos fundamentais pode ser de duas espécies – princípios ou regras, cada uma com suas peculiaridades, já bastante exploradas no âmbito doutrinário. Para Alexy (Ibid., p. 91), as regras caracterizam-se como “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.” As regras contêm um *mandamento definitivo*, e não apenas *prima facie*. “Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve” (Ibid., p. 104).

³²⁵ Ibid., p. 502. Ricardo Lobo Torres, comentando esse aspecto da obra de Alexy, sustenta que os direitos fundamentais sociais referem-se ao mínimo existencial. Assim, o mínimo existencial teria um programa mínimo e outro máximo. No âmbito máximo, admitir-se-ia a flexibilização do mínimo existencial. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 127. Não parece acertada tal interpretação quando se verifica que Alexy considera direitos fundamentais sociais não apenas o mínimo existencial, mas todos os direitos a ações positivas fáticas.

Expostas essas considerações, cabe retomar a idéia de satisfação de condições materiais mínimas para a fruição da liberdade, derivando daí a exigibilidade do mínimo existencial.

Analisando os argumentos favoráveis aos direitos fundamentais sociais, sustenta Alexy que o principal baseia-se na liberdade, partindo de duas teses. “A primeira sustenta que a liberdade *jurídica*, isto é, a permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo, não tem valor sem uma liberdade *fática* (real), isto é, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas.”³²⁶ Conforme a segunda tese, a liberdade fática de grande número de titulares depende de atividades estatais³²⁷.

Para completar a argumentação, Alexy demonstra os motivos de a liberdade fática ser garantida diretamente pelos direitos fundamentais. O primeiro diz respeito à importância da liberdade fática para a pessoa. Exemplifica que “para o indivíduo é de importância vital não viver abaixo do mínimo existencial”³²⁸ Assim, se a razão de ser dos direitos fundamentais é proteger o que é especialmente importante para o indivíduo, o que pode ser juridicamente protegido deve ser juridicamente garantido³²⁹.

O segundo argumento refere-se à importância da liberdade fática não apenas sob o aspecto da garantia formal do que é importante, mas também sob o aspecto substancial. Nesse sentido, os direitos fundamentais expressam valores que convergem para a proteção do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa. Logo, nota-se que os direitos fundamentais também se orientam para a liberdade fática³³⁰.

³²⁶ ALEXY, op. cit., p. 503.

³²⁷ Ibid., p. 504. Maria Clara Dias explica a relação entre liberdade e a garantia de um mínimo existencial em Alexy: “A primeira parte do argumento de Alexy busca justificar, através da análise do significado da liberdade de fato, a garantia de um certo limiar de subsistência. Como ponto de partida, ele toma o conceito de liberdade liberal, ou seja, a permissão legal de fazer e deixar de fazer o que se quer. Segue-se então que tal conceito de liberdade só pode ser satisfeito em um estado geral de liberdade. Um tal estado geral deve, contudo, englobar a liberdade social, ou seja, um certo grau de afastamento de uma situação de carência econômica. [...] A dependência econômica entre os integrantes de uma sociedade pode representar um obstáculo à liberdade de muitos. Para que todos possam desfrutar da liberdade, o Estado deve, portanto, cuidar para que todos tenham garantido um certo grau de afastamento de uma situação de carência econômica. Em outras palavras, o Estado deve controlar a assimetria das relações entre os indivíduos e assegurar a liberdade social de todos. Para isto ele deve pelo menos garantir que todos tenham um mínimo existencial” (DIAS, Maria Clara. **Os direitos sociais básicos**: uma investigação filosófica da questão dos direitos humanos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 74).

³²⁸ ALEXY, op. cit., p. 505.

³²⁹ Ibid., p. 506.

³³⁰ Ibid., p. 506.

Quanto às objeções aos direitos fundamentais sociais, aponta-se o argumento formal de que os tribunais, ao preencherem o conteúdo dos direitos fundamentais à revelia do legislador, estariam ofendendo o princípio da separação dos poderes, visto se tratar de tarefa política. Ainda, considerando que os direitos fundamentais sociais envolvem efeitos financeiros, repousar nos tribunais a escolha da política orçamentária seria incompatível com a Constituição³³¹.

Cogita-se também o argumento substancial, relativo à incompatibilidade dos direitos fundamentais sociais com outras normas constitucionais materiais. Alude-se ao conflito entre direitos fundamentais sociais e (i) direitos de liberdade de outros, (ii) direitos de liberdade do mesmo titular, (iii) outros direitos fundamentais e (iv) interesses coletivos.

Considerando e sopesando os diversos princípios³³² que envolvem a temática dos direitos fundamentais sociais, Alexy mostra quando se poderá sustentar um direito subjetivo definitivo a prestações:

Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração.³³³

O direito a uma prestação, para ser assegurado, deve sobressair na ponderação realizada no caso concreto. Alexy afirma claramente que no caso dos direitos fundamentais mínimos prevalece o princípio da liberdade fática³³⁴, pois se trata de condições indispensáveis para o exercício da liberdade.

³³¹ Ibid., p. 508.

³³² Para Alexy (Ibid., p. 90), “*princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.” Se dois princípios colidem, um terá que ceder, mas nem por isso será considerado inválido. “Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições” (Ibid., p. 93). No caso concreto, os princípios (abstratamente no mesmo nível) adquirem pesos diferentes. Assim, a colisão entre eles ocorre na dimensão do peso, em que será verificado o princípio precedente.

³³³ Ibid., p. 512.

³³⁴ Id. Rodolfo Arango questiona: “Mas como pode Alexy estar tão seguro de que os direitos sociais mínimos restam assegurados como consequência da ponderação de princípios contrapostos? Não seria uma intervenção insuportável nas competências legislativas e no princípio democrático que

Conforme a obra alexyana, “O mínimo existencial, como exposto, é exatamente o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito; é [...] a redução máxima que se pode fazer em atenção aos demais princípios (menor interferência possível na competência de legislativo e executivo e menos custo possível para a sociedade).”³³⁵

Assim, Alexy defende um direito subjetivo definitivo “a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica.”³³⁶ Deste modo, nota-se que Alexy consegue definir genericamente as prestações integrantes do mínimo existencial³³⁷, elementos indispensáveis para o exercício da liberdade. Todavia, não se percebe o fechamento do conteúdo do mínimo existencial, havendo, ao contrário, grande abertura para a discussão no caso concreto. Qual seja o mínimo existencial desenhado no caso concreto, contudo, configurar-se-á como regra, ou seja, será um *mandamento definitivo* a que se realize todo o prescrito.

Discípulo de Alexy, o colombiano Rodolfo Arango também situa o direito (inominado³³⁸) a um mínimo existencial na categoria dos direitos a prestações em sentido estrito, os denominados direitos sociais fundamentais³³⁹. Assim, o mínimo existencial mostra-se como direito subjetivo, com a estrutura dos direitos a algo³⁴⁰, cuja titularidade é universal e os obrigados são apenas os Estado democráticos modernos³⁴¹.

Quanto ao conteúdo dos direitos sociais fundamentais, Arango parece filiar-se à tese minimalista, pela qual “os direitos sociais fundamentais devem ser reconhecidos em certo grau. Isso significa que existe um mínimo jurídico constitucional de direitos positivos gerais, reconhecido ou que deve ser reconhecido

os direitos sociais fundamentais sejam reconhecidos judicialmente quando o legislador se omitiu de fazê-lo ou, inclusive, negou-se a atribuir-lhes disciplina legal? Alexy não considera o caso de uma omissão estatal absoluta. Isso parece uma lacuna na teoria de Alexy, que pode ser explicada pelo uso de um conceito incompleto de direito subjetivo” (ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Legis, 2005. p. 272).

³³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 131.

³³⁶ ALEXY, op. cit., p. 512.

³³⁷ A observação é de TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 74, n. 108.

³³⁸ ARANGO, op. cit., p. 33.

³³⁹ Ibid., p. 35 e 37.

³⁴⁰ Ibid., p. 55. Relação tripartite em que há o titular do direito, o obrigado e o objeto do direito.

³⁴¹ Ibid., p. 38. Aqui se pode fazer a crítica quanto à exclusão da possibilidade de eficácia horizontal dos direitos sociais fundamentais.

por qualquer Estado constitucional e democrático moderno. Na doutrina jurídica, esse mínimo se denomina 'direito a um mínimo vital'.³⁴² Percebe-se haver consenso quanto à existência de certo grau mínimo de realização dos direitos sociais fundamentais, pois essa base mínima possibilita a prática de outros direitos, como os civis e políticos³⁴³.

Visando a encontrar uma fundamentação aos direitos sociais fundamentais, o autor apresenta um modelo que pretende cimentar o conceito de direitos sociais fundamentais com base no conceito de direito subjetivo. Nesse sentido, Arango afirma que *“Uma pessoa tem um direito fundamental definitivo concreto a um mínimo social para satisfazer suas necessidades básicas se, em que pese sua situação de urgência, o Estado, podendo atuar, omite injustificadamente de fazê-lo e lesiona, com isso, a pessoa.”*³⁴⁴ Desenha um conceito abstrato e geral de direitos sociais fundamentais, envolvendo os direitos à alimentação, educação, atenção médica, moradia, seguridade social e ao trabalho³⁴⁵.

Apesar de frisar a caracterização como direito subjetivo e defender a justiciabilidade de direitos que envolvem prestações, pelas linhas gerais do trabalho de Arango têm-se, assim como em Alexy, apenas indicativas genéricas sobre os direitos que compõem o mínimo existencial em sua dimensão prestacional. Servem de parâmetros para a definição do que se caracteriza como direito definitivo a urgência da prestação estatal, o dano advindo do seu descumprimento e os princípios colidentes.

Também Gustavo Moulin Ribeiro trata do mínimo existencial vinculando-o ao valor liberdade. Para tanto, retoma o exame das duas faces da liberdade. A primeira é a “liberdade de” ou liberdade negativa, entendida como área de proibição da intervenção do Estado e de outros sujeitos, preservando o indivíduo³⁴⁶. A segunda é a “liberdade para”, que se refere à possibilidade real de exercer um direito, às “condições necessárias para o surgimento efetivo dos direitos de liberdade. Significa

³⁴² Ibid., p. 54. Tradução livre. Observa-se na obra de Arango referências indistintas a expressões como “mínimo existencial”, “mínimo vital”, “mínimo social” e “direitos sociais mínimos”, o que pode ser apontado como uma fragilidade do trabalho.

³⁴³ Ibid., p. 337.

³⁴⁴ Ibid., p. 346. Tradução livre. Complementando a idéia, cite-se a passagem em que o autor afirma que a “negação injustificada do mínimo social é irreconciliável com o estado constitucional e democrático moderno” (Ibid., p. 345. Tradução livre).

³⁴⁵ Ibid., p. 347.

³⁴⁶ RIBEIRO, Gustavo Moulin. A cidadania jurídica e a concretização da justiça. In: TORRES, **Legitimação dos direitos humanos...**, p. 325.

que, para fazer algo, não basta a inexistência de impedimento legal; também é necessário haver condições materiais para tanto, ou seja, é preciso que exista 'capacidade'.³⁴⁷

Nessa seara insere-se o mínimo existencial, que garante os meios para o exercício da liberdade real. Apesar de não estar explicitamente previsto na Constituição, decorre de vários de seus princípios, caracterizando-se como direito fundamental. Para Ribeiro, o mínimo existencial não possui conteúdo específico, abrangendo qualquer direito (mesmo aqueles originalmente não considerados direitos de liberdade, como o direito à saúde e à moradia) na medida em que seja imprescindível à pessoa humana³⁴⁸.

Na mesma esteira, Fernando Facury Scaff afirma que a liberdade jurídica depende da existência de liberdade fática, que, por sua vez, depende da atuação estatal. O mínimo existencial, portanto, ancora-se no primado da liberdade³⁴⁹. A combinação de capacidades para o exercício das liberdades determinará o conteúdo do mínimo existencial. Trata-se de categoria variável conforme o lugar e o tempo, não sendo apenas os aspectos econômicos os principais envolvidos³⁵⁰.

Leila Carioni Barbosa também relaciona autonomia e condições de existência digna, aproveitando as proposições de Amartya Sen. Afirma que qualquer discussão sobre a liberdade requer o afastamento dos redutores da liberdade, como são, por exemplo, a pobreza, a falta de oportunidades econômicas, o desemprego, a falta de assistência médica, de saneamento, de água potável, de acesso ao ensino fundamental, de segurança³⁵¹. Há de se lutar pela liberdade material, que requer a tomada de medidas concretas (pelo Estado e pela sociedade) para a redução das desigualdades sociais. Apesar de a autora não mencionar explicitamente a defesa de um mínimo existencial, seu posicionamento permite defender a atuação do Estado nesse sentido.

³⁴⁷ Ibid., p. 327.

³⁴⁸ Ibid., p. 328.

³⁴⁹ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 7, n. 32, jul./ago. 2005. p. 218.

³⁵⁰ Ibid., p. 217.

³⁵¹ BARBOSA, Leila Carioni. Direitos humanos, exclusão social e globalização. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de; BARBOSA, Leila Carioni (Orgs.). **Direitos humanos e desenvolvimento**. Florianópolis: OAB/SC, 2005. p. 85.

No tema da promoção do mínimo existencial para a garantia da liberdade, a remissão às lições de Ricardo Lobo Torres³⁵² é indispensável. Refere o autor que “Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as *condições iniciais da liberdade*.”³⁵³

A proteção do mínimo existencial é pré-constitucional, sustentando-se na proteção da liberdade, dos direitos humanos e da igualdade, derivando também da ética e da idéia de felicidade³⁵⁴. Observa que o mínimo existencial não se vincula a ideais de justiça social³⁵⁵ ou redistributiva. Aliás, Torres mostra grande preocupação em distanciar o mínimo existencial dos direitos sociais e econômicos³⁵⁶, ressaltando

³⁵² Ricardo Lobo Torres já escreveu sobre o mínimo existencial em diversas oportunidades: TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989; Os mínimos sociais, os direitos sociais e o orçamento público. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Câmara Municipal do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 1(2), p. 121-133, 1997; A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____ (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 243-342; A jusfundamentalidade dos direitos sociais. In: BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 349-372; A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 01-46; O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: NUNES, António Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 447-471; O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula. (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86; **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na Constituição**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, SARMENTO, **Direitos sociais...**, p. 313-339. Esses artigos e capítulos de livros publicados sobre o tema foram reunidos, ampliados, atualizados e consolidados por Torres na obra **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

³⁵³ TORRES, **O mínimo existencial e os direitos fundamentais...**, p. 30.

³⁵⁴ TORRES, **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário...**, p. 358.

³⁵⁵ “*Justiça social*, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista” (GRAU, op. cit., p. 208).

³⁵⁶ Para o autor, direitos econômicos e sociais, não são originariamente fundamentais. “Os direitos sociais e econômicos, nos seus aspectos prestacionais, estremam-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia *erga omnes* e se subordinam à idéia de justiça social” (TORRES, **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário...**, p. 411). São princípios de justiça, normas programáticas, sujeitas à interposição do legislador pela via do orçamento público. A expressão “direitos fundamentais sociais”, portanto, reserva-se ao mínimo existencial. Todavia, os direitos econômicos e sociais adquirem o *status* de direitos fundamentais no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive. Os direitos sociais tocados por interesses fundamentais metamorfoseiam-se em direitos fundamentais sociais ou mínimo existencial. Em síntese: “a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Esse é o caminho que

o ângulo liberal de seu entendimento. Mas não desconhece a persistência de uma zona de penumbra na distinção entre direitos fundamentais e direitos sociais, responsável pela problemática que envolve o tema.

Torres ressalta que o mínimo existencial não se trata de valor, embora valores permeiem e influenciem a noção³⁵⁷. Também não se caracteriza como princípio jurídico, pois não é objeto de ponderação e vale definitivamente (não *prima facie*). Destarte, “O mínimo existencial é *regra*, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação.”³⁵⁸

Ainda, o mínimo existencial carece de conteúdo específico ou mensurável; abrange qualquer direito considerado em sua dimensão inalienável e essencial. Torres defende que o mínimo existencial significa o conteúdo essencial dos direitos fundamentais: “o conteúdo essencial, consistindo no núcleo irreduzível dos direitos fundamentais resultante das ponderações e restrições, coincide com a base do mínimo existencial, que é a parcela indisponível dos direitos fundamentais aquém da qual desaparece a possibilidade de se viver com dignidade. O mínimo existencial, como ‘último conteúdo essencial’ dos direitos fundamentais, é irreduzível e indisponível.”³⁵⁹

Tal afirmação não significa, contudo, que o mínimo existencial é ilimitado. Torres parece aderir à teoria mista do conteúdo ou núcleo essencial, que preserva o caráter absoluto do núcleo e o caráter relativo da coroa que o circunda. Por isso, admite a relativização do mínimo existencial em seus aspectos positivos e periféricos³⁶⁰. Lembra que o mínimo existencial sujeita-se a limites fáticos³⁶¹.

leva à superação da tese do primado dos direitos sociais sobre os direitos da liberdade, que inviabilizou o Estado Social de Direito, e da confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que não permite a eficácia destes últimos sequer na sua dimensão mínima” (Ibid., p. 372-373).

³⁵⁷ Os valores a que se vincula o mínimo existencial são a liberdade, a segurança social, a felicidade, a solidariedade e, em alguma medida, a justiça (na medida em que a injustiça extrema ofende direitos fundamentais, o valor justiça pode interessar à temática do mínimo existencial).

³⁵⁸ TORRES, **O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais...**, p. 316.

³⁵⁹ TORRES, **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário...**, p. 318. O autor tem o cuidado de não confundir mínimo existencial e núcleo essencial dos direitos fundamentais: “Embora o mínimo existencial esteja compreendido no conteúdo essencial dos direitos fundamentais, nem por isso a recíproca é verdadeira, pois não é qualquer conteúdo essencial que se transforma em mínimo existencial, se lhe falta a nota específica de direito à existência digna. Por exemplo: o conteúdo essencial do direito à intimidade não se esgota no mínimo existencial, que muita vez pode ser representado apenas pelo acesso à prestação pública de moradia popular” (TORRES, **O direito ao mínimo existencial...**, p. 89).

³⁶⁰ TORRES, **O direito ao mínimo existencial...**, p. 114.

³⁶¹ Em relação ao *status negativus* do mínimo existencial, “Em casos de extrema injustiça ou insegurança decorrentes de subversão da ordem pública, de guerra e de calamidades públicas ocorrem ofensas à vida e à dignidade humana que não podem ser evitadas pelo Estado nem geram a

O autor nota que o mínimo existencial apresenta dupla face, pois se apresenta como direito subjetivo e como norma objetiva, além de compreender direitos fundamentais originários e direitos fundamentais sociais³⁶². Envolve, ademais, tanto um espaço que não pode ser objeto de intervenção do Estado (*status negativus*) quanto a exigência de prestações estatais positivas (*status positivus libertatis*)³⁶³.

A proteção negativa consubstancia-se nas imunidades tributárias, ou seja, na impossibilidade de ser tributada a parcela de bens necessária para a existência do contribuinte. Já a proteção positiva do mínimo existencial compõe-se de prestações entregues pelo Estado para garantir as condições para a liberdade, ou seja, para proteger os direitos fundamentais. Incluem-se nessa dimensão o fornecimento de serviço público gratuito, os auxílios financeiros a entidades, a entrega de bens (roupas, medicamentos, alimentos), os programas de assistência à população carente (merenda escolar, leite), dentre outras possibilidades³⁶⁴.

Torres indica que a Constituição Federal brasileira acolhe o dever de atuação para a proteção e a promoção do mínimo existencial, o que pode ser percebido pela conjugação dos princípios fundamentais da dignidade, da cidadania, da democracia e da soberania.

Tendo em vista o quadro normativo, analisa de maneira pormenorizada quatro áreas de atuação em relação ao mínimo existencial: seguridade social, educação,

sua responsabilidade civil, pois não é ele um segurador universal" (Ibid., p. 115). "O mínimo existencial, em seu *status positivus libertatis*, encontra limites na *liberdade fática* e nos *custos orçamentários*, que, entretanto, podem ser ponderados com o princípio democrático e com o princípio da competência do legislador" (Ibid., p. 117). O máximo do mínimo existencial, aberto às políticas públicas, igualmente se sujeita a limites fáticos, relativizando-se a garantia do conteúdo essencial. "Com a relativização do mínimo existencial passa-se da sua consideração como direito definitivo expresso em regras para a sua afirmação através de políticas públicas, inclusive judicializadas, no que se refere a sua franja ou aspecto menos central" (Ibid., p. 126). Podem-se levantar questionamentos à noção de mínimo existencial como conteúdo essencial nos termos da teoria mista, tal como propugna Torres. Se há um mínimo e um máximo do mínimo existencial, não se estaria contradizendo o entendimento esposado anteriormente, no sentido de que o mínimo existencial é regra e não admite ponderação?

³⁶² "Como *direito subjetivo* investe o cidadão na faculdade de acionar as garantias processuais e institucionais na defesa dos seus direitos mínimos. Do ponto de vista *objetivo* o mínimo existencial aparece como norma da declaração de direitos fundamentais, que deve cobrir o campo mais amplo das pretensões da cidadania" (Ibid., p. 38-39).

³⁶³ TORRES, **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário...**, p. 357. Vale ressaltar que, para o autor, o mínimo existencial não alberga o *status positivus socialis*, que diz respeito às prestações entregues pelo Estado para a proteção dos direitos sociais. Não são prestações estatais obrigatórias e gratuitas, mas são importantes para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

³⁶⁴ Ibid., p. 407.

moradia e assistência jurídica. Interessa, portanto, ressaltar o que o autor entende compor um núcleo mínimo em cada uma dessas searas.

Em relação à seguridade social, o direito subjetivo público é mínimo. Isso porque a atuação do Estado é apenas subsidiária em relação ao mínimo necessário para a preservação das condições de existência humana digna. Nesse sentido, o Estado é obrigado a prestar previdência social apenas em sua expressão mínima³⁶⁵. No que concerne à assistência social, o autor parece defender programas de renda mínima, de respeito à segurança alimentar e de proteção aos idosos.

Já no campo da saúde, o mínimo existencial reflete-se tanto na gratuidade do sistema quanto no fornecimento de medicamentos e tratamentos. Todavia, essa adjudicação deve se limitar ao atendimento de pobres e miseráveis e ao fornecimento apenas dos tratamentos essenciais, enfatizando a medicina preventiva e de urgência³⁶⁶.

Na educação, o que compõe o mínimo existencial revela-se sem maiores problemas³⁶⁷. O autor faz remissão a dispositivos da Constituição Federal como a garantia da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais e o dever do Estado em garantir o ensino fundamental obrigatório. Entende compor o direito à educação, como direito fundamental, também a oferta de creches e pré-escolas.

Sobre a moradia, Torres posiciona-se de forma contundente a respeito do conteúdo mínimo: “No que concerne aos indigentes e às pessoas sem-teto a moradia é direito dotado de jusfundamentalidade, integrando-se ao mínimo existencial e tornando obrigatória a prestação positiva do Estado. [...] Já as moradias populares ou a habitação para a classe média se tornam direitos sociais, dependentes das políticas públicas e das opções orçamentárias.”³⁶⁸

Por fim, é identificado como mínimo existencial o direito à assistência jurídica. Trata-se de garantia negativa, ao trazer imunidade tributária do serviço de assistência judiciária gratuita aos necessitados, e também positiva, reclamando a atuação das Defensorias Públicas³⁶⁹.

Tem-se delineado, assim, o conteúdo do mínimo existencial no entendimento de Ricardo Lobo Torres. O autor ressalta que “No Estado Democrático de Direito

³⁶⁵ Ibid., p. 383.

³⁶⁶ Ibid., p. 381.

³⁶⁷ Ibid., p. 391.

³⁶⁸ Ibid., p. 392.

³⁶⁹ Ibid., p. 393.

impõe-se a garantia do mínimo existencial em sua dimensão máxima.”³⁷⁰ Defende, portanto, a interpretação ampliada do mínimo existencial.

Expressa que “Os direitos fundamentais e o mínimo existencial, especialmente nos países em desenvolvimento, têm uma extensão maior do que nas nações ricas, pela necessidade da proteção estatal aos bens essenciais à sobrevivência das populações miseráveis”³⁷¹. Todavia, o autor adverte que não se pode inflar esse mínimo de forma a abranger o que pode efetivado apenas por políticas públicas e atuação legislativa, ou seja, no âmbito democrático. Há que se lembrar sempre da fronteira entre o mínimo existencial e dos direitos sociais.

As considerações trazidas têm como ponto positivo a afirmação da necessidade de serem proporcionadas condições materiais ao menos mínimas para que as pessoas possam efetivamente desfrutar de sua autonomia. Não há como pensar em liberdade de expressão, de pensamento, de profissão, de ir e vir, se não há meios materiais para usufruir tais garantias.

Sem acesso a um mínimo de instrução, de nada adianta ter liberdade de escolher a profissão de médico, por exemplo. Para uma pessoa em insegurança alimentar, dificilmente terá grande valor a possibilidade de poder se deslocar no território nacional. Existem necessidades prementes que são a própria possibilidade de fruição das liberdades. As posições doutrinárias suscitadas tornam perceptível a própria complementaridade entre as diferentes dimensões de direitos fundamentais.

3.2 PROTEÇÃO DAS CONDIÇÕES PARA A DEMOCRACIA

Cláudio Pereira de Souza Neto suscita o mínimo existencial como uma das teorias que enfrentam, a partir do conteúdo material, a problemática da justiciabilidade dos direitos sociais. O mínimo existencial, nesse sentido, atua como parâmetro para estabelecer quais direitos sociais são materialmente fundamentais³⁷².

³⁷⁰ TORRES, **O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais...**, p. 332.

³⁷¹ TORRES, **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário...**, p. 414.

³⁷² O autor parte das seguintes premissas: “1) o Estado tem legitimidade para concretizar direitos sociais, sobretudo em benefício daqueles que, por uma infinidade de motivos, não conseguiram concretizá-los por conta própria; 2) da totalidade dos direitos sociais, alguns podem ser considerados como fundamentais; 3) qualquer sociedade onde tais direitos não estejam respeitados – ou onde não haja iniciativas consistentes para implementá-los – é uma sociedade injusta; 4) o campo da fundamentalidade dos direitos sociais pode ser definido através de critérios materiais; 5) o

Contudo, para o autor, a teoria do mínimo existencial não abrange outros critérios materiais importantes. Por isso, conjuga-a com as condições procedimentais da democracia, a fim de estabelecer um critério mais adequado de atribuição de fundamentalidade material aos direitos. Defende que “Serão considerados fundamentais não só os direitos sociais que são condições da liberdade, mas também aqueles que representam condições procedimentais da democracia.”³⁷³

Para o autor, a concepção comum do mínimo existencial é limitada. Ressalta não haver sentido em defender o mínimo existencial quando opera uma cristalização minimalista, na medida em que apenas as condições para a subsistência estariam garantidas. Sublinha que não apenas essas condições devem merecer tutela prioritária, mas sim todas aquelas necessárias “para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública).”³⁷⁴ Defende, então, uma concepção mais ampla de “mínimo existencial”.

A satisfação do mínimo existencial (nos termos propostos) torna-se necessária para que o excluído da sociedade por carência de recursos possa, depois de receber apoio estatal, participar ativamente das deliberações do Estado, expressando autonomamente a sua convicção. Sendo condição procedimental da democracia, a satisfação do mínimo existencial é medida que se impõe, mesmo quando a norma não apresente plena eficácia ou os recursos financeiros sejam escassos.

A teoria democrático-deliberativa suscitada por Souza Neto chama a atenção para a necessidade de que o Judiciário concretize, além dos direitos sociais que

Judiciário tem a prerrogativa de concretizar, independentemente das políticas governamentais e da ação legislativa, os direitos fundamentais sociais, ao passo que os demais devem ser concretizados pelo Executivo e pelo Legislativo nas suas esferas de competência” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.). **Arquivos de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 4. p. 42).

³⁷³ Id. Como as sociedades contemporâneas são plurais e complexas, torna-se inviável um consenso geral sobre o conteúdo das normas jurídicas e os fins do Estado. Todavia, é possível consenso ao menos sobre as condições procedimentais da democracia, que são neutras. Essas condições são os princípios da democracia deliberativa, sendo que as normas que garantem as condições procedimentais são os direitos (materialmente) fundamentais, aceitos universalmente (Ibid., p. 37-42).

³⁷⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____, SARMENTO, **Direitos sociais...**, p. 537. O autor cita como exemplo o direito à educação. Não somente o ensino fundamental deve ser garantido; o Judiciário pode garantir o acesso ao ensino médio a um indivíduo sem condições financeiras de custear seus estudos, caso tal providência seja necessária para assegurar a liberdade de escolha da profissão.

constituem condições materiais da autonomia privada, também os direitos que são condições para uma participação igualitária na vida pública³⁷⁵.

Também Edmundo Lima de Arruda Jr. e Marcus Fabiano Gonçalves detectam que a falta de garantia do mínimo existencial leva ao enfraquecimento da autonomia privada e, conseqüentemente, da autonomia pública, visto que são co-originárias³⁷⁶ (como restou explicitado na breve análise da teoria habermasiana).

Os autores defendem que a efetivação de um mínimo ético (noção correlata ao mínimo existencial, que associa direito e ética) torna possível o direito nos Estados de modernidade periférica, pois trata das condições de existência da sociedade, ou seja, das “condições materiais e espirituais de ocorrência daquelas estruturas de convívio pacífico e cooperativo integrantes das aquisições da modernidade social”³⁷⁷.

Sem o mínimo ético não há sociedade. Esse mínimo diz respeito às possibilidades de o indivíduo partilhar das expectativas sociais, sendo capaz de agir no contexto cooperativo. “Todavia, para que isso ocorra, é necessário que se garantam a esse indivíduo certas condições de ingresso no pacto social no qual se desenrola o convívio moral e juridicamente regulado. Essas condições de ingresso são aquelas que o situam num terreno demarcado pela linha da dignidade”³⁷⁸.

Portanto, o mínimo ético visa a assegurar, por meio do direito, as condições que viabilizam o amadurecimento das capacidades de convivência. Com isso, evita-se a desagregação social, que ocorre quando as capacidades de convívio são deterioradas pelo sentimento de exclusão social. O indivíduo socialmente excluído não se sente parte da sociedade e, assim, não se vê obrigado a ordenar sua vida conforme o direito³⁷⁹. Por isso a satisfação do mínimo ético ganha importância crucial.

³⁷⁵ SOUZA NETO, **Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais...**, p. 52.

³⁷⁶ “Os segmentos sociais que sofrem grandes dificuldades para assegurar sua própria subsistência, e tampouco têm acesso à educação, dificilmente disporão de tempo para exercerem suas liberdades políticas, discutindo assuntos públicos, informando-se, constituindo grupos de pressão, integrando associações ou mesmo fiscalizando seus representantes parlamentares” (ARRUDA JR., Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Globalização, direitos humanos e desenvolvimento (sociologia jurídica da eficácia do direito)*. In: ARRUDA JR, BARBOSA, op. cit., p. 34).

³⁷⁷ ARRUDA, JR., Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito**. Florianópolis: CESUSC, 2002. p. 98.

³⁷⁸ Ibid., p. 103. Apesar desta sutil referência à dignidade, optou-se por localizar a contribuição dos autores neste segundo grupo, por terem enfatizado as condições materiais para a participação pública dos cidadãos.

³⁷⁹ Ibid., p. 92.

A proposta de Álvaro Ricardo de Souza Cruz³⁸⁰ aparece no mesmo viés de ênfase na participação democrática. Constatando a ausência de uma análise mais minuciosa dos constitucionalistas mineiros acerca da efetividade dos direitos sociais, o autor dispõe-se a refletir sobre o tema, aproveitando a abertura oferecida pela obra de Jürgen Habermas.

Ao versar sobre o princípio da proporcionalidade, Cruz refere as dimensões da proibição do excesso e da insuficiência. Indica que esta última liga-se à pressuposição do mínimo existencial, percebendo que esse conceito tem sido estudado no contexto da ponderação de princípios. Frente a isso, procura oferecer outra abordagem.

Indica que o ponto de partida para a conceituação do mínimo existencial deve ser “a simples constatação de que não há participação em o que quer que seja sem um mínimo de comida, educação e saúde.”³⁸¹ Em seguida, o autor coloca aspecto fundamental para compreender seu posicionamento em relação ao tema do mínimo existencial: a *aplicação* do direito distingue-se do *conteúdo* das obrigações jurídicas.

Assim, Cruz afasta-se “da idéia típica da ponderação de valores de que devemos pautar a aplicação do Direito considerando apenas a essencialidade desses bens, de modo a estabelecer com isso a fórmula de peso para o sopesamento dos valores.”³⁸² Portanto, “se de um lado devemos considerar a natureza dos bens em disputa, como um carro, uma cesta básica ou um tratamento médico, de outro essa natureza não pode ter o condão de ser o guia para a aplicação do Direito.”³⁸³ Afinal, atribuir ou não essencialidade a um bem acarreta um decisionismo inaceitável.

Como uma das soluções possíveis à problemática instalada, Cruz indica o recurso às noções de contingência e do Direito como subsistema social. Pela primeira, as possibilidades apontadas podem ser diferentes das esperadas³⁸⁴. Pela segunda, o Direito relaciona-se com outros sistemas, como o político, o social, o moral, o religioso e o econômico.

Na seqüência, o autor indica que a noção de mínimo existencial insere-se na argumentação moral (sendo algo igualmente bom a todos), “eis que aqui prevalece a

³⁸⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: SOUZA NETO, SARMENTO, **Direitos sociais...**, p. 87-88.

³⁸¹ Ibid., p. 117.

³⁸² Id.

³⁸³ Ibid., p. 118.

³⁸⁴ Ibid., p. 120, n. 52.

perspectiva da reciprocidade de modo a se garantir a todos as condições materiais para que possam participar dos discursos de formação da vontade política na sociedade.”³⁸⁵

Diante da escassez, questiona-se como universalizar as prestações mínimas. Sustenta que em relação ao mínimo existencial deve-se “reconhecer que a universalidade imposta pelos argumentos morais do Discurso determina não somente a consideração dos direitos do pleiteante, mas também os de outras pessoas afetadas pela decisão.”³⁸⁶

Cruz – assim como Souza Neto, Arruda Jr. e Gonçalves – embora defenda a garantia do mínimo existencial, evita qualquer posicionamento mais apurado acerca de seu conteúdo.

Por fim, podem ser alocadas neste grupo as contribuições de José Joaquim Gomes Canotilho. Para entender o posicionamento do autor, cabe realizar breve retrospectiva de alguns de seus escritos relacionados ao mínimo existencial.

No texto “Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais”³⁸⁷, publicado em 1988, Canotilho realiza uma análise estrutural de posições jurídico-prestacionais. Especificamente examinando a posição jurídico-prestacional dotada da mesma densidade jurídico-subjetiva dos direitos de defesa, o autor identificou na proposição normativa do direito à vida o direito à obtenção de prestações públicas que propiciem condições mínimas de subsistência. Refere que se trata de direito subjetivo definitivo a prestações³⁸⁸. Todavia, há espaço de discricionariedade (limitado por direitos e princípios constitucionais) para os poderes públicos escolherem os meios de efetivação do direito à vida na sua dimensão prestacional mínima.

Já no trabalho “‘Metodologia fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática dos direitos econômicos, sociais e culturais”³⁸⁹, de 1996, a preocupação central é promover o regresso dos direitos econômicos, sociais e culturais ao espaço jurídico-constitucional, considerados como elementos essenciais da comunidade jurídica.

³⁸⁵ Ibid., p. 123.

³⁸⁶ Ibid., p. 132-133.

³⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra, São Paulo: Coimbra, Revista dos Tribunais, 2008. p. 35-68.

³⁸⁸ “Relativamente ao direito à vida, cremos que nenhum autor, mesmo liberal ‘à outrance’, tem hoje a coragem de dizer que o cidadão não tem qualquer direito perante o Estado a prestações mínimas” (Ibid., p. 57).

³⁸⁹ Ibid., p. 97-113.

Nesse viés, Canotilho suscita alguns obstáculos que afetam a reabilitação jurídico-constitucional dos direitos sociais: (i) a “metodologia fuzzy”, entendida como a vagueza e indeterminação atribuída a essa categoria de direitos; (ii) os direitos sociais vistos como “camaleões normativos”, significando a instabilidade e imprecisão normativa decorrente da abertura de tais direitos a conteúdos normativos imanentes e transcendentais ao sistema; e (iii) a introversão da sociedade, ou seja, a concepção de que o Estado é o sujeito passivo dos direitos a prestação, encobrindo o fato de que os próprios cidadãos, por meio de tributos, possibilitam a socialidade. No mesmo texto são tocados também os temas da dependência da efetividade dos direitos sociais à atividade do hermeneuta e do legislador e à capacidade financeira do Estado.

Considerando esses elementos, busca salvar a normatividade dos direitos sociais, ressaltando sua realização gradual e sua distinção em relação às políticas públicas de direitos sociais.

Estudando “O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais”³⁹⁰, em 1996, Canotilho fala da crise da Constituição e das teorias de direitos fundamentais. Dentre outras críticas, refere que as políticas de realização de direitos sociais operadas por meio de normas constitucionais fecham a comunicação da esfera jurídico-normativa com a esfera da sociedade.

No trabalho “30 anos de Constituição da República: a sedimentação dos direitos fundamentais e o local incerto da socialidade”³⁹¹, o autor salienta alguns tópicos em relação aos direitos sociais e à socialidade estatal.

Refere que com a acentuação ou hipertrofia da dignidade da pessoa humana, a discussão sobre os direitos sociais é deslocada para a questão da dignidade; perde-se, portanto, a substância da autonomia jurídico-constitucional dos direitos sociais³⁹². Entende, ainda, que os direitos sociais fragilizam-se pela dessubjetivação regulatória, que substitui o cidadão pela figura do consumidor ou usuário de serviços públicos. O fornecimento de bens sociais (saúde, ensino, segurança, trabalho, energia elétrica e água potável, por exemplo), não visa mais a propiciar cidadania,

³⁹⁰ Ibid., p. 115-136.

³⁹¹ Para consultar as linhas gerais desse estudo, cf. Ibid., p. 246-250.

³⁹² “[...] sob a aparente solidez da dignidade da pessoa humana, acaba por proceder à redução eidética da socialidade, colocando entre parênteses os direitos económicos, sociais e culturais. Em toda a sua radicalidade, a orientação do Tribunal [Português, referindo-se ao Acórdão nº 509/02] conduziria a este resultado desolador: não há direitos sociais autonomamente recortados, mas refrações sociais da dignidade da pessoa humana aferida pelos *standards* mínimos da existência” (Ibid., p. 247).

mas sim a atender consumidores. Deste modo, o mercado de serviços preenche o espaço social, deslocando a socialidade para um lugar incerto.

Em trabalho mais recente, intitulado “‘Bypass’ social e o núcleo essencial de prestações sociais”³⁹³ Canotilho examina os estudos anteriores e propõe novas reflexões. Defende a reinvenção do Estado Social, modelo que “continua a ter a indeclinável tarefa da *inclusão* social politicamente ponderada.”³⁹⁴ Parte em busca de instrumentos que propiciem a sustentabilidade normativa do Estado Social.

Aduz que, apesar de a lógica dirigente ser objeto de questionamento, o direito não deixa de ser um instrumento (dentre vários) de direção da comunidade. Passa, então, a discutir o modo como se assegura a direção jurídico-política da concretização dos direitos sociais. Nesse momento, ingressa no tema do núcleo essencial dos direitos, entendido como limite para a restrição legislativa dos direitos fundamentais. O núcleo essencial desempenha papel relevante na garantia dos direitos.

Canotilho questiona se os direitos econômicos, sociais e culturais estariam também protegidos pela referida construção teórica, frente à dificuldade de identificar os níveis essenciais das prestações sociais. No que tange a essa categoria de direitos, a teoria do núcleo essencial assume ainda outro papel: “perante a incontornável pressão dos custos dos serviços de saúde, e conseqüentes políticas de racionalização, a metodologia mais segura para a garantia dos direitos não é a da subsunção positivista-constitucional, mas a de recortar, derivadamente, da lei o núcleo duro da subjectivação dos direitos sociais.”³⁹⁵

Afirma o autor que se o direito constitucional quiser continuar a ser um instrumento de direção e, ao mesmo tempo, reclamar a indeclinável função de ordenação material, deve considerar esquemas novos de concretização dos direitos sociais. E um deles é a caracterização do nível essencial de prestações sociais, que coloca a questão da aplicabilidade direta das normas constitucionais que garantem as prestações desse núcleo.

Canotilho refere que a jurisprudência majoritária reconhece o direito ao mínimo existencial como direito prestacional originário (ou definitivo) fundado no direito fundamental da dignidade humana. Crítica o uso abusivo da referência à

³⁹³ Ibid., p. 243-268.

³⁹⁴ Ibid., p. 255.

³⁹⁵ Ibid., p. 263-264.

dignidade, que acaba retirando de cena outros direitos fundamentais (principalmente os sociais), minimizando sua autonomia. Uma jurisprudência que olha apenas para a dignidade humana pode deixar de olhar para a igual dignidade social, a igualdade distributiva, o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito a níveis essenciais de prestações inerentes aos direitos sociais.

Critica também o entendimento generalizado de que aos tribunais constitucionais é vedado interferir nas políticas públicas. Frente a essas considerações, o problema que se coloca afinal é “saber se os juízes têm instrumentos metódicos e metodológicos para concretizarem a *direcção* constitucional de direitos sociais.”³⁹⁶

Igualmente no clássico livro “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Canotilho comenta as condições para a existência humana ao versar sobre o princípio da *democracia* econômica e social, consequência política e lógico-material do princípio democrático. Por essa referência, a proposta do autor foi situada neste segundo grupo.

O princípio da democracia econômica e social impõe ao Legislativo e ao Executivo o desenvolvimento de “uma actividade económica e social conformadora, transformadora e planificadora das estruturas socioeconómicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática”³⁹⁷. Nesse sentido, resta justificada a intervenção do Estado nos domínios económico, social e cultural, com vistas a realizar os direitos sociais.

Configura-se o princípio em comento como “uma *imposição* constitucional conducente à adopção de medidas existenciais para os indivíduos e grupos que, em virtude de condicionalismos particulares ou de condições sociais, encontram dificuldades no desenvolvimento da personalidade em termos económicos, sociais e culturais”³⁹⁸.

Assim, apesar de o princípio da democracia econômica e social ser apenas um princípio fundamental objetivo – e não norma de prestação subjetiva – é possível (e devido) reconhecer a natureza de princípio imediatamente vinculante em alguns casos. Interessa a este estudo, a hipótese “de particulares situações sociais de necessidade, justificadoras de uma imediata pretensão dos cidadãos a partir do

³⁹⁶ Ibid., p. 267-268.

³⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338.

³⁹⁸ Ibid., p. 342.

princípio da defesa de condições mínimas de existência inerente ao respeito da dignidade da pessoa humana.”³⁹⁹ Nesse sentido, as condições mínimas de existência configuram-se como direito subjetivo.

O tema do mínimo existencial aparece mais adiante na mesma obra, quando o autor versa sobre a proteção dos direitos fundamentais e examina os problemas específicos da proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Canotilho questiona se a Constituição garante e protege um núcleo essencial desses direitos como condição do mínimo de existência (aqui o núcleo essencial é tomado como *standard* mínimo).

Conclui que das normas que protegem essa categoria específica de direitos é possível deduzir o princípio segundo o qual “todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas.”⁴⁰⁰ Nesse passo, salienta que o salário mínimo, as prestações de assistência social básica e o seguro-desemprego, por exemplo, configuram-se como “verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da constituição sempre que eles constituam o *standart* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito.”⁴⁰¹

Ao fim deste grupo de propostas doutrinárias, nota-se que a preocupação com o mínimo existencial supera o cuidado com a sobrevivência física. A existência resta dotada de significado não apenas individual, mas também social. A proteção das condições de vida das pessoas interessa, além de possibilitar a gerência autônoma da própria vida, para que se possa construir uma sociedade autogovernante, democrática, na qual todos tenham oportunidade de participar das decisões que afetarão suas vidas. A garantia do mínimo existencial chega a ser condição para a própria existência de uma sociedade.

³⁹⁹ Ibid., p. 343.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 518.

⁴⁰¹ Id.

3.3 GARANTIA AUTÔNOMA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Daniel Sarmiento esforça-se em traçar parâmetros ético-jurídicos para a proteção judicial dos direitos sociais prestacionais (tomados genericamente). Um desses parâmetros é o mínimo existencial, pois as prestações que compõem esse núcleo constituem direito subjetivo.

Refere que na dimensão positiva, o mínimo existencial envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais. Não elabora, porém, elenco das prestações que compõem esse conjunto, aduzindo não haver consenso a respeito. Para definir o mínimo existencial, o autor considera ser critério central “a urgência e a gravidade de uma necessidade material, e não a sua importância para a realização de outros objetivos, por mais nobres que sejam.”⁴⁰² Por isso a proposta do autor insere-se neste terceiro grupo, que toma o mínimo existencial como garantia autônoma, e não como condição para algo.

Nesse sentido, “a inserção de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial não pode ser realizada *in abstracto*, ignorando a condição específica do titular do direito.”⁴⁰³ Deve-se questionar “até que ponto a necessidade invocada é vital para o titular do direito, aferindo quais seriam as conseqüências para ele da omissão estatal impugnada.”⁴⁰⁴

Por essa razão, Sarmiento defende a inexistência de direito definitivo à garantia do mínimo existencial⁴⁰⁵. O que há é um direito garantido *prima facie*, que será sopesado com outros interesses. Todavia, “quanto mais indispensável se afigurar uma determinada prestação estatal para a garantia da vida digna do jurisdicionado, maior deve ser o ônus argumentativo imposto ao Estado para superar o direito *prima facie* garantido.”⁴⁰⁶ Não se pode olvidar, entretanto, que o atendimento das necessidades materiais mais básicas considera-se prioritário, por força dos princípios constitucionais de elevado teor moral que desenham o Estado brasileiro⁴⁰⁷.

Nagibe de Melo Jorge Neto leva ao extremo a impossibilidade de se esboçarem, fora do caso concreto, os contornos do mínimo existencial – tomado

⁴⁰² SARMENTO, **A proteção judicial dos direitos sociais...**, p. 576.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 577.

⁴⁰⁴ *Id.*

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 579.

⁴⁰⁶ *Id.*

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 578.

como uma idéia ou um *topos* argumentativo, mais do que uma regra jurídica concreta.

Afirma que “Por mais esforço que se faça, por mais próximo que se chegue, é impossível listar, de modo convincente, um conjunto de prestações materiais mínimas que o Estado estaria obrigado face ao cidadão por imposição do princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.”⁴⁰⁸ Ressalta o caráter relativo do mínimo existencial, conforme o contexto sócio-econômico, político e cultural.

Na opinião do autor, “o consenso acerca do que seja o mínimo existencial será determinado no âmbito de uma argumentação jurídica que, de modo mais ou menos efetivo, se insere ou deveria inserir-se na ética estabelecida pela teoria do discurso prático racional. De toda sorte, o conceito é muitíssimo importante, eis que, no caso concreto, é possível alcançá-lo e delimitá-lo.”⁴⁰⁹

Paulo Gilberto Cogo Leivas, por sua vez, busca o conceito de mínimo existencial a partir das necessidades humanas. Para tanto, apóia-se em aportes doutrinários específicos sobre o tema, detalhando os conceitos de necessidades básicas e intermediárias (estas denominadas também de agentes de satisfação das necessidades).

Trata também dos padrões de satisfação das necessidades – ínfimo e ótimo. Alude que em países de terceiro mundo há de se trabalhar com o nível ótimo-mínimo, que supera a garantia da sobrevivência e cujo conteúdo depende das peculiaridades do momento e do espaço da sociedade⁴¹⁰.

Traz, na linha dos já referidos estudos de Robert Alexy, discussão a respeito da caracterização de um direito fundamental definitivo ao mínimo existencial. Afirma que não se reconhecem direitos fundamentais sociais somente em situações excepcionais. Há casos, portanto, em que não haverá um direito definitivo ao mínimo. Destarte, Leivas sustenta que o direito ao mínimo existencial deve ser entendido como um princípio:

Em favor do mínimo existencial [mas não se confundindo com ele] falam os princípios da liberdade fática, da dignidade humana, do Estado Social e da igualdade

⁴⁰⁸ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 154.

⁴⁰⁹ Id.

⁴¹⁰ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 123-127.

fática. Do outro lado, como princípios que podem restringir esse direito, entre outros, estão o princípio da competência orçamentária do legislador e direitos de terceiros. Para o reconhecimento de um direito fundamental definitivo ao mínimo existencial, os princípios que o fundamentam devem ter um peso maior, no caso concreto, que os princípios colidentes.⁴¹¹

Sobre a fundamentação jurídica do mínimo existencial, o autor ressalta que a maioria dos direitos que compõem o mínimo está expressamente prevista; assim, sua fundamentação encontra base nas próprias normas que os prescrevem. Todavia, como as prestações que compõem os direitos sociais vão além do mínimo existencial, entende necessária uma delimitação conceitual⁴¹².

Ingressando no espinhoso tema do conceito de mínimo existencial, o autor afirma que definir a noção, em termos genéricos, como o direito à satisfação das necessidades básicas não é difícil; complexo é defini-la precisamente.

Adota a conceituação oferecida por Len Doyal e Ian Gough na obra “A theory of human need”⁴¹³, no sentido de que o direito ao mínimo existencial é o direito à satisfação das necessidades básicas de saúde e autonomia. Sendo que o nível de satisfação garantido é o ótimo-mínimo.

Aproveita a lição dos citados autores de que os níveis concretos de satisfação devem ser estabelecidos democraticamente pelo Legislativo e pelo Executivo, dentro das pautas constitucionais. Em todo caso, as omissões e medidas insuficientes podem ser passíveis de controle de constitucionalidade, considerando-se cada direito em jogo e a situação sócio-econômica⁴¹⁴.

Leivas traz também a definição de mínimo existencial formulada por Corinna Treisch, por ser completa, admitindo que a existência humana supera a satisfação das necessidades meramente físicas:

O mínimo existencial é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessária para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fala de um “mínimo existencial cultural”.⁴¹⁵

⁴¹¹ Ibid., p. 133.

⁴¹² Ibid., p. 134.

⁴¹³ DOYAL, Len; GOUGH, Ian. **A theory of human need**. New York: The Guilford Press, 1991.

⁴¹⁴ LEIVAS, op. cit., p. 135.

⁴¹⁵ TREISCH, Corinna. **Existenzminimum und Einkommensbesteuerung**. Aachen: Shaker, 1999. p. 01. Tradução livre.

Por fim, o foco do estudo de Leivas dirige-se ao direito à alimentação, que entende compor o mínimo existencial⁴¹⁶. Indica os vários momentos da satisfação desse direito, desenhando mapa útil para compreender a concretização do mínimo existencial.

Em um primeiro momento, aponta haver um direito fundamental *prima facie* a ser realizado pelo Estado por meio das medidas adequadas e necessárias. Frente à constatação de pessoas em situação de carência nutricional e da ausência ou insuficiência de políticas e programas governamentais para atender ao direito à alimentação, serão sopesados os bens colidentes no caso concreto.

Reconhecido o direito definitivo à alimentação, serão identificadas as ações possíveis para a satisfação do direito. Em seguida, serão analisadas a adequação e a necessidade de tais ações. Caso apenas uma ação seja adequada e necessária, o Estado deverá prestá-la. Caso mais de uma ação seja adequada e necessária, deverá ser adotada a que realiza mais intensamente o direito em questão. Na hipótese das várias ações possíveis, adequadas e necessárias satisfazerem o direito em igual intensidade, estará aberto espaço de escolha para o legislador e/ou o administrador. Assim, Leivas entende ser possível encontrar o direito subjetivo às prestações mínimas.

Também buscando apoio na noção de necessidades humanas básicas estão os estudos de Antônio Carlos Wolkmer. Para o autor, é em função das necessidades humanas, em constante redefinição, que os conteúdos dos direitos básicos são estabelecidos⁴¹⁷. Necessidade aqui entendida como “todo aquele sentimento, intenção ou desejo consciente que envolve exigências valorativas, motivando o comportamento humano para aquisição de bens materiais e imateriais considerados essenciais.”⁴¹⁸ As necessidades humanas são compreendidas em sentido amplo, envolvendo não apenas as necessidades sociais ou materiais, mas também as existenciais (de vida), materiais (de subsistência) e culturais⁴¹⁹.

⁴¹⁶ LEIVAS, op. cit., p. 137-139.

⁴¹⁷ “Há que se compreender que a reinvenção permanente de ‘novos’ direitos, que assumem dimensão individual, política e social, está diretamente relacionada com o grau de eficácia de uma resposta à situação ou condição de privação, negação ou ausência de ‘necessidades’ fundamentais, ‘necessidades’ configuradas como bens que servem para a satisfação e realização da vida humana” (WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa Omega, 1994. p. 81).

⁴¹⁸ Ibid., p. 216.

⁴¹⁹ Ibid., p. 217.

O autor indica que, enquanto a prioridade nas nações pós-industrializadas é a materialização de necessidades por segurança, na América Latina as demandas ainda são pela satisfação de necessidades de sobrevivência e subsistência⁴²⁰. Portanto, a tônica das reivindicações sociais é por direitos básicos de existência e vida com dignidade (pode-se dizer que é a reivindicação pelo mínimo existencial).

Esses direitos básicos são os seguintes: (i) direito às necessidades *existenciais*, como água, alimentação, ar, saúde, segurança, etc.; (ii) direito às necessidades *materiais*, como terra, habitação, trabalho, salário, transporte, creche, etc.; (iii) direito às necessidades *sócio-políticas*, como cidadania, participação política, reunião e associação, sindicalização, locomoção, etc.; (iv) direito às necessidades *culturais*, como educação, liberdade religiosa, diferença cultural, lazer, etc.; (v) direito às necessidades *difusas*, como consumo e meio ambiente; e (vi) direito às *minorias e diferenças étnicas*, como a condição de mulher, negro, índio, criança e idoso⁴²¹. Essas necessidades são satisfeitas e priorizadas conforme o momento histórico, as condições políticas, sociais e econômicas.

Em outra vertente, também buscando a proteção autônoma de um direito ao mínimo existencial, as contribuições de Maria Elisa Villas-Bôas igualmente se encaixam neste terceiro grupo.

A autora parte do pressuposto de que a proteção e a promoção do mínimo existencial (entendido para além de um sentido meramente biológico) são inafastáveis, verdadeiros direitos subjetivos. Todavia, ressalta a dificuldade em determinar o conteúdo e os limites daquilo que é imprescindível para a existência da pessoa. Frente a isso, sugere cautela, pois “um conceito muito vasto de mínimo – como freqüentes vezes se tem observado – além de fugir à noção mesma da expressão, termina por torná-la recurso retórico inútil, vez que socialmente ineficaz.”⁴²²

Para a autora, ainda que não haja consenso acerca do mínimo existencial – frente à mutabilidade cultural dos direitos e das necessidades – alguns elementos são inafastáveis do conceito em exame, “como vida, saúde, identidade, alimentação

⁴²⁰ Ibid., p. 149.

⁴²¹ Ibid., p. 151-152.

⁴²² VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A atuação da jurisprudência pátria na materialização de um mínimo existencial. **Revista do programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, n. 15, jul./dez. 2007. p. 70.

regular, vestuário básico, moradia, nível basal de educação, direitos trabalhistas essenciais à não escravização, bem como o acesso à justiça apto a garantir isso”⁴²³.

Em relação à saúde, não se pode precisar quais são as prestações mínimas devidas. Quanto à educação, o mínimo existencial já restou explícito na Constituição: o ensino fundamental. Todavia, há prestações correlatas que também podem ser inseridas no conjunto do mínimo devido. Ainda, está contido na noção de mínimo existencial um acervo mínimo de bens necessários para a existência digna, sendo sua dimensão patrimonial. Dentro dessa idéia de patrimônio mínimo, segundo Villas-Bôas, inclui-se a proteção da moradia e os recursos financeiros decorrentes da assistência social.

Frente à indeterminação que permeia o tema, a autora alude à indispensável colaboração do aparato judicial para a maturação do conceito de mínimo existencial.

Sem adentrar na temática da fundamentação (aproveitando a idéia de garantia autônoma), Mariana Filchtiner Figueiredo volta seus estudos sobre o mínimo existencial especificamente para a área da saúde.

Inicialmente, faz referência à diferença entre mínimo vital e existencial, filiando-se ao acolhimento desta última noção, mais abrangente. Ainda, refere-se à configuração do mínimo existencial como elemento pré-constitucional e como direito fundamental decorrente de outros princípios e direitos previstos na Constituição⁴²⁴.

Como outros autores, posiciona-se pela impossibilidade de fixação prévia e abstrata das prestações que compõem o mínimo existencial, principalmente em um sentido absoluto e imutável⁴²⁵. Para Figueiredo, a determinação do conteúdo do mínimo existencial apenas pode ser realizada *in concreto*, levando em consideração as características da sociedade, as exigências e expectativas quanto aos direitos em jogo. Afinal, esse conteúdo não é fixo e nem indiferente à sociedade em que se insere⁴²⁶. Aponta, então, que o legislador tem liberdade para configurar meios e montantes de realização do mínimo existencial, o que é inerente ao princípio democrático. Todavia, deve observar a efetiva e suficiente salvaguarda do mínimo existencial⁴²⁷.

⁴²³ Id.

⁴²⁴ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 188.

⁴²⁵ Ibid., p. 205.

⁴²⁶ Ibid., p. 201.

⁴²⁷ Ibid., p. 205.

Não obstante, a autora busca delinear quais seriam algumas das prestações inseridas no mínimo existencial em saúde. Apesar da diversidade de ações e prestações que podem ser depreendidas do dever de proteção da saúde, menciona haver convergência sobre elementos básicos, que envolvem aspectos curativo, preventivo e promocional da saúde⁴²⁸. Acolhe uma concepção ampla de saúde, que não se limita à ausência de enfermidades, e sim se volta ao bem-estar integral do indivíduo⁴²⁹.

Para buscar as prestações mínimas de saúde, Figueiredo utiliza o posicionamento de outros autores. Cita Sueli Dallari⁴³⁰, para quem há atividades sanitárias mínimas a serem prestadas pelo Estado a todos os indivíduos. Essas atividades seriam a educação sanitária, a assistência nutricional, o saneamento básico, o atendimento materno-infantil, as imunizações e a assistência curativa para as enfermidades comuns (incluído o fornecimento de medicamentos essenciais).

Refere que o entendimento esposado vai ao encontro dos cuidados primários de saúde propostos já em 1978 pela Organização Mundial da Saúde. Seriam oito os elementos principais para um patamar mínimo de saúde:

[...] educação sobre os problemas prevalentes de saúde e sobre os métodos de preveni-los e controlá-los; provisão de adequados suprimentos de alimentos e nutrição adequada; suprimento de água e saneamento básico; cuidados com as crianças e com as mães, incluindo-se o planejamento familiar; imunização contra as principais doenças infecciosas; prevenção e controle de doenças endêmicas; tratamento adequado de doenças e lesões comuns; e fornecimento de medicamentos essenciais.⁴³¹

Figueiredo também faz menção aos padrões mínimos dos planos de saúde e a dois critérios pinçados por Germano Schwartz⁴³² para determinar a obrigação estatal na área da saúde. O primeiro critério remete à noção de mínimo existencial; o segundo, à condição de pobreza do paciente. Sempre que estiver em risco a vida e a dignidade de uma pessoa que não tem condições de arcar com o tratamento médico necessário, caberá ao Estado atender à solicitação.

⁴²⁸ Ibid., p. 81.

⁴²⁹ Ibid., p. 82.

⁴³⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi. **A saúde do brasileiro**. São Paulo: Moderna, 1988. p. 12.

⁴³¹ FIGUEIREDO, op. cit., p. 208.

⁴³² SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 74.

Por fim, sobre o fornecimento de medicamentos e tratamentos, a autora afirma ser importante considerar todos os interesses em jogo, como os direitos das outras pessoas, o controle de segurança dos medicamentos (que envolve questões como fórmulas ainda não aprovadas no país ou em fase experimental, etc.) e as condições de desenvolvimento do Estado.

Também interessam a comprovação da necessidade da prestação reclamada, o acompanhamento da fruição da tutela pelo beneficiário, prova robusta da eficácia do tratamento postulado e a existência de interesses econômicos e mercadológicos subjacentes à prescrição do tratamento. Ainda, é preciso priorizar as políticas públicas de prevenção e cuidados primários em saúde, cuja relação custo-benefício é muito mais interessante do que a medicina curativa⁴³³.

Assim, Figueiredo oferece úteis e factíveis parâmetros de definição do mínimo existencial na área da saúde.

Passando aos argumentos do colombiano Carlos Bernal Pulido acerca do mínimo existencial, cabe inicialmente salientar que foram incluídos neste terceiro grupo com ressalvas. É que o autor defende a garantia autônoma do mínimo existencial, mas sem deixar de admitir o caráter instrumental das prestações sociais.

Pulido estuda o mínimo existencial em conexão com os direitos sociais. Refere que esses direitos tanto podem ser fundamentados de forma independente quanto como meios para garantir o exercício real das liberdades (individual e pública). Explica que “Uma fundamentação independente é aquela que considera os direitos sociais como fins em si mesmos, e não meramente como pressupostos ou meios indispensáveis para o exercício das liberdades ou dos direitos políticos.”⁴³⁴

Analisando ambos os pontos de vista, conclui que a tese da fundamentação independente complementa a da fundamentação instrumental dos direitos sociais, não havendo contradição entre elas. O “nexo de complementaridade se produz em razão de que o âmbito dos direitos tem um conteúdo bastante amplo, que abarca não somente as disposições tendentes a garantir um mínimo existencial para o indivíduo, mas também as normas que conformam a dimensão prestacional das liberdades e dos direitos políticos.”⁴³⁵

⁴³³ FIGUEIREDO, op. cit., p. 212-218.

⁴³⁴ PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, SARMENTO, **Direitos sociais...**, p. 147.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 149.

Escrevendo sobre o fundamento, o conceito e a estrutura dos direitos sociais, Pulido toca no tema do mínimo existencial ao refletir sobre a concepção que considera os direitos sociais direitos definitivos:

De acordo com a teoria das posições jurídicas definitivas, os direitos sociais impõem ao legislador o dever de legislar para dispor dos meios tendentes a satisfazê-los, e este dever é correlato pelo menos a dois direitos subjetivos que se atribuem ao indivíduo: o direito a obter do legislador ao menos um grau mínimo de atividade legislativa, e o direito a que a legislação estabeleça as condições idôneas para satisfazer as necessidades existenciais, ou seja, o direito a receber um mínimo existencial. Correlativamente, está proibida a inatividade legislativa e a desatenção do mínimo existencial.⁴³⁶

Assim, os direitos definitivos decorrentes dos direitos sociais seriam o direito a uma atuação legislativa ao menos mínima e o direito a receber condições para a satisfação das necessidades básicas (mínimo existencial). Apesar do mérito de buscar reforço à normatividade dos direitos sociais, uma das dificuldades dessa teoria é, como aponta Pulido, determinar, a partir de normas constitucionais, o que constitui o mínimo dos direitos sociais.

Não há critérios seguros para eliminar a indeterminação desse núcleo mínimo. Ainda, não se sabe se o conceito de mínimo refere-se ao fim (objetivo social, como a saúde) ou aos meios (de prestação de saúde, por exemplo). “Em todo caso, a indeterminação do mínimo abarca os dois aspectos.”⁴³⁷ Ademais, “mesmo que se pudesse saber com certeza científica quais são as posições jurídicas que constituem o mínimo dos direitos sociais, pode ocorrer que em certos casos existam algumas razões que impeçam ou desaconselhem cumprir esse mínimo”⁴³⁸, trazendo outro fator de indeterminação.

Ainda, a certeza quanto ao mínimo não afastaria a ocorrência de colisões insolúveis entre direitos fundamentais. “Estas colisões teriam lugar quando o legislador estivesse vinculado por duas exigências contraditórias, que derivam dos mínimos pertencentes a dois direitos sociais distintos (pense-se que, por exemplo, com os mesmos recursos é impossível prover o mínimo de educação e de saúde).”⁴³⁹

⁴³⁶ Ibid., p. 165.

⁴³⁷ Ibid., p. 166.

⁴³⁸ Ibid., p. 167.

⁴³⁹ Id.

Também a noção de núcleo mínimo tiraria a obrigatoriedade das disposições de direitos sociais que estivessem além do essencial para a dignidade humana, além de permitir intervenções e restrições legislativas desproporcionais no âmbito de proteção dos direitos sociais que supere seu conteúdo essencial⁴⁴⁰.

Pulido, então, mais oferece questionamentos do que consolida alguma posição acerca do conteúdo do mínimo existencial, o que tem o lado positivo de propiciar reflexões consistentes sobre o tema.

As considerações deste terceiro grupo são importantes por evidenciarem o mínimo existencial como garantia autônoma, instituto com características e conteúdo próprios. Essa perspectiva possibilita a proteção de necessidades básicas não por serem necessárias para atingir determinada finalidade, mas por uma questão de ser inerente à existência humana.

3.4 RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA

Inicia-se este tópico com a constatação de José Afonso da Silva: para a realização da *dignidade*, não basta a liberdade formalmente reconhecida; faz-se necessário o atendimento de condições materiais mínimas para a existência humana. Certamente “Não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura, pois a liberdade humana com freqüência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade”⁴⁴¹.

Também Edilson Pereira Nobre Júnior afirma que uma das conseqüências do respeito à dignidade é a garantia de um patamar existencial mínimo, um mínimo de recursos para prover a subsistência da pessoa⁴⁴². O direito à existência digna envolve prestações e abstenções. Assim, o patrimônio da pessoa não pode ser afetado em excesso, bem como o Estado deve proporcionar saúde, previdência e assistência social.

De acordo com Clèmerson Merlin Clève, a partir da irradiação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, do princípio da socialidade e

⁴⁴⁰ Ibid., p. 168.

⁴⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 149. No mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **XV Conferência Nacional da OAB**, Foz do Iguaçu, p. 107-110, 4 a 8 set. 1994.

⁴⁴² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 219, jan./mar. 2000. p. 247.

também da eficácia positiva mínima dos direitos prestacionais, sustenta-se a obrigação do Estado em respeitar o mínimo existencial.

O autor frisa que os direitos prestacionais são de satisfação progressiva; contudo, o mínimo existencial caracteriza-se desde logo como direito subjetivo. Para a observância desse mínimo – que será definido na disputa processual – “pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário, que estará, do ponto de vista constitucional, autorizado a decidir a respeito.”⁴⁴³ Afinal, trata-se de elemento indispensável para que o ser humano mantenha sua condição de humanidade:

O conceito do *mínimo existencial*, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino.⁴⁴⁴

Na mesma linha, mas em solo lusitano, Jorge Reis Novais defende que do mandamento de proteger a dignidade da pessoa humana decorre não apenas a proibição de atuações que violem a dignidade, mas também “a necessidade de prestações estatais que permitam uma existência autodeterminada, sem o que a pessoa, obrigada a viver em condições de penúria extrema, se veria involuntariamente transformada em ‘mero objecto do acontecer estatal’, e, logo, com igual violação do princípio.”⁴⁴⁵

Portanto, fundamenta-se na proteção da dignidade humana um direito a um mínimo de existência condigna “que se traduz, não apenas na referida exigência de não se ser privado desse mínimo, mas também na exigibilidade, juridicamente reconhecida, de ajuda material que lhes permita levar uma vida condigna.”⁴⁴⁶

Todavia, questiona Novais como se pode afirmar qual é o “mínimo de um mínimo” com algum grau de comprovação intersubjetiva⁴⁴⁷. Mesmo que seja possível um acordo sobre o tema, o problema não estaria definitivamente resolvido,

⁴⁴³ Id.

⁴⁴⁴ Id.

⁴⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 64.

⁴⁴⁶ Id.

⁴⁴⁷ Para Jorge Reis Novais (Ibid., p. 306-307), o mínimo social acaba sendo algo etéreo, pois como determinar a essência dos direitos indeterminados? Ademais, tal mínimo variará conforme o contexto e outros elementos.

porque da própria natureza dos direitos sociais decorre a possibilidade ou até eventual necessidade de afectação desse mínimo.”⁴⁴⁸

Pensa no caso, por exemplo, de o Estado não poder garantir o nível atual das prestações frente à inexistência de recursos suficientes. Nesse sentido, mesmo o mínimo seria minimizado. Para o autor, o problema resume-se em haver ou não uma justificação constitucionalmente adequada para a restrição. O que não se pode sustentar, segundo Novais, é a restrição do “mínimo” sem base constitucional, por razões puramente ideológicas⁴⁴⁹.

Novais indica que o direito a um mínimo de existência trata-se de típico direito social⁴⁵⁰, mas ressalta que se estará diante de direito subjetivo apenas em situações excepcionais, ou seja, “quando seja possível invocar uma violação da proibição do *défice de protecção* por não se atingir um padrão mínimo de garantia que o Estado tinha condições de realizar – e estava obrigado a realizar por ser estritamente necessária à existência da própria liberdade”⁴⁵¹.

Cristina Queiroz também mostra preocupação com a preservação e a satisfação do mínimo existencial. A autora afirma a necessidade de o Estado proteger um “*standard* mínimo”⁴⁵², que representa a noção de mínimo existencial, sem a qual os direitos fundamentais são desprovidos de sentido. Ressalta que o conceito desse mínimo não é fechado, e sim progressivamente desenvolvido no caso concreto.

Como exemplos dos direitos fundamentais sociais mais básicos do ser humano, Queiroz cita o trabalho, a saúde e a educação, que devem ser tomados como direitos subjetivos na parcela eminentemente necessária para o respeito à *dignidade* humana⁴⁵³. Afirma, ainda, que em relação aos direitos mais básicos o Judiciário deve atuar frente à omissão dos demais poderes⁴⁵⁴.

Voltando à doutrina pátria, Luís Roberto Barroso aponta como núcleo material elementar da dignidade da pessoa humana o “*mínimo existencial*”, locução que

⁴⁴⁸ Ibid., p. 320.

⁴⁴⁹ Ibid., p. 320-321.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 296.

⁴⁵¹ Ibid., p. 297.

⁴⁵² QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 173.

⁴⁵³ Ibid., p. 214.

⁴⁵⁴ Ibid., p. 215.

identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade”.⁴⁵⁵

As contribuições trazidas por Ana Paula de Barcellos aprofundam essa afirmação. A autora apresenta um conceito geral de mínimo existencial:

[...] o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.⁴⁵⁶

Da citação transcrita, percebe-se desde logo a defesa de um mínimo existencial (e não apenas vital) com fundamento tanto na dignidade humana quanto na autonomia do indivíduo e em sua possibilidade de participação democrática.

Barcellos entende que o mínimo existencial é a fração nuclear do princípio da dignidade humana, correspondendo às condições materiais básicas para a existência⁴⁵⁷. Esse núcleo se impõe como regra⁴⁵⁸, dotada de eficácia positiva⁴⁵⁹.

⁴⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 225, 2001. p. 31.

⁴⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 230.

⁴⁵⁷ Na mesma linha, Otávio Henrique Martins Port entende o mínimo existencial como “o núcleo mínimo e essencial dos direitos fundamentais – o princípio da dignidade da pessoa humana” (PORT, Otávio Henrique Martins. **Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da Administração Pública**. São Paulo: RCS, 2005. p. 107). Sidney Guerra e Lilian Emerique criticam tal posicionamento, afirmando que “não se deve confundir a materialidade do princípio da dignidade da pessoa humana com o mínimo existencial” (GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, ano VII, n. 9, dez. 2006. p. 391).

⁴⁵⁸ Quanto a este aspecto, Barcellos recebe a crítica realizada por Paulo Leivas, no sentido de que seria melhor considerar o mínimo existencial como princípio. Responde a autora: “A natureza de regra atribuída ao mínimo existencial tem exatamente o propósito de retirar os bens que o compõem da ponderação freqüente, própria aos princípios. Na realidade, o mínimo existencial proposto é o resultado de uma ponderação já realizada, prévia, e não deve sujeitar-se a um novo processo ponderativo. É verdade que situações absolutamente excepcionais sempre podem impor-se e exigir uma flexibilização também da regra do mínimo existencial (e.g., hipóteses de guerra), mas a teoria geral, que se pretende seja empregada pelo aplicador no normal das circunstâncias, não deve ser construída com base na excepcionalidade desviante” (BARCELLOS, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...**, p. 287, n. 472).

⁴⁵⁹ A modalidade positiva ou simétrica de eficácia é a padrão. “A expressão ‘simétrica’ pretende identificar a situação de identidade, simetria, entre o conteúdo da eficácia jurídica – isto é: aquilo que se pode exigir judicialmente – e os efeitos pretendidos pela norma” (Ibid., p. 75, n. 123.) Cria-se um “direito subjetivo para aquele que seria beneficiado ou simplesmente atingido pela realização dos efeitos da norma e não o foi, de modo que ele possa exigir judicialmente que os referidos efeitos se produzam” (Ibid., p. 75).

Esclarece a autora que, “Para além desse núcleo, o enunciado mantém a sua natureza de princípio, estabelecendo fins relativamente indeterminados, que podem ser atingidos por meios diversos, dependendo das opções constitucionalmente legítimas do Legislativo e Executivo em cada momento histórico.”⁴⁶⁰

A autora apresenta proposta de concretização do mínimo existencial em conformidade com a Constituição de 1988, admitindo que se trata apenas de parâmetro preferencial – e não absoluto –, pois o conteúdo do mínimo existencial é histórico e passível de redefinições diante de novas circunstâncias fáticas e jurídicas⁴⁶¹.

Sustenta que o mínimo existencial compõe-se de quatro elementos, sendo três materiais – a educação fundamental, a saúde básica e a assistência aos desamparados – e um instrumental – o acesso à justiça⁴⁶². Esses elementos seguem uma lógica, não tendo sido escolhidos aleatoriamente.

“Com efeito, educação e saúde formam um primeiro momento da dignidade humana, no qual se procuram assegurar condições iniciais tais que o indivíduo seja capaz de construir, a partir delas, sua própria dignidade autonomamente.”⁴⁶³ Por sua vez, a assistência aos desamparados “identifica um conjunto de pretensões cujo objetivo é evitar a indignidade em termos absolutos, envolvendo particularmente a alimentação, o vestuário e o abrigo.”⁴⁶⁴ “O acesso à justiça, por fim, é o elemento instrumental e indispensável da eficácia positiva ou simétrica reconhecida aos elementos materiais do mínimo existencial.”⁴⁶⁵

Entrando na análise de cada um dos elementos, tem-se que a *educação* é importante para a participação na vida pública e privada. Por isso, ao menos a educação fundamental é direito subjetivo. Ainda, para Barcellos, o direito à educação fundamental envolve ensino em horário adequado, material didático apropriado, transporte, alimentação e tudo o que for necessário ao aprendizado⁴⁶⁶.

⁴⁶⁰ Ibid., p. 226.

⁴⁶¹ Ibid., p. 287. Apesar de ter conteúdo passível de rediscussão, cabe referir que, para a autora, existe um acordo social a respeito do mínimo existencial. Afinal, “se não houver consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade, estar-se-á diante de uma crise ética e moral de tais proporções que o princípio da dignidade da pessoa humana terá se transformado em uma fórmula totalmente vazia” (Ibid., p. 229).

⁴⁶² Ibid., p. 288.

⁴⁶³ Id.

⁴⁶⁴ Id.

⁴⁶⁵ Ibid., p. 289.

⁴⁶⁶ Ibid., p. 291.

Em relação à *saúde*, como não se pode definir um nível mínimo, pois a saúde – em suma, a vida – não admite gradações⁴⁶⁷, a determinação do mínimo existencial compreenderá as prestações de saúde disponíveis⁴⁶⁸. A autora estabelece – como já referido quando examinadas as normas constitucionais relacionadas ao mínimo existencial – quatro prioridades na área da saúde: prestação de serviço de saneamento, atendimento materno-infantil, ações de medicina preventiva e de prevenção epidemiológica.

O atendimento materno-infantil e a prevenção epidemiológica já foram objeto de definição no capítulo segundo. Quanto às ações de medicina preventiva, a autora apóia-se em disposições da Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, para estabelecer que o mínimo a ser ofertado ao cidadão envolve consultas médicas em clínicas básicas e especializadas, serviços de apoio diagnóstico e tratamento ambulatorial⁴⁶⁹. Atenta para o cuidado com a razoabilidade e a isonomia ao lidar com cada caso concreto⁴⁷⁰.

Saneamento básico é “o processo que inicia com a captação ou derivação da água, seu tratamento, adução e distribuição, e finda com o esgotamento sanitário e a efusão industrial”⁴⁷¹. Conforme aponta Barcellos, não se trata de serviço que possa ser individualizado, pois depende de providências de grande escala. Assim, ensina que o “máximo que parece possível pretender [em uma demanda requerendo saneamento básico] é a inclusão obrigatória no orçamento do ano seguinte da verba destinada a tal fim ou, alternativamente, a juízo da autoridade administrativa competente, e respeitado o mesmo prazo, a delegação da execução do serviço a particulares, observado o procedimento constitucional e legal próprio.”⁴⁷²

Existem medidas acessórias que podem contribuir para a melhoria das condições de saneamento, tais como o recolhimento e tratamento do lixo, a

⁴⁶⁷ “Veja-se: se o critério para definir o que é exigível do Estado em matéria de prestações de saúde for a necessidade de evitar a morte ou a dor ou o sofrimento físico, simplesmente não será possível definir coisa alguma. Praticamente toda e qualquer prestação de saúde poderá enquadrar-se nesse critério” (Ibid., p. 308).

⁴⁶⁸ Ibid., p. 309.

⁴⁶⁹ Ibid., p. 314.

⁴⁷⁰ “Isso porque não será razoável ou isonômico que o paciente que obteve tratamento, por força de decisão judicial, em instituição privada, disponha de condições de atendimento muito superiores relativamente àqueles que vêm sendo atendidos pelo serviço de saúde prestado pelo Poder Público. Também a escolha da instituição privada que atenderá o paciente-autor deverá observar o princípio isonômico, de modo a evitar favorecimento de algumas instituições em detrimento de outras de mesmo padrão” (Ibid., p. 316-317).

⁴⁷¹ Ibid., p. 317.

⁴⁷² Ibid., p. 320.

drenagem e limpeza de rios e valas, etc. Quanto a esses elementos, entende a autora não haver obstáculos para que “por força de decisão judicial, eles sejam executados por empresas ou entidades privadas”⁴⁷³.

Delineados dois elementos materiais do mínimo existencial – educação fundamental e saúde básica – cabe tratar do conteúdo mínimo a ser garantido a título de *assistência aos desamparados*.

Aponta a autora que a Constituição já institucionalizou algumas formas de prestar assistência social, como o benefício de prestação continuada (art. 203, V). As condições mais elementares para a subsistência (alimentação, abrigo e vestuário) formam o conteúdo da assistência aos desamparados. Logo, para Barcellos, a dificuldade não está no conteúdo, mas na forma de prestar a assistência⁴⁷⁴. Há alternativas como entregar um numerário diretamente ao necessitado, fornecer vales para serem utilizados em instituições particulares conveniadas com o Estado e disponibilizar *in natura* os bens necessários.

O mínimo existencial na assistência social possibilita exigir judicialmente do Estado ao menos os bens necessários *in natura*. Assim, “o Estado deve dispor de um estabelecimento no qual as pessoas necessitadas possam se abrigar à noite, assim como de alguma forma de programa de alimentação e vestuário para esses indivíduos, ou, se assim preferir, de alguma estrutura equivalente.”⁴⁷⁵

Por fim, o elemento instrumental do mínimo existencial é composto pelo *acesso à justiça*. Pouco adiantaria garantir às pessoas condições mínimas de existência digna se fosse vedada a possibilidade de requerer judicialmente a satisfação dessas condições. O mínimo a ser preservado quanto ao acesso à justiça envolve três aspectos: o acesso sob o ponto de vista jurídico, o acesso físico e o acesso jurídico da pretensão material⁴⁷⁶.

Para dirimir os custos do acesso à Justiça, há a assistência jurídica gratuita integral para os necessitados (que supera os custos relativos ao processo judicial, envolvendo também emolumentos como o registro de imóveis) e a necessária estruturação da defensoria pública e dos juzizados especiais. Os advogados, no exercício da advocacia dativa, desempenham importante papel social.

⁴⁷³ Id.

⁴⁷⁴ Ibid., p. 321.

⁴⁷⁵ Ibid., p. 323.

⁴⁷⁶ Ibid., p. 325.

Além dos custos, a desinformação das pessoas impede a exigência judicial de prestações básicas. Esse é um mal para o qual “não se vislumbra solução jurídica específica e imediata”⁴⁷⁷. A educação continuada e ações promovidas pela sociedade e instituições públicas certamente contribuem para minimizar o problema.

Na identificação das condições necessárias a respeito das quais a atuação judicial determinando prestações é legítima, a autora cita que as ações coletivas – ainda escassas em relação ao mínimo existencial – também podem oferecer contribuição. É possível a tutela coletiva das pretensões materiais necessárias à dignidade humana, eis que o direito ao mínimo existencial “existe não apenas em face do autor de uma eventual demanda judicial, mas também em face de todos aqueles que se encontrem em situação equiparável.”⁴⁷⁸ Assim, “da mesma forma que um indivíduo pode ir a juízo postular que o Estado cumpra o seu dever jurídico, também aqueles privados da fruição do mesmo bem ou serviço [...] poderão, diretamente ou por meio de algum substituto processual, pretender judicialmente que o Estado cumpra seu dever”⁴⁷⁹.

Quando a discussão é coletiva, algumas dificuldades na adjudicação de bens e serviços são minimizadas; sendo o debate mais abrangente, obtém-se melhor conhecimento das necessidades coletivas, das políticas existentes e das possibilidades. Ainda, é possível analisar a alocação de recursos de forma mais genérica, produzindo mais igualdade, ampliando a efetividade das disposições constitucionais e evitando efeitos colaterais observados nos requerimentos individuais, como a desorganização da atuação do administrador⁴⁸⁰.

Especificamente em relação ao conteúdo do mínimo existencial, as demandas coletivas possibilitam a evolução, rediscussão e readaptação da noção frente a

⁴⁷⁷ Ibid., p. 332.

⁴⁷⁸ Ibid., p. 336.

⁴⁷⁹ Id.

⁴⁸⁰ Ibid., p. 343. Conferir também BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, nov./dez. 2007. p. 55-58. No mesmo sentido, considerando as vantagens das demandas coletivas, Cláudio Pereira de Souza Neto (**A justiciabilidade dos direitos sociais...**, p. 544) afirma que “Como regra geral, as demandas por prestações sociais devem ser veiculadas através de ações coletivas, facultando-se o acesso direto aos litigantes individuais apenas excepcionalmente”, em casos de dano irreversível e desrespeito aos direitos já reconhecidos em lei e políticas públicas instituídas.

novas realidades⁴⁸¹, pois são trazidos mais elementos, de fontes muitas vezes plurais, ao debate no Judiciário⁴⁸². Eis um canal pouco explorado.

Em síntese, essas são as profícuas considerações extraídas do estudo de Ana Paula de Barcellos acerca do conteúdo do mínimo existencial, fortemente ancoradas na idéia de dignidade da pessoa humana.

Aproveitando a mesma trilha, para Cármen Lúcia Antunes Rocha o conceito jurídico do mínimo existencial foi acolhido para dar efetividade ao princípio da *dignidade* humana, a ser garantido pelo Estado e pela sociedade. “Pelo acolhimento do conceito de mínimo existencial, a ser garantido como direito para a efetivação desse princípio [dignidade], tem-se por estabelecido um espaço juridicamente assegurado e posto a cumprimento obrigatório, de tal modo que o seu não acatamento pode ser objeto de responsabilização do Estado.”⁴⁸³

Em enunciação genérica, a autora afirma que o mínimo existencial engloba o “conjunto de condições materiais, político-econômicas, sociais, culturais e psicológicas que constitui o ponto de partida com que cada ser humano precisa contar para realizar a sua vocação e bem viver segundo os princípios tidos como próprios no sistema constitucional estabelecido pela sociedade estatal.”⁴⁸⁴

Ingo Wolfgang Sarlet, por sua vez, vem produzindo obra singular na temática do mínimo existencial, entendido como “o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável”⁴⁸⁵. Decorrente do direito à vida e do princípio da *dignidade* humana, o mínimo existencial prescinde de expressa dicção constitucional.

Após analisar o desenvolvimento do tema no direito alemão, Sarlet defende a possibilidade de reconhecer também no Brasil, sob determinadas condições, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, independentemente da atuação do

⁴⁸¹ BARCELLOS, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...**, p. 344.

⁴⁸² Como nota Sarmento (**A proteção judicial dos direitos sociais...**, p. 585), “as ações coletivas tendem a possibilitar uma instrução processual mais completa, franqueando ao juiz um maior contato com as inúmeras variáveis envolvidas na implementação das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais, que tenderiam a ser negligenciadas nas ações individuais. Isto, evidentemente, possibilita a adoção de decisões mais informadas, a partir de uma visão mais abrangente da problemática subjacente à adjudicação de cada direito social.”

⁴⁸³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, jan./jun. 2005. p. 445.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 447.

⁴⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, out./dez. 2007. p. 184.

legislador. Para tanto, considera relevante a vinculação entre o direito em jogo com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, compreendidos de modo constitucionalmente adequado.

“Neste sentido, remete-se à noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável.”⁴⁸⁶ Sarlet chega a sustentar que a negação ao indivíduo dos recursos materiais mínimos para a manutenção de sua existência pode significar sua condenação à pena de morte⁴⁸⁷.

Caso o indivíduo não consiga satisfazer as suas necessidades existenciais, cabe ao Estado auxiliá-lo (o que significa a defesa de determinado papel do Estado), criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade e da vida.

Sarlet ressalta que uma compreensão apropriada não deve tomar o mínimo existencial “como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo apenas vital) mas, mais do que isso, uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável [...] ou mesmo daquilo que tem sido designado como uma vida boa.”⁴⁸⁸ Afinal, a existência humana supera o aspecto fisiológico.

Todavia, o autor questiona como definir um patamar mínimo a ser necessariamente realizado quando não está em jogo a mera existência física do indivíduo. Entra em cena, então, o princípio da dignidade. A fim de ilustrar o posicionamento, ainda que a educação não seja necessária para a existência física da pessoa, compõe o mínimo existencial por ser indispensável para a que a dignidade humana seja respeitada⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ Ibid., p. 183.

⁴⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 373.

⁴⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 93.

⁴⁸⁹ Em relação ao direito à educação, “poder-se-á sempre afirmar que negar, em face de argumentos como o da ausência de recursos, até mesmo o acesso ao ensino fundamental não chega a comprometer a existência do indivíduo. A resposta a esta indagação, contudo, passa pelo princípio da dignidade humana, que indubitavelmente pressupõe um certo grau de autonomia do indivíduo, no sentido de ser capaz de conduzir a sua própria existência, de tal sorte que a liberdade pessoal [...] constitui exigência indeclinável da própria dignidade. Neste sentido, não restam dúvidas de que manter o indivíduo sob o véu da ignorância absoluta significa tolher a sua própria capacidade de compreensão do mundo e sua liberdade (real) de autodeterminação e de formatar sua existência” (SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 374). Nesse aspecto, interessante apontar

Sarlet considera o modelo ponderativo o mais adequado para definir os contornos do mínimo existencial, pois uma pauta abstrata e genérica não parece concebível⁴⁹⁰. Seria impossível estabelecer, de forma apriorística e taxativa, um rol dos elementos do mínimo existencial. Resta inviável até mesmo a fixação, pelo legislador, de valores fixos e padronizados para a satisfação do mínimo existencial.

“O que compõe o mínimo existencial reclama, portanto, uma análise (ou pelo menos a possibilidade de uma averiguação) à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso.”⁴⁹¹ Abre-se espaço para opções hermenêuticas, pois a determinação do mínimo existencial “não pode ocorrer de forma insulada, apenas na esfera jurídica, reclamando uma exegese orientada pela realidade do mundo circundante (considerando fatores climáticos, culturais, econômicos, etc.)”⁴⁹². Contudo, esse posicionamento não desconsidera as conquistas já sedimentadas, que são guias para o intérprete e os órgãos vinculados à concretização do mínimo existencial.

Diante dessas considerações, o autor propõe parâmetro para constatar um direito subjetivo a prestações: sempre que as objeções aos direitos sociais, na condição de direitos subjetivos, esbarrarem no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou quando da análise dos bens colidentes resultar a prevalência do direito social prestacional, pode-se reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações para atender ao padrão mínimo existencial; além dessa esfera, haverá apenas um direito *prima facie*⁴⁹³.

Traçada a linha mestra do estudo de Sarlet sobre o mínimo existencial, passa-se a breve referência acerca de prestações básicas específicas. O autor afirma, por exemplo, que a vinculação com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana existe em relação aos direitos ao salário mínimo, à previdência e assistência social e à saúde, “muito embora estes direitos não esgotem as possibilidades do assim chamado mínimo existencial.”⁴⁹⁴ Relacionada à dignidade, a

que o mesmo exemplo foi citado por Cláudio Pereira de Souza Neto, para defender que o mínimo existencial não se refere somente à sobrevivência (considerando, contudo, que o argumento para a ampliação do mínimo para além do aspecto vital baseou-se nas condições necessárias para a autonomia privada e pública do sujeito).

⁴⁹⁰ Id.

⁴⁹¹ SARLET, FIGUEIREDO, **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde...**, p. 186.

⁴⁹² SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 376.

⁴⁹³ Ibid., p. 374-375

⁴⁹⁴ Ibid., p. 373.

educação também compõe a noção de mínimo existencial (sendo o ensino fundamental direito público subjetivo).

Em relação à saúde, como a Constituição Federal é imprecisa quanto ao objeto protegido pelo direito, cabe ao legislador defini-lo e ao Judiciário interpretar as normas referentes. Entretanto, quando se tratar de prestação emergencial, cujo não atendimento acarreta dano irreversível ou o sacrifício de outros bens essenciais (como a vida), haverá direito subjetivo. Tal conclusão decorre também da proibição, na ordem constitucional pátria, da pena de morte, da tortura e das penas desumanas e degradantes⁴⁹⁵.

As prestações materiais de saúde estritamente necessárias para a proteção da vida humana consolidam-se como exigências inarredáveis de qualquer Estado que inclua a humanidade e a justiça nos seus valores essenciais⁴⁹⁶. Serão observadas, obviamente, a situação econômica do paciente e os princípios da solidariedade, da proporcionalidade e da isonomia.

A moradia, para Sarlet, certamente inclui-se no âmbito do mínimo existencial, pois satisfaz necessidade vital do indivíduo, compondo o que pode ser denominado de direito a um adequado padrão de vida. Lembrando que a garantia de um espaço adequado para viver com um mínimo de saúde, bem-estar e dignidade independe da propriedade de um imóvel⁴⁹⁷.

Segundo o autor, a moradia adequada é aquela que contempla os parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida saudável, considerando as exigências do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴⁹⁸ referidas no capítulo anterior. Objetiva-se proporcionar completo bem-estar físico, mental e social. Cabe ao legislador (mas não apenas) estabelecer mais precisamente o conteúdo e os meios de realização do direito à moradia, considerando os tratados internacionais e os demais dispositivos da Constituição.

Também Marcelo Leonardo Tavares realizou estudo bastante consistente a respeito do mínimo existencial, especificamente nos segmentos da assistência e

⁴⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações a respeito do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 20 jul. 2008.

⁴⁹⁶ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 346.

⁴⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso de Albuquerque (Dir.). **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 4, p. 157.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 159.

previdência social. Em seu estudo do mínimo existencial, nota-se remissão à dignidade, à liberdade e às condições democráticas.

Indica que o mínimo existencial (utiliza também a nomenclatura “mínimo social”, em alusão à teoria de John Rawls) “envolve o conjunto de ações sociais do Estado destinadas a garantir a *dignidade* da pessoa humana e deriva dos valores da ‘liberdade para’, da ‘igualdade de chances’ e da ‘solidariedade gerenciada’.”⁴⁹⁹ Explica que o mínimo social garante a igualdade de oportunidades, possibilitando o *acesso democrático* aos meios de aperfeiçoamento pessoal e coletivo. Nesse sentido, “Sem a garantia do mínimo existencial, parcela da população não tem a menor condição de evolução social e econômica, ficando relegada à perpetuação na pobreza.”⁵⁰⁰

Para Tavares, a teoria do mínimo social ganha relevância ao proporcionar definição mais precisa acerca de quais direitos sociais são identificados como direitos humanos, retirando-os, então, da vontade legislativa e administrativa, bem como do campo dos privilégios para poucos. Nesse sentido, “O mínimo existencial reforça a natureza humana dos direitos sociais e possibilita, através de sua delimitação e justificação em valores, o reforço de exigibilidade em favor de indivíduos carentes.”⁵⁰¹ Afirma que os direitos prestacionais do mínimo social veiculam-se através de regras constitucionais, dotadas de aplicabilidade imediata⁵⁰², constituindo-se, ainda, como cláusulas pétreas.

Classificando o mínimo existencial como direito humano social, o autor faz referência aos *status* negativo e positivo desse direito; aquele correspondendo ao reconhecimento de imunidades tributárias e este a prestações *materiais* sociais⁵⁰³.

As prestações sociais formais e materiais dizem respeito aos direitos sociais mínimos, vinculados à dignidade da pessoa humana, verdadeiros direitos fundamentais que devem ser realizados. Diferenciam-se das prestações meramente formais, relacionadas à justiça social e à capacidade (jurídica e fática) do Estado de proporcionar determinados bens às pessoas. Os direitos que compõem o mínimo existencial enquadram-se, portanto, na primeira categoria, dos direitos sociais prestacionais formais e materiais.

⁴⁹⁹ TAVARES, op. cit., p. 66. Grifamos.

⁵⁰⁰ Ibid., p. 75.

⁵⁰¹ Ibid., p. 77.

⁵⁰² Ibid., p. 173.

⁵⁰³ Ibid., p. 74-75.

Tavares explicita quais são os direitos incluídos nesse conjunto: “a educação fundamental de 1º grau, a saúde básica (compreendendo a prestação do serviço de saneamento, o atendimento materno-infantil, as ações de medicina preventiva e as ações de prevenção epidemiológica), a assistência social e a previdência social básica.”⁵⁰⁴ Em relação ao lazer e à moradia, não haveria direito prestacional mínimo exigível do Estado⁵⁰⁵.

A educação fundamental possibilita o convívio na sociedade e o acesso ao mercado de trabalho, para nele a pessoa buscar seu sustento. A saúde preventiva e curativa visa a manter a integridade física do indivíduo para que possa exercer autonomamente suas atividades.

A assistência social, por sua vez, oferece gratuitamente prestações mínimas para quem esteja em situações críticas de impossibilidade de prover seu próprio sustento. Configura-se como uma renda mínima ou a entrega efetiva de bens (moradia, alimentos, roupas, etc.)⁵⁰⁶. Exemplos de prestações que podem ser exigidas prontamente são o serviço de (re)habilitação profissional (art. 203, inc. IV, da Constituição Federal) e o benefício do amparo social (art. 203, inc. V).

A previdência social mínima restou definida no capítulo anterior, quando examinadas as normas constitucionais relacionadas ao mínimo existencial. Configura-se como “um seguro público, básico e universal, destinado a proteger todas as pessoas nas situações em que não se possam manter pelas próprias forças, tais como o desemprego, a idade avançada, a incapacidade laboral, a maternidade etc”⁵⁰⁷. Dos benefícios previdenciários, o autor exclui do mínimo social o salário-família, a aposentadoria por tempo de contribuição ou tempo de serviço e o auxílio-reclusão⁵⁰⁸.

Tavares aponta, ainda, a possibilidade de existirem direitos trabalhistas no conceito de mínimo existencial, pois “a prestação de serviço deve observar

⁵⁰⁴ Ibid., p. 263. Percebe-se, em relação à saúde, semelhança com a proposta traçada por Ana Paula de Barcellos.

⁵⁰⁵ Ibid., p. 163.

⁵⁰⁶ Ibid., p. 76 e 215.

⁵⁰⁷ Ibid., p. 87.

⁵⁰⁸ Ibid., p. 237. “O salário família é um benefício que não se apóia em nenhum risco social que afaste o trabalhador de sua atividade, servindo apenas de suporte à insuficiência salarial, o que é uma questão de política de trabalho e não previdenciária. O tempo de serviço e o tempo de contribuição não indicam que haja perda ou redução de capacidade de trabalho, principalmente se considerarmos a idade de início da prestação de serviço. E a prisão não deve servir como risco social a ser protegido com a oneração da sociedade e do Estado. Se foi cometido ato ilícito merecedor de aplicação de sanção privativa da liberdade ao segurado, a família deve merecer a proteção estatal de assistência, se for o caso” (Ibid., p. 237-238).

determinadas condições que se destinam a conferir dignidade à pessoa em atividade, *e.g.*, a limitação de horas de trabalho, a proteção contra elementos agressivos ao corpo humano, os descansos periódicos (folgas e férias), a vedação de trabalho degradante e a renda mínima.”⁵⁰⁹

Por sua vez, para Emerson Garcia, o mínimo existencial indica o conteúdo mínimo e não derogável dos direitos fundamentais, reconhecido de modo universal e generalizado. Embora sua preeminência axiológica seja incontroversa, o mínimo existencial – que está atrelado às condições materiais mínimas exigidas para a sobrevivência em condições *dignas* – não tem contorno preciso. Seus lineamentos básicos “resultam da paulatina sedimentação de uma pauta de direitos mínimos universalmente aceitos e considerados essenciais à preservação da *dignidade* da pessoa humana.”⁵¹⁰ Trata-se de matéria polêmica em países em que o mínimo existencial é historicamente ignorado, como no Brasil.

Conforme Garcia, apesar da indefinição dos limites desse núcleo mínimo dos direitos fundamentais, é certo que determina ao Estado a vedação de qualquer medida que frustre a concreção das condições materiais mínimas exigidas para a sobrevivência em condições dignas. Ainda, seu respeito independe de concretização legislativa, eis que deriva diretamente da Constituição.

O autor identifica a educação fundamental como integrante do mínimo existencial, “não só por suas características intrínsecas como em razão de sua importância para a concreção de outros direitos necessários a uma existência digna.”⁵¹¹ Sendo a educação fundamental direito subjetivo público, resta reduzida, na seara educacional, a abstração que circunda os limites do mínimo existencial. Lembrando que os programas suplementares de apoio ao educando são indissociáveis do direito à educação.

Também são relevantes as contribuições de Marcos Maselli de Gouvêa. Estudando a sindicabilidade das prestações estatais, o autor reconhece a necessidade de uma metodologia superadora da lei para lidar com as questões

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 77.

⁵¹⁰ GARCIA, Emerson. **O direito à educação e suas perspectivas de efetivação.** Disponível em: <<http://www.acaoeducativa.org.br/portal/images/stories/geral/13odireitoaeducacaoesuasperspectivasdeefetividade.pdf>> Acesso em: 07 out. 2008. Grifamos.

⁵¹¹ *Id.* O autor aponta que a identificação dos lineamentos básicos do mínimo existencial traz como consequência a própria integração do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, resta evidente a conexão do mínimo existencial com o referido fundamento do Estado brasileiro.

atinentes ao tema⁵¹². Nesse sentido, o mínimo existencial aparece como idéia-chave para a fundamentação dos direitos prestacionais.

O mínimo existencial, para o autor, consiste em “um complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição concreta da liberdade e à dignidade da pessoa humana. Tais direitos (os vinculados ao mínimo existencial) assumem, intuitivamente, um *status* axiológico superior, e isto por serem essenciais à fruição dos direitos de liberdade.”⁵¹³ Portanto, Gouvêa vincula o mínimo existencial ao argumento da dignidade, que, por sua vez, pressupõe seja assegurada a liberdade. Adere “a um modelo restrito de direitos sociais e econômicos fundamentais, em que apenas aqueles diretamente voltados à garantia da vida e da liberdade (mínimo existencial) mereceriam ser reconhecidos como prioritários, independentemente do juízo político dos órgãos investidos pelo voto popular”⁵¹⁴.

O autor concorda inexistir fórmula capaz de identificar com precisão o âmbito do mínimo existencial. A definição “encontra-se inextrincavelmente ligada à compreensão que a *comunidade de princípios* possui do mínimo existencial, compreensão esta que é influenciada por uma série de fatores (econômicos, históricos, culturais, políticos, religiosos etc.)”⁵¹⁵ Assim, o debate intersubjetivo é importante para a compreensão do conteúdo do mínimo existencial, que receberá legitimidade *a posteriori*.

Há quem entenda que a indeterminação do mínimo existencial equivalha à inexistência de critérios para a tutela judicial das prestações estatais positivas. Todavia, Gouvêa ressalta a dificuldade de conceber um modelo absolutamente livre de escolhas⁵¹⁶. Ademais, a indeterminação do conteúdo do mínimo existencial não significa a constatação de um espaço de arbitrariedades.

Caberá ao magistrado desenhar o âmbito de proteção do mínimo existencial, considerando a doutrina, a jurisprudência e elementos de outros ramos do

⁵¹² Sobre o desenvolvimento de um direito superador da lei, cf. GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 143 e ss.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 257.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 265.

⁵¹⁵ GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **A eficácia dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 210. n. 21.

⁵¹⁶ GOUVÊA, **O controle judicial das omissões administrativas...**, p. 265.

conhecimento⁵¹⁷. Portanto, o conceito de mínimo existencial, para Gouvêa, pode ser construído a partir do encadeamento de princípios.

Gouvêa coloca uma baliza para a compreensão do tema: o mínimo existencial não pode ser compreendido como apenas o mínimo vital, pois o sistema constitucional não intenta que a pessoa simplesmente sobreviva, e sim que exista com dignidade. “A noção de **dignidade da pessoa humana** exsurge, assim, como um critério (sem dúvida não tão unívoco quanto o da sobrevivência) de definição do âmbito de prestações jusfundamentais”⁵¹⁸.

Entra em cena a noção de mínimo digno, que abrange as prestações necessárias para que o indivíduo possua efetiva autonomia pessoal, ou seja, condições físicas e psíquicas que possibilitem a alguém valer-se, conforme suas aptidões e preferências, das oportunidades oferecidas pela sociedade. “Mais do que isto, estas prestações devem permitir à pessoa o grau de autonomia suficiente para, *inclusive, refletir e reconstruir, com a máxima autonomia possível, o quadro destas aptidões e preferências, sobretudo no espaço público, no âmbito da cidadania*”⁵¹⁹.

Versando também sobre as prestações estatais derivadas do princípio da dignidade e acolhidas na noção de mínimo existencial, Ana Carolina Lopes Olsen alude ao exame de cada caso concreto. Para a autora, a afirmação de que determinado direito integra-se na noção de mínimo existencial passa pelo “processo de ponderação, no qual, de um lado, tem-se a prestação prevista na norma, fundada na *dignidade* da pessoa humana, na *justiça* material, e na *igualdade* fática, e de outro, outros direitos ou bens jurídicos que apontem para a não aplicação da norma.”⁵²⁰

Apesar de defender a abertura do conceito de mínimo existencial, Olsen admite ser possível detectar um mínimo existencial irreduzível, calcado nas necessidades humanas e que, ao mesmo tempo, reconheça as peculiaridades históricas e culturais em relação a essas necessidades. O referido núcleo seria

⁵¹⁷ Ibid., p. 263.

⁵¹⁸ Ibid., p. 261 “Quando o mínimo existencial é compreendido apenas como um mínimo *vital* (abrangendo as condições para a mera sobrevivência, como alimentação mínima, alguns cuidados médicos e abrigo), certamente o problema é minorado, já que se passa a ter um critério objetivo de fixação de seu espectro. Entrementes, a teoria dos direitos fundamentais não almeja apenas a sobrevivência, mas sim a existência condigna” (Id).

⁵¹⁹ Ibid., p. 263.

⁵²⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Curitiba, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 352. Grifamos.

formado pelas necessidades vitais de sobrevivência; em seu entorno estariam os diversos modos de satisfação dessas necessidades, além de outras necessidades consideradas imprescindíveis para determinada cultura⁵²¹.

Conclui que o mínimo existencial, compreendido como as condições materiais “necessárias à sobrevivência do homem, e como núcleo essencial do direito fundamental no dado caso concreto, em relação direta com a dignidade da pessoa humana, erige-se tal qual verdadeira muralha, que não poderá ser transposta, sob pena de comprometimento de todo o sistema constitucional, e da legitimidade do Estado Democrático de Direito.”⁵²²

Ainda as observações de Andréas Krell podem ser inseridas neste quarto grupo de argumentos, considerando a influência do pensamento germânico em suas formulações. Já restou referido que o dever do Estado de promover o mínimo existencial foi desenvolvido na jurisprudência alemã, tendo como fundamento principalmente a *dignidade*, o caráter social do Estado e o direito à vida.

Krell defende que os riscos resultantes da pobreza não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos. Cabe ao Estado restituir um *status* mínimo de satisfação das necessidades pessoais⁵²³. Refere que até os mais conservadores aceitam e defendem que o Estado deve intervir para garantir a existência física da pessoa⁵²⁴.

Para o autor, a função da teoria do mínimo existencial é “atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência *digna*”⁵²⁵.

Mesmo concordando que o padrão mínimo indispensável à vida não é um sistema acabado de solução, afirma que tal padrão “inclui sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia; o conteúdo concreto desse *mínimo*, no entanto, variará de país para país.”⁵²⁶

Em uma visão que considera “mais moderna”, Krell defende que a “garantia mais efetiva da prestação dos serviços básicos e da assistência social no Brasil também não levaria a uma situação de ‘tutela’ ou criação de dependência do

⁵²¹ Ibid., p. 355.

⁵²² Ibid., p. 361.

⁵²³ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado.”** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 60.

⁵²⁴ Ibid., p. 60-61.

⁵²⁵ Ibid., p. 62. Grifamos.

⁵²⁶ Ibid., p. 63.

cidadão em relação às prestações sociais do Estado ('assistencialismo'), um perigo que pode existir somente em países com índices elevados de desenvolvimento."⁵²⁷

Os posicionamentos colacionados neste quarto grupo recorrem à noção do mínimo existencial para afastar o caráter etéreo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Defendem que sem a satisfação de suas necessidades básicas a pessoa não tem sua dignidade respeitada. As prestações mínimas moldariam o conteúdo do princípio da dignidade humana.

3.5. MÍNIMO ISENTO DE TRIBUTAÇÃO

Apesar de não ser o foco desta pesquisa, não se poderia deixar de trazer ao menos alguns elementos da discussão sobre o mínimo existencial no campo do direito tributário. O debate nessa seara pode ser relevante para a investigação do conteúdo do mínimo existencial.

Autores de diversos ordenamentos jurídicos são uníssonos em afirmar que os princípios inerentes ao direito tributário impedem a oneração dos bens necessários para existência digna do ser humano. Já em 1873 uma lei alemã fixou um valor como isento de tributação, pois necessário à subsistência do contribuinte⁵²⁸.

Em linhas gerais, no entender de Diego Marín-Barnuevo Fabo, Emilio Cencerrado Millán e Pedro Herrera Molina, os tributos não podem atingir a parte correspondente ao mínimo vital individual e familiar, ou seja, a quantia necessária para a existência digna do indivíduo e de sua família (no sentido de seus dependentes)⁵²⁹. A preocupação, portanto, supera o sustento apenas da pessoa do

⁵²⁷ Ibid., p. 65.

⁵²⁸ ZILVETI, Fernando Aurelio. **Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 205. O autor menciona (Ibid., p. 204-205) que a preocupação social "adquiriu uma forma mais intervencionista a partir da segunda metade do século XIX, quando se foi buscar a diminuição das desigualdades físicas e morais mediante a estipulação do mínimo existencial. Assim, estabeleceu-se que quem não tivesse condições de prover seu mínimo para viver com dignidade, deveria estar isento da obrigação de pagar tributos, além de receber do Estado a garantia do direito a um auxílio social e econômico."

⁵²⁹ FABO, Diego Marín-Barnuevo. **La protección del mínimo existencial en el ámbito del I.R.P.F.** Madrid: Colex, 1996. p. 28. MILLÁN, Emilio Cencerrado. **El mínimo exento** – en el sistema tributario español. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1999. p. 71. MOLINA, Pedro M. Herrera. **Fundamento y configuración del mínimo personal y familiar**. In: FERNÁNDEZ, Javier Martín (Coord.). **El mínimo personal y familiar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas: análisis de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, a la luz del Derecho comparado**. Madrid, Barcelona: Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, 2000. p. 01-16.

contribuinte. Em que pese a expressão utilizada, vai além, ainda, da proteção do mínimo vital, pois alberga o mínimo necessário para uma existência digna e livre⁵³⁰.

Assim como no Brasil, na Espanha o mínimo existencial não aparece de forma explícita na Constituição. Os autores o extraem da dignidade, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, do princípio da capacidade contributiva, da cláusula do Estado Social e da exigência constitucional de que a liberdade e a igualdade dos indivíduos sejam reais e efetivas. Todos esses elementos impõem aos poderes públicos o dever de promover as condições ou eliminar os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude⁵³¹.

A necessidade de eximir de gravame o mínimo vital resultaria também do dispositivo que garante a todo trabalhador (leia-se todo cidadão) um rendimento suficiente para assegurar a si e a sua família uma existência livre e digna, bem como daquele que fixa o dever dos pais de assistirem seus filhos.

Há concordância a respeito de que o mínimo necessário para a existência é um conceito elástico ou relativo, dependente de fatores como lugar, tempo e costume, dentre outras variáveis. Não se olvida, ainda, que o mínimo existencial varia conforme as circunstâncias pessoais e familiares. Portanto, torna-se difícil obter solução unívoca ao problema⁵³².

Apesar de admitirem espaço de discricionariedade na fixação legislativa do valor do mínimo isento, considerando a realidade econômica e social, os autores citados defendem a possibilidade de controle judicial sobre o valor atribuído pelo legislador. Tal controle será legítimo quando a insuficiência da quantia seja evidente⁵³³. Nesse sentido, o princípio da coerência atua como instrumento para detectar violações à garantia do mínimo existencial⁵³⁴.

Embora haja preocupação com o mínimo existencial, não se encontra nas obras referidas elementos sobre a dimensão positiva do mínimo existencial, ou seja,

⁵³⁰ Millán (op. cit., p. 71) acolhe a compreensão de ampliação do mínimo isento para abarcar um mínimo social, que possibilite o exercício das liberdades e direitos fundamentais, consagrando a dignidade e o desenvolvimento humano.

⁵³¹ FABO, op. cit., p. 13-15.

⁵³² MILLÁN, op. cit., p. 27.

⁵³³ FABO, op. cit., p. 31; MILLÁN, op. cit., p. 58; MOSCHETTI, Francesco. **El principio de la capacidad contributiva**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980. p. 270.

⁵³⁴ “O princípio da coerência impede que o mínimo pessoal e familiar no Imposto sobre a Renda seja inferior ao mínimo de subsistência fixado pelo legislador em outros setores do ordenamento. De todo modo, o legislador não poderia reduzir uniformemente todos esses limites para alguém do custo real das necessidades para uma vida digna (alimentação, vestuário, moradia e um nível mínimo de atendimentos sócio-culturais)” (MOLINA, op. cit., p. 16. Tradução livre).

a identificação das prestações positivas que compõem a noção. Apenas indicam que o mínimo existencial se trata de garantia implícita decorrente do sistema constitucional que não pode ser violada pela tributação. A questão do conteúdo do mínimo existencial aparece quando se torna necessário identificar o quanto de renda deve ser isento de tributação.

Oferecendo diretiva genérica quanto ao conteúdo do mínimo existencial, Pedro Herrera Molina indica haver critérios materiais para determinar seu valor: há de serem satisfeitas ao menos “as necessidades de alimentação, vestuário, moradia, relações sociais e culturais próprias de uma vida minimamente digna.”⁵³⁵ Nota-se certa semelhança com as necessidades traçadas no artigo 7º, inciso IV, da Constituição brasileira, que se refere ao salário mínimo.

Molina defende que o mínimo pessoal e familiar “não constitui um conceito jurídico indeterminado, senão que se define com quantias exatas pelo art. 40 da Lei.”⁵³⁶ Assim, a lei é capaz de determinar objetivamente o mínimo existencial. Portanto, interessa fazer referência à lei espanhola do imposto sobre a renda das pessoas físicas (Lei nº 40/98), em vigor desde 01 de janeiro de 1999, por ser bastante minuciosa na caracterização do valor do mínimo existencial para fins de isenção tributária⁵³⁷.

A referida legislação estabelece a tributação apenas da renda que exceda o nível de recursos necessários para satisfazer as necessidades básicas pessoais e familiares do contribuinte⁵³⁸. O artigo 40.5 da Lei nº 40/98 estabelece que o mínimo isento será configurado pela soma de seus dois componentes: o mínimo pessoal e o mínimo familiar.

Com respeito ao mínimo pessoal, será contribuinte aquele que tiver renda anual superior a 550.000 pesetas⁵³⁹. Já para as pessoas com idade superior a 65

⁵³⁵ Ibid., p. 03. Tradução livre.

⁵³⁶ Ibid., p. 06. Tradução livre.

⁵³⁷ Não se olvida a existência de outras legislações a respeito do imposto sobre a renda que estabelecem a não tributação da quantia destinada à satisfação das necessidades básicas do contribuinte e de sua família. Comentando algumas dessas leis, conferir: ANTÓN, Fernando Serrano. Derecho comparado: panorámica general. In: FERNÁNDEZ, op. cit., p. 55-70. Na presente pesquisa, faz-se referência à lei espanhola por ser bem detalhada e também merecer importantes comentários pela doutrina.

⁵³⁸ Ley nº 40/98: Art. 15. “4. Se deducirá la cuantía correspondiente al mínimo personal y familiar que la ley reconoce al contribuyente, en función de sus circunstancias personales y familiares.”

⁵³⁹ A “peseta” foi a moeda corrente da Espanha entre 1869 e 2002, sendo substituída pelo euro. A taxa de câmbio utilizada considerou 1 euro = 166 pesetas. Assim, o mínimo pessoal referido

anos, considera-se que o mínimo necessário para sua sobrevivência, e que não pode ser tributado, é 650.000 pesetas. Tratando-se de pessoa incapacitada em grau superior a 33% e inferior a 65%, o mínimo isento será de 850.000 pesetas, e em grau superior a 65%, 1.150.000 pesetas⁵⁴⁰.

Em relação ao mínimo familiar, a quantia isenta de tributação varia conforme a condição dos ascendentes e dos descendentes do contribuinte que não declarem imposto de renda⁵⁴¹.

No tocante aos ascendentes (de qualquer grau), são três os requisitos para se aplicar a isenção da renda necessária à satisfação de suas necessidades⁵⁴²: (i) ser maior de 65 anos, (ii) conviver com o contribuinte⁵⁴³ e (iii) depender do contribuinte, o que significa não auferir renda anual superior ao salário mínimo.

Quanto aos descendentes (de qualquer grau), os requisitos são: (i) ser menor de 25 anos, (ii) ser solteiro, (iii) conviver com o contribuinte⁵⁴⁴ e (iv) não obter renda superior a um milhão de pesetas. Ainda, o valor do mínimo isento variará conforme o número e a idade desses descendentes⁵⁴⁵.

na lei equivaleria a € 3.313,25, o que significa, considerando o câmbio vigente em outubro de 2008, um mínimo pessoal anual de R\$ 10.159,15 (R\$ 846,58 por mês).

⁵⁴⁰ Ley nº 40/98: Art. 40. “2. Mínimo personal. El mínimo personal será con carácter general de 550.000 pesetas anuales. Este importe será de 650.000 pesetas cuando el contribuyente tenga una edad superior a 65 años, de 850.000 pesetas cuando sea discapacitado y acredite un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 e inferior al 65 por 100, y de 1.150.000 pesetas cuando el grado de minusvalía sea igual o superior al 65 por 100.”

⁵⁴¹ Ley nº 40/98: Art. 40.3 “2. No procederá la aplicación de los mínimos familiares a que se refiere el número 1º anterior cuando las personas que generen el derecho a los mismos presenten declaración por este Impuesto o la comunicación prevista en el artículo 81 de esta Ley.”

⁵⁴² Ley nº 40/98: Art. 40. “3. Mínimo familiar. 1. El mínimo familiar será: (a) 100.000 pesetas anuales por cada ascendiente mayor de 65 años que dependa y conviva con el contribuyente y no tenga rentas anuales superiores al Salario Mínimo Interprofesional, incluidas las exentas. [...] 4. [...] No obstante, para la aplicación del mínimo familiar por ascendientes será necesario que el ascendiente dependa y conviva con el contribuyente, al menos, la mitad del período impositivo.”

⁵⁴³ O requisito da convivência, conforme Javier Martín Fernández, deve ser compreendido em um sentido amplo, englobando não apenas situações de vida em comum do ascendente com o contribuinte e sua família, senão também a convivência em centros de acolhida para pessoas da terceira idade. Todavia, faz-se necessário que os ascendentes dependam e convivam com o contribuinte ao menos a metade do período de referência para o cálculo do imposto a ser pago. Cf: FERNÁNDEZ, Javier Martín. Regulación en España. In: FERNÁNDEZ, **El mínimo personal y familiar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas...**, p. 32.

⁵⁴⁴ Conforme Javier Fernández (Ibid., p. 36. Tradução livre), “O requisito da convivência implica uma certa estabilidade, ainda que, diferente dos ascendentes, não se requeira a presença no domicílio do contribuinte por um número de dias no período impositivo. O relevante é a vontade de permanecer no domicílio, independentemente de que, por razões de estudos, permaneça-se habitualmente fora dele.”

⁵⁴⁵ Ley nº 40/98: Art. 40. “3. Mínimo familiar. 1. El mínimo familiar será: (b) Por cada descendiente soltero menor de 25 años, siempre que conviva con el contribuyente y no tenga rentas anuales superiores a las que se fijen reglamentariamente, con el límite mínimo de 200.000 pesetas anuales: 200.000 pesetas anuales por el primero y segundo; 300.000 pesetas anuales por el tercero y siguientes. Estas cuantías se incrementarán: (a) En 25.000 pesetas, en concepto de material escolar,

Tanto em relação aos ascendentes quanto aos descendentes, de qualquer idade, influi na fixação do mínimo isento a hipótese de apresentarem algum grau de incapacidade⁵⁴⁶.

Percebe-se não haver referência, na lei, à consideração de gastos reais, efetivos; o que existem são presunções decorrentes de estatísticas. Considera-se que o cômputo de gastos individualizados, como os decorrentes de tratamentos de saúde, por exemplo, são de difícil controle.

É possível, ainda, a tributação conjunta, considerando a renda do cônjuge, em que serão consideradas as referências já indicadas⁵⁴⁷. Também são consideradas as fontes do capital e de seu rendimento, conforme provenham de atividade laboral, benefícios da seguridade social, atividade econômica, etc.

Assim, verifica-se que a legislação cobre grande parte das situações pessoais e familiares, de maneira a fixar o mínimo isento da maneira mais justa possível. Mas da excessiva casuística decorrem, não raro, problemas de gestão tributária⁵⁴⁸.

Do mesmo modo como na Espanha, no direito italiano o mínimo isento não encontra referência expressa na Constituição. Decorre dos dispositivos que protegem a família, a saúde, a educação, as pensões para inválidos, idosos e desempregados, além do sistema mutuário de habitação.

Ignazio Manzoni, estudando o tema do mínimo existencial ao refletir sobre o princípio tributário da capacidade contributiva, reconhece que o mínimo está “destinado a variar não apenas em função do tempo e do lugar, senão também em função da ordem econômica, social e política do país, e da finalidade que se intenta

por cada descendente, desde los 3 hasta los 16 años de edad. (b') En 50.000 pesetas, por cada descendente a cargo menor de 3 años. [...] A efectos de lo previsto en las letras b) y c) anteriores, se asimilarán a los descendientes aquellas personas vinculadas al contribuyente por razón de tutela y acogimiento, en los términos previstos en la legislación civil aplicable.”

⁵⁴⁶ Ley nº 40/98: Art. 40. “3. Mínimo familiar. 1. El mínimo familiar será: “(c) Por cada una de las personas citadas en las letras a) y b) anteriores, cualquiera que sea su edad, que no tengan rentas anuales superiores a la cuantía que se fije reglamentariamente, con el mínimo de 550.000 pesetas, incluidas las exentas, que sean discapacitadas y acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 e inferior al 65 por 100, además de las anteriores si proceden, 300.000 pesetas anuales. Esta cuantía será de 600.000 pesetas anuales cuando el grado de minusvalía acreditado sea igual o superior al 65 por 100.”

⁵⁴⁷ Segundo Emilio Millán (op. cit., p. 173. Tradução livre), “a opção pela tributação conjunta apenas será vantajosa quando a obtenção da renda familiar está muito concentrada em apenas um dos cônjuges, sendo muito pequena a quantia de renda atribuível ao resto dos membros do grupo familiar, de modo que aquele poderá beneficiar-se do mínimo isento que estes não poderiam aproveitar por obter uma renda inferior ao citado mínimo se fizessem suas declarações individuais. Por conseguinte, podemos quiçá afirmar que a Lei concede implicitamente um mínimo isento maior ao contribuinte com cônjuge, em que pese não regule expressamente nenhuma redução a este título.”

⁵⁴⁸ FERNÁNDEZ, **Regulación en España...**, p. 25.

perseguir.”⁵⁴⁹ Trata-se, portanto, de conceito que alberga larga margem de discricionariedade. Ainda, o autor vincula a quantificação do mínimo isento ao nível de serviços públicos oferecidos aos cidadãos⁵⁵⁰. Nesse sentido, não estarão incluídas no mínimo isento as exigências vitais cobertas pela coletividade através dos serviços públicos.

O autor ressalta que o conceito de mínimo vital deve ser entendido em sentido amplo, abarcando os “meios necessários não apenas para a vida física, senão também para sua condição de indivíduo social: assegurando-lhe o mínimo de decoro e dignidade que lhe compete na sociedade na qual está inserido”⁵⁵¹. Trata-se de noção que supera, portanto, o próprio âmbito fiscal. A ampliação do mínimo isento é coerente com o direito ao desenvolvimento da própria personalidade, o direito à vida e à saúde, a assistência social em caso de indigência, a proteção da família, dentre outros dispositivos constitucionais⁵⁵².

No direito brasileiro igualmente se discute a (não)tributação do mínimo existencial. Tem-se notícia de que Rui Barbosa já pregava a exclusão do mínimo existencial da incidência do imposto sobre a renda⁵⁵³. Em 1910, Viveiros de Castro também fez referência à tese da proteção do mínimo existencial contra tributos⁵⁵⁴.

No cenário contemporâneo, Roque Antonio Carrazza examina o mínimo existencial ao estudar o campo de incidência do imposto sobre a renda e proventos

⁵⁴⁹ MANZONI, Ignazio. **Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano**. Torino: Giappichelli, 1965. p. 80. Tradução livre. Refere-se também: MOSCHETTI, op. cit.

⁵⁵⁰ MANZONI, op. cit., p. 81-82.

⁵⁵¹ Ibid., p. 81. Tradução livre.

⁵⁵² Assim, “delineia-se com maior perfeição, à luz do ordenamento constitucional, a natureza e o alcance do princípio de isenção do mínimo vital, o qual, longe de esgotar sua função em finalidades e exigências de ordem exclusivamente fiscal, afirma-se sobretudo como reconhecimento da preeminência dos valores fundamentais do indivíduo, em harmonia com os demais princípios que tutelam os direitos naturais do homem e o desenvolvimento da pessoa humana” (Ibid., p. 77-78. Tradução livre).

⁵⁵³ Disse Rui Barbosa: “Nesse ponto já toquei em outro lugar, declarando que considero absoluta a necessidade de não submeter à ação do imposto direto o mínimo necessário à existência (*Existenzminimum*) nas classes mais desfavorecidas. Certamente esse mínimo, se o quisermos determinar precisamente, é uma incógnita muito variável. Mas há possibilidade de apreciações aproximativas, que financeiros e legisladores têm considerado suficientes, para dar satisfação, ao menos relativa, às exigências de equidade” (BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa**, Relatório do Ministro da Fazenda. v. XVIII, 1891. Rio de Janeiro: MEC, 1949. t. III. p. 62. apud ZILVETI, op. cit., p. 213-214).

⁵⁵⁴ “Mas como a capacidade contributiva é o *criterium* da repartição dos impostos, é claro que o direito moderno não pode deixar de reconhecer uma isenção fiscal em favor dos que não têm meios de subsistência, dos miseráveis. Os theoreticos alemães falam freqüentemente de um *existenz minimum* – uma receita mínima necessária à existência e que está isenta de impostos” (CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Tratado dos Impostos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lammert, 1910. p. 159. apud ZILVETI, op. cit., p. 214).

de qualquer natureza. O autor defende que “tudo o que está previsto, expressa ou implicitamente, na Lei Maior como integrante do chamado *mínimo vital* (ou *mínimo existencial*) não constitui nem renda, nem proventos”⁵⁵⁵ para fins de incidência do referido imposto.

Apoiando-se no artigo 3º, inciso III, da Constituição brasileira, Carrazza considera que o ordenamento garante a todos condições mínimas para a existência digna. O objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais exige não apenas a atuação positiva do Estado, no sentido de proporcionar padrões aceitáveis de subsistência, como também a sua omissão, referindo-se à impossibilidade de tributação do mínimo vital⁵⁵⁶.

O autor admite a dificuldade em precisar o que compõe o mínimo vital. Não obstante, indica que a noção gravita em tornos dos bens essenciais ao ser humano: vida, saúde e cultura⁵⁵⁷. Acurando o entendimento, afirma que serve de parâmetro o necessário para atender às necessidades vitais básicas do contribuinte e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, conforme o disposto no artigo 7º, inciso IV, da CF⁵⁵⁸. Nota-se, portanto, que a noção de mínimo vital para o autor supera um entendimento apenas fisiológico e individual.

Carrazza admite que a própria fluidez da expressão ‘mínimo vital’ faz com que o tema seja cercado de dúvidas, cabendo ao caso concreto fornecer elementos que tragam alguma luz⁵⁵⁹. Salaria que será dedutível da base de cálculo do imposto sobre a renda não apenas o que o legislador ordinário determinar, pois há gastos

⁵⁵⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda** (perfil constitucional e temas específicos). São Paulo: Malheiros, 2005. p. 49. No mesmo sentido, defende Hugo de Brito Machado que “os valores ganhos por alguém, que não sejam superiores ao mínimo do qual essa pessoa necessita para sobreviver, não podem ser considerados como renda, exatamente porque, sendo de consumo obrigatório, não podem implicar em acréscimo patrimonial. Esse mínimo vital, aliás, deveria ficar a salvo de todo e qualquer tributo, e não apenas excluído do Imposto de Renda como seguramente há de estar” (MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao código tributário nacional**. São Paulo: Atlas, 2003. v. I. p. 431-432).

⁵⁵⁶ CARRAZZA, op. cit., p. 48.

⁵⁵⁷ “Por aí se vê que devem ser expungidas da base de cálculo do imposto as despesas médico-hospitalares, com remédios, com educação – tanto a oficial como a complementar (idiomas, computação etc.) –, com lazer, com transporte, com aluguéis, com a prática de esportes e com tudo o mais que, dentro de uma margem de razoabilidade, contribua para valorizar a vida e engrandecer o espírito do contribuinte” (Ibid., p. 49, n. 57).

⁵⁵⁸ Ibid., p. 49. No mesmo sentido: COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 100-101.

⁵⁵⁹ CARRAZZA, op. cit., p. 51.

que independem de lei para serem imunes à tributação, como aqueles decorrentes da dignidade da pessoa humana⁵⁶⁰.

Cabe abrir parêntese para indicar que atualmente a faixa de renda isenta de tributação no Brasil é de R\$ 1.434,59 mensais, conforme a Lei nº 11.482, de 31 de maio de 2007⁵⁶¹. Podem ser deduzidos da tributação, por exemplo, o pagamento de pensão alimentícia, determinada quantia por dependentes, contribuições para a previdência social, pagamentos a médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais e hospitais, bem como as despesas com exames laboratoriais, serviços radiológicos, aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias.

Também são dedutíveis pagamentos de despesas com instrução do contribuinte e de seus dependentes efetuados a estabelecimentos de ensino, relativamente à educação infantil, compreendendo as creches e as pré-escolas; ao ensino fundamental; ao ensino médio; à educação superior, compreendendo os cursos de graduação e de pós-graduação (mestrado, doutorado e especialização); e à educação profissional, compreendendo o ensino técnico e o tecnológico, até determinado limite anual individual.

Fechado o parêntese, diga-se que além de um mínimo vital, Roque Carrazza faz interessante referência a um “médio vital”, que diz respeito às prestações materiais para a *melhoria* das condições de vida e decorre de alguns dispositivos constitucionais:

O *médio vital* tem seu perfil constitucional traçado seja na parte final do art. 7º da CF (que alude aos direitos dos trabalhadores ‘que visem à melhoria de sua condição social’), seja no art. 170 do mesmo Diploma Magno (que estabelece que ‘a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’). Sobremais, conforme estipula o art. 219, sempre da Lei Magna, ‘o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o

⁵⁶⁰ Na opinião de Roque Carrazza (Ibid., p. 37), a legislação ordinária limita-se a enunciar os abatimentos e as deduções sobre a renda de modo formal e categórico, considerando valores que a Constituição consagra, como vida, saúde, alimentação, moradia e educação. Há, ressalta, abatimentos e deduções que podem ser realizados mesmo na ausência de lei autorizadora, por decorrem do *mínimo vital*. É o vaso, por exemplo, dos gastos com medicamentos. Também nesse sentido, o autor (Ibid., p. 51) considera “ilustrativo, dentre dezenas de outros, o seguinte exemplo: as pessoas físicas têm o direito constitucional subjetivo de perceber, por seu trabalho, um salário mínimo justo (cf. art. 7º, IV, da CF) – o que traz uma conseqüência importante: independentemente do que vier estabelecido em lei ordinária, não deve haver tributação, por meio de IR, sobre valores inferiores ao mínimo indispensável para garantir uma vida digna ao trabalhador e seus dependentes.”

⁵⁶¹ Valor referente ao ano-calendário de 2009. A lei estabelece como faixa de renda para o ano-calendário de 2010 o valor de R\$ 1.499,15.

desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país'. Da conjugação destes dispositivos constitucionais exsurge o *médio vital*. Mas não só destes: também dos que consagram a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a diminuição das desigualdades, a função social da propriedade, os direitos sociais, e assim avante.⁵⁶²

Apesar da novidade e da preocupação exposta pelo autor, tem-se que para refletir sobre a prestação do médio, é preciso antes garantir o mínimo.

Retomem-se neste item sobre o mínimo isento de tributação as lições de Ricardo Lobo Torres. Como já referido, o mínimo existencial envolve um *status negativus*, significando ser direito protegido contra a intervenção do Estado. No campo tributário, a não ingerência sobre o mínimo existencial revela-se pelas imunidades – “o poder de imposição do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência.”⁵⁶³

Nesse viés, o autor discorre sobre as imunidades implícitas, como a não tributação dos itens da cesta básica, do mínimo existencial familiar e da moradia de pessoas de baixa renda. Versa também sobre as imunidades explícitas, que se referem, por exemplo, à gratuidade da assistência judiciária, do *habeas corpus*, do *habeas data*, da ação popular e das certidões de nascimento e de óbito, à imunidade das instituições de educação e assistência social sem fins lucrativos, à gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, das prestações de saúde e da assistência social, e à imunidade do imposto sobre propriedade territorial rural em relação às pequenas glebas. O fundamento das imunidades é pré-constitucional, vinculando-se à idéia de liberdade.

Vale citar que, segundo Torres, o princípio da capacidade contributiva é estranho à problemática do mínimo existencial, interessando apenas em seu sentido negativo. “A imunidade do mínimo existencial se situa *aquém* da capacidade contributiva, da mesma forma que a proibição de confisco veda a incidência *além* da aptidão de pagar. Em outras palavras, a capacidade contributiva começa *além* do mínimo necessário à existência humana digna e termina *aquém* do limite destruidor da propriedade.”⁵⁶⁴

Estudando o mínimo *isento* em relação ao imposto sobre a renda, Denise de Cássia Daniel explica que “Em princípio, mínimo isento representa a parcela de

⁵⁶² Ibid., p. 113.

⁵⁶³ TORRES, **O direito ao mínimo existencial...**, p. 184.

⁵⁶⁴ Ibid., p. 144.

renda necessária à satisfação das necessidades básicas de uma pessoa e daqueles que dela dependem economicamente ou à manutenção da fonte produtiva da pessoa jurídica.”⁵⁶⁵

Então, antes de estabelecer o que é indispensável para uma pessoa e sua família sobreviverem com dignidade, é preciso identificar quais as necessidades básicas que devem ser satisfeitas para que o indivíduo sobreviva. Todavia, a autora não identifica quais sejam essas necessidades, mencionando apenas que variam conforme a sociedade, a cultura e as condições econômicas⁵⁶⁶.

Faz remissão ao artigo 3º, inciso III, e aos artigos 6º e 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, como justificativas para a defesa do mínimo isento, concluindo que no Brasil o mínimo não é proclamado de forma genérica e aberta. Afirma, ainda, que o mínimo para subsistir é traduzido sempre em valores monetários⁵⁶⁷.

Cabe trazer também as contribuições de Mary Elbe Queiroz que, da mesma forma, estuda o mínimo vital (em sua dicção) em relação ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Para a autora, o mínimo vital (tomado como sinônimo de mínimo existencial) é um princípio universal que irradia seus efeitos sobre toda a ordem jurídica, estando reconhecido e consagrado no artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal⁵⁶⁸.

Decorre, ainda, de outros preceitos constitucionais, como a proteção à dignidade da pessoa humana, os objetivos de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e promover o bem de todos sem discriminação, a cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais, os direitos sociais, o princípio da capacidade contributiva, o direito à educação, a proteção da família, a assistência à criança e ao adolescente e a proteção dos filhos menores e dos pais em situação de desamparo.

A fim de entender o que seja o mínimo vital, a autora analisa os significados dos vocábulos “mínimo” e “vital”, concluindo que o sentido mais adequado ao sistema constitucional assume várias vertentes, “como o mínimo (o menor e mais

⁵⁶⁵ DANIEL, Denise de Cássia. **O imposto sobre a renda das pessoas jurídicas e a composição dos prejuízos fiscais**. Curitiba, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 45.

⁵⁶⁶ Id.

⁵⁶⁷ Ibid., p. 48.

⁵⁶⁸ QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**. Barueri: Manole, 2004. p. 53. Aqui se pode tecer o comentário de que o artigo 7º refere-se apenas aos trabalhadores urbanos, rurais e domésticos, o que exclui uma parcela da população.

ínfimo valor) necessário e indispensável à sobrevivência e para ser mantida a dignidade do indivíduo e da sua família, e exige que se associem Estado e sociedade para garantir o direito de todos a esse mínimo existencial.”⁵⁶⁹

Para Queiroz, a fixação do mínimo existencial encontra baliza na Constituição Federal quando “orienta o legislador ordinário e elenca quais as necessidades básicas e os dispêndios essenciais à manutenção da dignidade humana, cujo valor mínimo deverá estar assegurado de qualquer invasão.”⁵⁷⁰ A partir desse norte, deve-se buscar determinar objetivamente o que constitui esse conjunto de condições básicas para a existência digna.

Considerando que a quantificação do mínimo pode ser razoavelmente dimensionada, refere que “a determinação objetiva do mínimo existencial deverá obedecer a levantamentos de dados confiáveis, critérios de estatísticas construídas com base em censos populacionais (demográfico, econômico, social) etc., levando-se em consideração os parâmetros médios da população e as necessidades humanas básicas, dentro do contexto econômico, cultural e social do país”⁵⁷¹.

Para a fixação do valor são considerados fatores não apenas jurídicos, portanto. Um indicador que pode ser citado é o salário mínimo adequado nos termos dos estudos realizados pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Segundo o DIEESE, para atender às necessidades básicas do trabalhador e de sua família⁵⁷² com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, é necessária uma renda mensal de R\$ 2.014,73⁵⁷³. Considerando que o salário mínimo nominal é atualmente de R\$ 415,00, percebe-se sua insuficiência para satisfação das necessidades básicas familiares.

Queiroz aponta, ainda, que a “construção desse mínimo [vital] deverá levar em consideração, também, o total dos gastos necessários à produção dos rendimentos e à manutenção da fonte produtora.”⁵⁷⁴ Nota-se preocupação com o desenvolvimento das condições de vida, e não apenas com sua manutenção, idéia correlata àquela do “médio vital”, sustentada por Carrazza.

⁵⁶⁹ Ibid., p. 55.

⁵⁷⁰ Ibid., p. 57.

⁵⁷¹ Id.

⁵⁷² Para o DIEESE, considera-se como família um casal e dois filhos, os quais consomem como adultos.

⁵⁷³ Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/rel/rac/salminnov08.xml>> Acesso em: 08 dez. 2008.

⁵⁷⁴ QUEIROZ, **Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza...**, p. 58.

Os estudos realizados por Fernando Zilveti também merecem ser destacados. O autor define o mínimo existencial como “a menor quantia de renda absolutamente necessária para a sobrevivência digna do contribuinte.”⁵⁷⁵ Essa renda propiciaria o respeito aos direitos à alimentação, saúde, educação, habitação, exercício profissional, dentre outros, em clara referência ao artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, que estabelece o salário mínimo necessário para atender às necessidades básicas do trabalhador e de sua família.

Zilveti sugere a fixação de vários mínimos existenciais, considerando que há diferenças de custo de vida entre cidades, ainda mais no caso do Brasil, “cuja dimensão geográfica e disparidade econômica favorecem a existência de alarmantes distorções sociais.”⁵⁷⁶

Ainda, o autor traz consideração semelhante à referida por Queiroz, no sentido de que o legislador, ao fixar o mínimo existencial, deverá considerar censos e pesquisas, a fim de conhecer os custos necessários para a sobrevivência do cidadão e de sua família (consideração de um mínimo existencial pessoal e familiar, portanto). “Tais custos representam as despesas próprias da alimentação, vestuário, higiene, saúde, educação e lazer.”⁵⁷⁷ O ideal é evitar “cair em elaborações metafísicas, procurando constitucionalizar o mínimo existencial como um direito público subjetivo, oponível ao Estado por meio de controle jurisdicional, obrigando-o a prestar o mínimo existencial ao cidadão.”⁵⁷⁸

Por fim, apesar de a presente pesquisa ter como referência a existência humana, cabe apenas apontar a existência da discussão no campo do direito tributário sobre a aplicação da noção de mínimo existencial às pessoas jurídicas.

O entendimento de Roque Antonio Carrazza é pela aplicação do instituto. Explica que “no caso da pessoa jurídica o *mínimo vital* corresponde ao indispensável para que remunere seus empregados, renove o estoque, mantenha o capital de giro – enfim, continue existindo, como empresa.”⁵⁷⁹

⁵⁷⁵ ZILVETI, op. cit., p. 203. Mais adiante o autor aprofunda a idéia (Ibid., p. 216): “É necessário definir o que é indispensável para um indivíduo, como membro de dada sociedade, num dado momento histórico, para a sua sobrevivência e, se for o caso, de sua família, de modo que, a partir daí, poderia ser identificada a sua capacidade contributiva. Poder-se-ia, numa primeira análise, quantificar esse mínimo existencial em um percentual da renda do contribuinte, um valor convencionalmente estabelecido como essencial para o sustento do cidadão e de sua família.”

⁵⁷⁶ Ibid., p. 208.

⁵⁷⁷ Ibid., p. 217.

⁵⁷⁸ Ibid., p. 222.

⁵⁷⁹ CARRAZZA, op. cit., p. 50.

O mesmo entendimento é esposado por Denise de Cássia Daniel, para quem o mínimo isento (expressão preferida pela autora) deve ser considerado sempre que houver manifestação de riqueza tributável, independentemente de quem seja o titular dessa riqueza.⁵⁸⁰

Pensa-se ser possível aplicar o mínimo *isento* às pessoas jurídicas; todavia, igual possibilidade não se estende à noção de mínimo *existencial*. Não se trata de mero jogo de palavras. Quando se protege a existência, defende-se um campo muito mais amplo do que a simples isenção tributária; trata-se de possibilitar que a pessoa desfrute de uma vida com dignidade e autonomia. Ademais, a existência pode ser protegida por diferentes meios, não apenas a isenção tributária.

Nesse sentido, Emilio Millán refere que “a isenção das rendas mínimas deveria aplicar-se exclusivamente às pessoas físicas, pois apenas estas correm o risco de perecer se carecerem da renda necessária para assegurar sua sobrevivência.”⁵⁸¹ E Ricardo Lobo Torres defende que “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 pessoas jurídicas, ao contrário do que acontece com os direitos fundamentais em geral.”⁵⁸²

Pelos posicionamentos trazidos, nota-se a preocupação dos tributaristas com a quantificação do mínimo existencial. Afinal, há de se saber com precisão o que não pode ser tributado. Nesse sentido, é exemplificativa a lei espanhola do imposto sobre a renda de pessoas físicas, que chega a interessantes detalhamentos para proteger o mínimo existencial dos cidadãos.

Percebeu-se a referência às necessidades humanas básicas como critério de definição do conteúdo do mínimo existencial, evidenciando a imprescindível conexão do tema com a dimensão concreta da vida. Nessa esteira, foi evitada a concepção restrita de mínimo vital, buscando-se a proteção do mínimo existencial; e não apenas individual, como também familiar.

⁵⁸⁰ DANIEL, op. cit., p. 46. Explica a autora que “Também a tributação das pessoas jurídicas deve ser pautada pelo mínimo isento, já que a ausência de renda também impede a sobrevivência da empresa, pela impossibilidade de exercício da atividade econômica a que se destina” (Ibid., p. 47). Ainda, alude que a quantia mínima necessária para a manutenção da pessoa jurídica variará conforme cada caso, sendo impossível determinar um valor genérico.

⁵⁸¹ MILLÁN, op. cit., p. 70. Todavia, o autor sustenta que não se pode negar a existência de uma capacidade econômica própria da pessoa jurídica, diferente daquela de seus sócios – o que não se confunde com a defesa do mínimo existencial.

⁵⁸² TORRES, **O direito ao mínimo existencial...**, p. 36.

Observando o conjunto das propostas referidas nos cinco grupos, podem-se detectar elementos comuns. Por exemplo, a consideração de que o mínimo existencial supera o mínimo vital, ou seja, diz respeito à garantia de condições materiais não apenas para que a pessoa sobreviva, mas para que efetivamente viva. Afinal, o ser humano não pode ser compreendido como uma mera máquina biológica.

Por essa razão, cabe referir que Sergio Victor Tamer prefere a expressão “padrão elementar”, ao invés de “mínimo essencial”, pois considera ser a expressão “mais próxima de idéia de uma situação social intermediária, a qual implica em reduzir as desigualdades sociais, ao contrário da expressão ‘mínimo essencial’, mais ligada à idéia de sobrevivência”⁵⁸³, no sentido da satisfação das necessidades fisiológicas elementares.

Outros aspectos que apareceram nos diversos estudos colacionados são a indeterminação do conceito de mínimo existencial, por depender de condições como tempo e espaço, além de outras peculiaridades relacionadas ao caso concreto. Trata-se de conceito aberto e flexível, insuscetível de definição apriorística.

Em relação à educação, pode-se concluir que o mínimo existencial é definido: ensino fundamental. Mas, como visto, são inseridas nesse núcleo mínimo as prestações indispensáveis de apoio ao educando (de difícil definição) e também o atendimento em creches e pré-escolas. Há consenso em relação à necessidade de prestação de assistência social e de saúde básica para a garantia do mínimo existencial, embora o campo de debate sobre o que se insere nessas esferas seja deveras amplo.

Pensa-se que boas propostas em relação à saúde foram apresentadas por Barcellos e Filchtiner, possibilitando uma aproximação mais palpável dos elementos do mínimo existencial. No tocante à previdência social, o mínimo existencial foi bem desenhado por Marcelo Tavares.

Ainda, cabe referir o entendimento uníssono quanto ao *status* axiológico superior do mínimo existencial. Apreende-se também que as prestações inseridas nesse núcleo mínimo são desde logo sindicáveis, podendo o Judiciário determinar sua implementação. O Estado brasileiro assume como dever jurídico propiciar

⁵⁸³ TAMER, Sergio Victor. **Atos políticos e direitos sociais nas democracias**: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 219, n. 102.

condições de existência ao indivíduo, ressaltando, contudo, caber prioritariamente a cada pessoa o enfrentamento dos riscos decorrentes de seu sustento.

No primeiro capítulo foram indicados alguns marcos teóricos para o dever de proteção e promoção de um mínimo existencial e referida a construção jurisprudencial de tal dever no direito germânico. Também se examinou a introdução do debate no Brasil, ressaltando a relevância do tema. No segundo capítulo, foi esboçado o quadro normativo pátrio, concluindo-se dele decorrer um dever jurídico de garantir condições materiais mínimas para a existência humana.

As propostas doutrinárias lançadas neste terceiro capítulo, permitindo melhor compreender o que vem a ser o mínimo existencial, são mais alguns ingredientes que possibilitam examinar o tratamento dado pelos julgados brasileiros à noção de mínimo existencial, objetivo desta pesquisa.

4 MÍNIMO EXISTENCIAL NA PERSPECTIVA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O Poder Judiciário tem importante papel na efetivação do mínimo existencial, suprindo a omissão ou atuação insuficiente dos demais poderes e manifestando, em cada caso, o que compõe o conjunto de prestações básicas à existência humana. Cabe, então, após o exame de alguns fundamentos do mínimo existencial, do quadro normativo brasileiro e de posicionamentos da doutrina sobre o tema, observar o tratamento concedido pelo Poder Judiciário brasileiro ao mínimo existencial.

Antes, contudo, pensa-se ser relevante traçar breves linhas sobre o que o Judiciário de alguns outros países – Colômbia, Alemanha, Portugal, África do Sul e Índia – entendem a respeito do mínimo existencial, a fim de colher tendências e perceber acertos e erros.

4.1 DECISÕES ESTRANGEIRAS INTERESSANTES

4.1.1 Colômbia: ampla proteção do mínimo vital

O mínimo existencial tem desenvolvimento jurisprudencial bastante significativo na Colômbia. Por esse motivo – e por compartilhar também com o Brasil o continente sul-americano, suportando níveis próximos de desigualdades e exclusões sociais – é interessante trazer aspectos daquela realidade.

Refere-se que a primeira acolhida do mínimo existencial na jurisprudência colombiana ocorreu na Sentença nº T-426/92 da Corte Constitucional⁵⁸⁴. Recém-inaugurada, a Corte já dava importante passo. No julgado, as condições necessárias para a vida digna foram condensadas em um direito fundamental.

O demandante, homem de sessenta e nove anos de idade, não tinha emprego nem fonte de renda fixa. Frente à ausência de condições financeiras para arcar com sua subsistência e tendo em vista o falecimento de sua esposa, pensionista, requereu ao sistema de previdência social uma pensão. Mais de um ano após o pedido, não tinha recebido qualquer resposta do Estado.

⁵⁸⁴ Sentença nº T-426, aprovada pela Segunda Sala de Revisão, na cidade de Santafé de Bogotá, D.C., em 24/06/92. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponível em: <<http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1992/Tutela/T-426-92.htm>> Acesso em: 29 jul. 2008.

Nesse ínterim, o demandante perdeu sua moradia por não conseguir custeá-la. Viu-se então compelido a viver sob a proteção de sua filha, sem poder satisfazer algumas de suas necessidades mais elementares em virtude da carência de recursos. Em precário estado de saúde, necessitava de uma cirurgia, mas não tinha condições financeiras de arcar com o procedimento. O requerente fundava todas as suas expectativas vitais no reconhecimento de seu direito à seguridade social.

Tendo em vista a injustificada omissão da entidade estatal, dirigiu-se ao Judiciário, pleiteando o recebimento de um salário mínimo mensal para ver respeitado seu direito à subsistência.

A Corte afirmou que o direito à subsistência é implícito, decorrendo de direitos como a vida, a saúde, o trabalho, a assistência e a seguridade social. Defendeu que as pessoas necessitam de um mínimo de condições materiais para subsistir. Afinal, a Constituição colombiana compromete-se com a garantia de condições necessárias para o respeito à dignidade da pessoa e ao desenvolvimento de sua personalidade.

Ainda, considerando que a Constituição, em seu artigo 1º, enuncia que a Colômbia é um Estado Social de Direito, a Corte relembrou o dever de adotar-se, como objetivo, o combate às penúrias econômicas e sociais e às desvantagens de setores vulneráveis da população.

Frisou serem necessários esforços no sentido de garantir as condições indispensáveis para assegurar a todos uma vida digna, dentro das possibilidades. Isso implica atuação das autoridades no sentido de manter ou melhorar o nível de vida, incluindo condições de alimentação, moradia, seguridade social e meios financeiros para o desenvolvimento social. Assim, uma das obrigações constitucionais deduzidas do princípio do Estado Social, no entender da Corte, é contribuir para garantir a toda pessoa o mínimo vital.

Considerando esses argumentos, foi concedida a pensão ao demandante e declarado o direito à indenização pela demora injustificada do Estado em relação à seguridade social de pessoa da terceira idade com condições insuficientes para uma vida digna.

Pelos argumentos expostos, percebe-se que o mínimo vital na Colômbia, tal qual na raiz germânica (examinada no primeiro capítulo), vincula-se aos direitos fundamentais positivados e aos princípios do Estado Social de Direito e da dignidade humana. Comporta a dimensão positiva de exigir assistência em circunstâncias de fragilidade.

Cabe salientar que a Sentença nº T-426/92 foi ratificada, o que significa que houve a unificação das decisões constitucionais acerca dessa doutrina constitucional. A partir de então, o direito ao mínimo vital serviu para a Corte sustentar diversos julgamentos⁵⁸⁵. Esse instrumento revelou-se ferramenta poderosa utilizada pelos julgadores na busca por condições de igualdade real entre as pessoas⁵⁸⁶.

Refletir sobre os elementos trazidos pela Corte colombiana a respeito do mínimo vital interessa mais do que analisar a integralidade das decisões proferidas. Por essa razão, suscita-se o trabalho realizado por Rodolfo Arango, que estudou oito anos da jurisprudência constitucional colombiana sobre o tema.

A análise levada a cabo revelou uma amplitude conceitual. Ora a Corte utiliza o termo mínimo vital como um direito fundamental inominado, ora como o conteúdo material protegido por esse direito, confundindo-o com as condições materiais que o garantem. Por essa razão, Arango refere-se a um tratamento “anfíbio” do conceito.

Desta feita, o autor percebe faltar, nos julgados, desenvolvimento conceitual e metodológico mais apurado a respeito da noção. Todavia, indica que tal deficiência é compensada pela “interpretação constitucional centrada na pessoa humana, sua dignidade e sua fragilidade, o que está em consonância com o espírito humanista, garantista e solidário da Carta de 1991.”⁵⁸⁷ Por essa razão, apesar da dicção “mínimo vital”, na Colômbia as condições materiais mínimas para a existência não são, via de regra, compreendidas em termos estreitos, como o necessário apenas para a sobrevivência física.

Como mencionado, há ocasiões em que o mínimo vital é definido como um direito fundamental inominado, decorrente da interpretação sistemática da Constituição. Esse foi o posicionamento adotado na Sentença nº T-426/92, em que se extraiu o direito a um mínimo vital a partir dos princípios da dignidade humana e do Estado Social de Direito, bem como dos direitos à vida, à saúde, ao trabalho e à

⁵⁸⁵ Outro exemplo de sentença de unificação a respeito do mínimo vital é a SU-225/98, em que restou assentado ser grave violação da dignidade de pessoas vulneráveis a omissão em prestar o apoio material mínimo sem o qual a pessoa sucumbe ante sua própria impotência. Essas situações são compreendidas sob o conceito do mínimo vital. Sentença disponível em: <<http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1998/Tutela/SU225-98.htm>> Acesso em: 19 out. 2008.

⁵⁸⁶ DUSSÁN, Carlos Parra; ROMERO, Alejandro Quintero. El mínimo vital y los derechos de los adultos mayores. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, n. 9, abr. 2007. p. 252.

⁵⁸⁷ ARANGO, Rodolfo; LEMAITRE, Julieta (Dir.). **Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital**. Estudio de caso: despido injusto de mujer embarazada. Bogotá: Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Uniandes, 2002. p. 08.

assistência e seguridade social. Desta feita, a Corte criou direito não consagrado de modo explícito no texto constitucional.

A Corte também utiliza o mínimo vital para atribuir fundamentalidade a um direito prestacional (originariamente não fundamental). Assim, quando afetado o mínimo vital, o direito torna-se fundamental⁵⁸⁸. Em algumas sentenças, o mínimo vital associa-se ao núcleo essencial de alguns ou todos os direitos sociais prestacionais.

Anotam Carlos Parra Dussán e Alejandro Quintero Romero que a vinculação do mínimo vital a outros direitos faz com que o conteúdo albergado sob o rótulo “mínimo vital” seja muito amplo. A vantagem é oferecer um arcabouço para que os juízes resolvam violações cometidas contra os direitos fundamentais em casos de difícil solução⁵⁸⁹. Assim, a flexibilidade do conceito permite garantir mais efetivamente os direitos elementares de pessoas em situação de vulnerabilidade⁵⁹⁰.

Traçando as linhas gerais da invocação do mínimo vital pela Corte, Arango refere que, independentemente de o mínimo ser tomado como direito ou método para determinar a violação de outros direitos, nos casos por ele analisados o mínimo existencial “relaciona-se com uma pessoa ou grupo de pessoas cuja subsistência é ameaçada pelo descumprimento das obrigações do Estado ou de um particular perante o qual se encontra em situação de indefesa. Quiçá a Corte compreenda o mínimo vital mais como uma função do que como um conceito.”⁵⁹¹

Quanto ao conteúdo do mínimo vital, não se observa critério fixo adotado pela Corte. O caso concreto fornecerá os parâmetros para a providência que melhor satisfaça a necessidade do requerente (quantia em dinheiro⁵⁹², acesso a serviços estatais ou bens, reintegração ao trabalho etc.).

A Corte evoca a baliza genérica de que o mínimo vital é um mínimo de condições de caráter material destinadas a garantir a subsistência humana. Nesse

⁵⁸⁸ Ibid., p. 14. O mesmo entendimento tem lugar na doutrina brasileira, nos estudos de Ricardo Lobo Torres, referidos no capítulo anterior.

⁵⁸⁹ DUSSÁN, ROMERO, op. cit., p. 243.

⁵⁹⁰ Ibid., p. 261.

⁵⁹¹ ARANGO, LEMAITRE, op. cit., p. 17.

⁵⁹² Refere Arango (Ibid., p. 19) que “na maioria dos casos, a Corte concede o pagamento de uma soma em dinheiro, em muitas ocasiões contida no salário ou na pensão, e em ocasiões faz referência explícita à relação entre renda e mínimo vital.” Apesar de em diversas oportunidades ser outorgada uma soma em dinheiro, não há critérios fixos para determinar quanto deve ser essa soma. O autor afirma que identificar o mínimo vital com o salário mínimo é um erro, pois a soma necessária para determinar o conteúdo do mínimo vital depende da avaliação do caso concreto. Afinal, o mínimo vital merece uma valoração mais qualitativa que quantitativa. Pode-se estender a crítica às considerações doutrinárias que vinculam o mínimo existencial ao salário mínimo.

aspecto, Arango faz remissão à Sentença nº T-011/98, que define o mínimo vital como

[...] os requisitos básicos indispensáveis para assegurar a digna subsistência da pessoa e sua família, não somente em relação à alimentação e vestuário, senão no que se refere à saúde, educação, moradia, seguridade social e meio ambiente, enquanto fatores insubstituíveis para a preservação de uma qualidade de vida que, não obstante sua modéstia, corresponde às exigências mais elementares do ser humano.⁵⁹³

Já a sentença T-1006/99 considera o mínimo vital a “soma estritamente necessária para cobrir as necessidades básicas de alimentação, educação, vestuário, moradia, sem a qual é praticamente impossível lograr o objeto constitucional enunciado nos postulados do Estado Social de Direito.”⁵⁹⁴ O mínimo existencial, nesses termos, seria apenas uma soma monetária.

Em algumas sentenças toma-se o mínimo vital não somente em relação ao indivíduo, mas também considerando as necessidades básicas de sua família (mínimo vital familiar)⁵⁹⁵. Ainda, entende-se que o mínimo vital não é apenas exigível do Estado, mas também da sociedade e da família⁵⁹⁶. Aliás, em uma das primeiras causas envolvendo o tema figurava um particular no pólo passivo. Trata-se da Sentença nº T-125/94⁵⁹⁷, em que um idoso acionou judicialmente seu filho.

Sobre os casos concretos em que o mínimo é suscitado, tem-se que entre 1992 e 2000 (oito primeiros anos da Corte Constitucional), o mínimo vital foi citado em casos recorrentes (mas não apenas nestes), como o atraso no pagamento ou na concessão de pensão.

A hipótese citada foi o objeto da maior parte das decisões que versam sobre o mínimo vital (oitenta e duas situações). Presume-se afetada a subsistência do demandante quando pertence à terceira idade ou está incapacitado para o trabalho, sendo indispensável que não possua outra fonte de renda. Em outras situações, o

⁵⁹³ Disponível em:

<<http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1998/Tutela/T-011-98.htm>> Acesso em: 16 out. 2008. Tradução livre.

⁵⁹⁴ Disponível em:

<<http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1999/Tutela/T-1006-99.htm>> Acesso em: 16 out. 2008. Tradução livre.

⁵⁹⁵ ARANGO, LEMAITRE, op. cit., p. 18.

⁵⁹⁶ Ibid., p. 19.

⁵⁹⁷ Disponível em:

<<http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1994/Tutela/T-125-94.htm>> Acesso em: 16 out. 2008.

requerente deve provar a afetação significativa de seu sustento decorrente de atraso no pagamento ou na concessão de pensão⁵⁹⁸.

Houve, no período citado, trinta e um casos de pessoas em situação de indefesa que requereram a proteção do mínimo vital. Hipótese interessante é aquela em que uma empresa negou-se a pagar à família os créditos trabalhistas de um funcionário que foi seqüestrado.

Decidiu a Corte ser devido o pagamento da pensão, pois “se trata de evitar um prejuízo irremediável que ameaça de forma grave a vida e subsistência daquelas que, por ocasião do seqüestro de seu marido ou pai, se têm visto privadas dos meios necessários para satisfazer suas necessidades essenciais, ante a negativa da entidade acionada para pagar a ditas beneficiárias os salários correspondentes.”⁵⁹⁹ Trata-se também de exemplo de eficácia horizontal do mínimo vital.

Ainda, ocorreram dezesseis demandas envolvendo mulheres a quem não foi paga licença-maternidade ou que foram despedidas por sua gravidez.

No tocante à prestação de saúde, de modo semelhante ao que se tem visto no Brasil, em vinte e dois casos a Corte determinou a realização de tratamentos além daqueles contemplados pelo sistema legal, quando se tratam de situações urgentes “e em certos casos em que se vê lesionada a dignidade pela falta de um par de óculos ou de uma prótese”⁶⁰⁰.

O direito à saúde tem sido interpretado pela Corte como um direito fundamental por similaridade, ou seja, a fundamentalidade do direito é reconhecida quando há ligação direta com direitos fundamentais, como o direito fundamental ao mínimo vital⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ ARANGO, LEMAITRE, op. cit., p. 26-27.

⁵⁹⁹ Ibid., p. 41.

⁶⁰⁰ Ibid., p. 24. Para maiores informações sobre a jurisprudência constitucional colombiana em relação ao direito à saúde, envolvendo a definição do direito, seus beneficiários, seu alcance, o acesso e a qualidade do serviço, cf. ARANGO, Rodolfo. O direito à saúde na jurisprudência constitucional colombiana. Trad. Bruno Stigert. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 721-754. No texto, o autor descreve e analisa a evolução das decisões da Corte Constitucional a partir de três enfoques: a tendência básica e os posicionamentos excepcionais, exemplos de casos paradigmáticos e análise dos critérios de decisão.

⁶⁰¹ Exemplo de tal posicionamento é a sentença T-533/92, em que foi concedido o direito a um indigente de receber tratamento cirúrgico para recuperar sua visão. A Corte entendeu haver, no caso, uma necessidade vital cuja não satisfação lesaria a dignidade humana em grau máximo. Sentença disponível em: <<http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1992/Tutela/T-533-92.htm>> Acesso em: 19 out. 2008.

O critério da urgência está presente nas decisões mais importantes sobre o mínimo vital. Nestas situações, a Corte argumenta que, embora os direitos sociais em princípio não sejam exigíveis senão conforme a lei, o são quando

1) uma pessoa se encontra em situação de necessidade que ameaça seus direitos fundamentais, 2) o legislador não tomou as medidas necessárias para remediar a situação, e 3) sempre que a intervenção do Estado possa evitar a situação e sua omissão em atuar agrava a situação do afetado, então o Estado está obrigado a atuar de maneira tal que ofereça uma prestação positiva ao requerente.⁶⁰²

Alude-se também à decisão proferida pela Corte no sentido de que sejam pagos os salários atrasados a uma professora, pois a falta de rendimentos compromete suas condições mínimas de existência⁶⁰³.

Na mesma linha de proteção do mínimo vital, em 2007 a Corte proferiu a Sentença nº T-646⁶⁰⁴. O requerente, sem qualquer fonte de renda, por mais de cinco anos tentava receber auxílio público na forma de salário mínimo, alimentos e melhoria das condições de moradia. Determinou-se, então, a inclusão desse homem de setenta e seis anos em programas sociais municipais.

Diante da abordagem da Corte sobre o mínimo vital, Arango faz algumas sugestões para o aperfeiçoamento da jurisprudência, destacando a necessidade de clareza conceitual.

Diz ser desnecessário optar por uma das múltiplas funções que o conceito de mínimo vital cumpre na prática. “Mas se requer estabelecer claramente quando estamos diante do direito fundamental ao mínimo vital (como nos casos extremos de indigência ou desamparo) e quando o conceito é utilizado como critério (de conexão entre direitos prestacionais e fundamentais, ou de procedência da ação de tutela para sua proteção).”⁶⁰⁵

Todavia, constata que o mais importante “é deixar claro que o mínimo vital garante na jurisprudência constitucional que a pessoa seja reconhecida em seu valor

⁶⁰² ARANGO, LEMAITRE, op. cit., p. 63.

⁶⁰³ Trata-se da sentença T-148/02. Disponível em: <<http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/2002/Tutela/t-148-02.htm>> Acesso em: 16 out. 2008.

⁶⁰⁴ Disponível em: <<http://190.24.134.68/relatoria/BoletinesT/No%2021%20septiembre%2019%20de%202007.htm>> Acesso em: 16 out. 2008.

⁶⁰⁵ ARANGO, LEMAITRE, op. cit., p. 69-70.

intrínseco, impedindo que caia de um nível de condições materiais e sociais sob o qual não é possível o florescimento humano.”⁶⁰⁶

Ainda, cabe citar que a atuação da Corte em relação aos direitos sociais tem recebido crítica por sua ingerência excessiva em problemas de ordem política. A proteção judicial dos mínimos fundamentais, todavia, reflete o (insuficiente) funcionamento dos serviços públicos e a (omissa) atuação dos demais poderes⁶⁰⁷.

Por fim, traz-se a crítica de Lemaitre Ripoll, referindo que a maioria dos casos de tutela do mínimo vital não atende às demandas dos mais necessitados⁶⁰⁸. Corresponde a ações específicas ou de cumprimento *sui generis*, em que “o requerente já tem um título que lhe permite exigir a ação do Estado e não obstante há um descumprimento contratual que faz com que não sejam entregues os recursos, sendo que esta inação põe em perigo a subsistência do demandante.”⁶⁰⁹ Frente à urgência da prestação, acaba-se invocando o mínimo vital por meio da ação de tutela, via mais rápida, efetiva e menos custosa.

Não obstante, com a proteção do mínimo vital, criou-se mecanismo judicial singular que leva a sério a falta de proteção jurídica e social dos mais necessitados, dotando-os da possibilidade real de ter acesso a um juiz para resolver seus problemas de subsistência. A referência às imprecisões conceituais e à falta de padrão no trato do termo serve de impulso para se buscar uma jurisprudência mais sólida em relação ao mínimo vital.

4.1.2 Alemanha e Portugal: valorização da dignidade

Do continente europeu, cabe referência à proteção do mínimo existencial pela jurisprudência alemã. Como examinado no primeiro capítulo, a noção tem berço germânico e ali se desenvolve de modo importante, havendo diversas decisões invocando o direito a um mínimo existencial.

Nota-se na jurisprudência alemã menção às dimensões defensiva e prestacional do mínimo existencial. Aquela referente ao direito de não ser privado de condições essenciais à existência digna; esta abarcando o direito a exigir do Estado que proporcione essas condições.

⁶⁰⁶ Id.

⁶⁰⁷ ARANGO, **O direito à saúde na jurisprudência constitucional colombiana...**, p. 749.

⁶⁰⁸ Ibid., p. 75.

⁶⁰⁹ Ibid., p. 81.

A dimensão prestacional tem sido protegida em algumas situações recorrentes (mas não apenas nestas). Trata-se de casos como a concessão de prestações de segurança social e a determinação de financiamento dos estudos em instituição particular de ensino quando insuficiente a oferta pública⁶¹⁰. Ainda, o Tribunal assegurou a docentes universitários uma garantia mínima quanto a instrumentos de apoio e condições adequadas à realização prática do ensino e da pesquisa⁶¹¹.

Quanto à dimensão defensiva do mínimo existencial, notam-se inúmeras decisões que impedem a tributação da quantia de renda necessária para a existência digna⁶¹², na linha da defesa de um mínimo isento, como mencionado no capítulo anterior.

Cite-se decisão do Tribunal Constitucional Federal, datada de 25 de setembro de 1992⁶¹³, em que restou autorizada a dedução, da renda tributável, da quantia necessária à satisfação do mínimo existencial, com fundamento no caráter social do Estado, no princípio da dignidade, na propriedade, na liberdade de profissão e na proteção do matrimônio e da família.

O tribunal mencionou caber ao legislador a fixação da quantia isenta de tributo, pois o valor depende da situação econômica e do que é considerado pela comunidade como necessidade mínima. Todavia, ressaltou que devem ser observados os padrões das necessidades mínimas que guiam o estabelecimento do valor dos auxílios sociais.

A decisão torna-se interessante por oferecer parâmetros para a definição do mínimo a ser protegido, aproximados daqueles que orientam o pagamento de benefícios sociais⁶¹⁴. Nesse sentido, considerou-se integrarem o mínimo existencial,

⁶¹⁰ Conferir a decisão BVerfGE 75, 40, 62 e ss, disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv075040.html>> Acesso em: 17 out. 2008.

⁶¹¹ Conferir a decisão BVerfGE 35, 79 e 115, disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035079.html>> Acesso em: 17 out. 2008.

⁶¹² Referências sobre os diversos aspectos da proteção do mínimo existencial no âmbito tributário alemão podem ser encontradas em: MOLINA, Pedro M. Herrera. Derecho comparado: especial análisis del caso alemán. In: FERNÁNDEZ, Javier Martín (Coord.). **El mínimo personal y familiar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas**. Madrid, Barcelona: Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, 2000. p. 71-98.

⁶¹³ Conferir a decisão BVerfGE 87, 153, disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv087153.html>> Acesso em: 17 out. 2008.

⁶¹⁴ De acordo com o princípio da coerência, “o mínimo existencial não pode situar-se abaixo do importe que outros ramos do ordenamento consideram indispensável para uma existência digna. De todo modo, a jurisprudência alemã não se limita a oferecer critérios formais – coerência – que poderiam esvaziar-se se o legislador reduzisse *de modo coerente e uniforme* o importe do mínimo existencial em todos os âmbitos do Direito” (MOLINA, op. cit., p. 96. Tradução livre).

por exemplo, os gastos com moradia, calefação e a média dos gastos para a subsistência.

Nota-se que nas diversas decisões que versam sobre o tema do mínimo existencial os fundamentos suscitados reiteram o afirmado já no primeiro pronunciamento do Tribunal Constitucional Federal: a proteção de condições materiais mínimas para a existência decorre dos princípios da dignidade e do Estado Social de Direito e dos direitos fundamentais de primeira dimensão, albergados na Lei Fundamental Alemã.

Também o Tribunal Constitucional de Portugal reconhece, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, um direito fundamental às prestações necessárias para uma existência digna. Nesse viés, a Corte tem garantido a defesa de condições mínimas de existência em casos envolvendo atualização de pensões por acidente de trabalho e impenhorabilidade de prestações sociais referentes ao mínimo de subsistência⁶¹⁵.

Importa examinar com mais cuidado o paradigmático Acórdão nº 509/02, em que o Tribunal sustentou claramente haver “um direito a não ser privado do que se considera essencial à conservação de um rendimento indispensável a uma existência minimamente condigna”⁶¹⁶.

A importância do julgado está na fundamentação, em que restou reconhecida a dimensão objetiva do princípio da dignidade humana. Da conjugação desse entendimento com o direito à segurança social, extraiu-se a proibição de o Estado revogar, sem oferecer mecanismo de substituição, as normas jusfundamentais que prevêm a concessão de prestações destinadas a assegurar os pressupostos materiais mínimos de uma existência digna.

Tratou-se de discussão sobre a lei que revogou o rendimento mínimo previsto na Lei nº 19-A/96 e criou o rendimento social de inserção. A titularidade do benefício, conforme a lei revogada, era dos indivíduos com idade superior ou igual a dezoito anos; de acordo com o novo diploma legal, a titularidade do rendimento era garantida apenas às pessoas com idade igual ou superior a vinte e cinco anos. Assim, as pessoas de dezoito a vinte e cinco anos, antes amparadas pelo rendimento mínimo, deixaram de sê-lo.

⁶¹⁵ Confirmam-se, como exemplos, os acórdãos nº 232/91, 349/91, 62/02 e 177/02. Decisões disponíveis em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>> Acesso em: 18 ago. 2008.

⁶¹⁶ Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>> Acesso em: 18 ago. 2008.

O Tribunal concluiu que a norma atingiu o conteúdo essencial do direito a um mínimo de existência condigna, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e da idéia de Estado de direito democrático. Desta feita, reconheceu a obrigação estatal de manter as prestações que asseguram uma existência condigna, independentemente das condições financeiras ou das orientações políticas. Todavia, entendeu ser atribuição do legislador, em decorrência do princípio democrático, a escolha dos meios adequados para garantir a existência com dignidade.

Jorge Reis Novais teceu interessantes considerações sobre a decisão em comento. Apesar de concordar com o resultado oferecido, não acolhe a utilização do mínimo social (em sua dicção) como critério para detectar a violação aos direitos sociais, pois a identificação do que seja esse mínimo é muito difícil⁶¹⁷.

Atenta para o conteúdo dos votos vencidos. Houve quem entendesse não ter sido configurada ofensa ao mínimo social, pois as condições materiais mínimas poderiam ser obtidas mediante outros meios, como a integração na família, o apoio de organizações não-governamentais e outras prestações sociais disponíveis. Essa discordância revela, no entender de Novais, a plasticidade do conceito de mínimo social e, portanto, a impossibilidade de fundamentar o acórdão⁶¹⁸.

Canotilho igualmente não se satisfaz com a lógica apresentada pela Corte. Como já explicitado quando se versou sobre o posicionamento desse autor a respeito do mínimo existencial, critica o uso abusivo da referência à dignidade, que acaba retirando de cena e minimizando a autonomia de outros direitos fundamentais (principalmente os sociais). Aduz que se a jurisprudência olha apenas para a dignidade humana, pode deixar de ver outros valores e direitos igualmente importantes⁶¹⁹.

Cite-se também o Acórdão nº 177, proferido pelo Tribunal Constitucional de Portugal em 2002, que versa sobre a proteção de um mínimo de recursos para uma existência condigna⁶²⁰. Trata-se de decisão que reitera o entendimento da Corte sobre o tema.

⁶¹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 320.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 320-321.

⁶¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra, São Paulo: Coimbra, Revista dos Tribunais, 2008. p. 263-266.

⁶²⁰ Decisão disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020177.html>> Acesso em: 22 out. 2008.

Foi requerida a declaração de inconstitucionalidade da norma do Código de Processo Civil que permitia a penhora de até um terço das prestações pagas a título de benefício previdenciário ou assistencial cujo valor não fosse superior ao salário mínimo vigente. Sustentou-se que tal permissão violava o princípio da dignidade humana contido no princípio do Estado de Direito.

Na decisão, suscitou-se o artigo 63 da Constituição Portuguesa, dispondo que todos têm direito à segurança social, sistema que protege os cidadãos em caso de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho. Todavia, o direito a um mínimo de sobrevivência não foi extraído desse dispositivo, mas sim do princípio da dignidade da pessoa humana. A ênfase do julgado é na dignidade.

Ainda, restou assentado que o salário mínimo é a remuneração básica indispensável para permitir a sobrevivência digna do trabalhador, ou seja, a quantia concebida como “o mínimo dos mínimos”. Deste modo, não pode ser reduzido, qualquer que seja o motivo (inclusive mediante penhora). Considerando esses argumentos, foi declarada a inconstitucionalidade do dispositivo do Código de Processo Civil português.

Houve manifestação de voto vencido pelo juiz Paulo Mota Pinto, que trouxe a interessante observação de que o mínimo existencial não se equipara ao salário mínimo, confusão que alegou ter ocorrido no acórdão.

Referiu que o salário mínimo representa a remuneração mínima paga em contraprestação ao labor realizado, impondo-se por um princípio de justiça comutativa, pela própria idéia de dignidade do trabalho e por outras razões sociais e econômicas.

Sustentou que o salário mínimo considera outros fatores além das necessidades dos trabalhadores, como “o nível de desenvolvimento das forças produtivas, as exigências da estabilidade económica e financeira e a acumulação para o desenvolvimento.”⁶²¹ Portanto, defendeu haver critérios que fortemente abalam “o objectivo e a natureza do salário mínimo como garantia de um ‘mínimo de existência’, ou de subsistência, implicado pelo valor da dignidade humana (que pode, aliás, ser superior ou inferior ao salário mínimo), e que, a meu ver, impedem a

⁶²¹ Id.

sua utilização como critério para uma impenhorabilidade total, fundada na protecção daquele valor.”⁶²²

Esse entendimento é interessante para avaliar as propostas doutrinárias que sustentam ser a norma que garante o salário mínimo a dicção constitucional do mínimo existencial. O mínimo imprescindível à sobrevivência humana não se vincula à renda necessária para a satisfação das necessidades humanas básicas. Há necessidades que não se satisfazem com quantia em dinheiro. Ademais, a composição da renda mínima nem sempre terá em conta apenas a satisfação das necessidades.

De qualquer forma, também no Acórdão nº 177/02 restou evidenciado o supedâneo no princípio da dignidade da pessoa humana o que, se por um lado tem a vantagem de representar a valoração do princípio constitucional, por outro merece as críticas já sustentadas por Canotilho.

Os julgados portugueses referidos simplesmente apóiam a noção de mínimo existencial no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sem maiores preocupações com seu conteúdo ou suas referências. Certamente a tônica nas condições materiais mínimas tem a vantagem de centralizar o direito em torno da pessoa humana. Todavia, não pode o mínimo existencial servir como mais uma fórmula etérea, como tantas outras existentes no direito, que em muitos casos encurta o debate com absolutizações.

4.1.3 África do Sul: defesa dos direitos sociais, não de um mínimo

Passando a outro continente, tem-se que na África do Sul os juízes constitucionais também atuam na protecção judicial de direitos econômicos, sociais e culturais. A Constituição Sul-africana de 1996 garante o direito à vida e contém direitos sociais expressos, como moradia, alimentação, água, seguridade social, bem-estar infantil, saúde e educação⁶²³. A maior parte desses direitos recebe provimento jurisdicional na Corte Constitucional. Citem-se três casos paradigmáticos.

⁶²² Id.

⁶²³ Texto da Constituição Sul-africana de 1996, especificamente a seção de direitos fundamentais, disponível em: <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons2.htm>> Acesso em: 19 out. 2008.

Em 2001, no caso “Grootboom”⁶²⁴, a Corte enfrentou o tema da adjudicação do direito à moradia. Quinhentas e dez crianças e trezentos e noventa adultos foram instados a deixar um assentamento de posseiros em terras escolhidas para a construção, pelo Estado, de moradias populares. Instalaram-se, então, em outro assentamento, do qual foram expulsos, além de terem visto queimados seus pertences e destruídos seus lares. A Corte proferiu decisão para que o Estado suprisse a falta de moradia das pessoas, com base no respectivo direito social⁶²⁵.

Interessa ressaltar, na decisão em comento, que a Corte rejeitou a tese da exigibilidade de um núcleo mínimo de direitos, entendido como o patamar mínimo de condições sócio-econômicas a ser satisfeito. Entendeu que a parcela mínima dos direitos sócio-econômicos também depende de recursos financeiros, não gerando desde logo o *status* de direito subjetivo. Nesse sentido, pronunciou: “É impossível dar a todos imediatamente o mesmo acesso a um serviço ‘mínimo’. Tudo que é possível, e tudo que pode se esperar do Estado, é que aja razoavelmente para fornecer acesso aos direitos sócio-econômicos identificados nas seções 26 e 27 de uma forma progressiva”⁶²⁶.

A justificativa da Corte foi que não dispunha de elementos para identificar o que era o referido padrão mínimo. Como concluiu Eric Christiansen, “O receio da Corte é que, com a análise do núcleo mínimo, ela fosse envolvida no estabelecimento de políticas e na alocação de recursos em todas as áreas para as quais se encontrasse a obrigação de núcleo mínimo.”⁶²⁷ Trata-se de preocupação fundada; resta imaginar o que faria o Judiciário caso todos demandassem concomitantemente por condições materiais mínimas de vida.

Outro caso pertinente é de 2002. Um grupo de organizações não-governamentais questionou programa do governo relacionado à prevenção da

⁶²⁴ Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/14.html>> Acesso em: 22 out. 2008.

⁶²⁵ Irene Grootboom, que liderou o grupo de pessoas que pleiteou junto à Suprema Corte Sul-africana a satisfação do direito à moradia, viveu desde 1989 em uma cabana. Mesmo com o êxito da demanda, nunca conseguiu ver satisfeito seu direito a uma moradia adequada. Em agosto de 2008, faleceu na cabana, sem bens e sem ver realizado o objetivo pelo qual tanto lutou. Fonte: <<http://www.mg.co.za/article/2008-08-08-grootboom-dies-homeless-and-penniless>> Acesso: 22 out. 2008.

⁶²⁶ MILANEZ, Daniela. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004. p. 218.

⁶²⁷ CHRISTIANSEN, Eric C. Decidindo sobre direitos não-justiciáveis: direitos sócio-econômicos e a Corte Constitucional Sul-africana. Trad. Leonardo Carrilho Jorge. In: SOUZA NETO, SARMENTO, **Direitos sociais...**, p. 694.

transmissão do vírus HIV de mães para filhos⁶²⁸. O medicamento Nevirapina diminuía muito a ocorrência da transmissão. O governo, então, implantou programa de distribuição do medicamento em certo número de lugares, sendo que médicos de outros locais não poderiam administrar a droga.

Diante disso, requereu-se à Corte (i) a suspensão da proibição do tratamento com Nevirapina em lugares não abrangidos pelo projeto público e (ii) a implantação, pelo governo, de um programa mais abrangente de prevenção da transmissão do HIV. Ambos os pedidos foram julgados procedentes, com base no catálogo constitucional de direitos sociais. Tempos depois, restou comprovado que a Nevirapina, até então uma droga experimental, era de fato inócua.

Nessa decisão se fez referência crítica à proteção de um núcleo mínimo de direitos. Sustentou a Corte que o padrão mínimo não é um direito auto-suficiente conferido a todos. Com essa postura, nota-se que os direitos sociais têm força por si mesmos, sendo desnecessário o recurso a uma noção como o mínimo existencial. Tal entendimento leva a questionar a necessidade de se invocar a teoria do mínimo existencial se, no contexto brasileiro, os diversos direitos fundamentais e princípios constitucionais fossem efetivamente levados a sério.

Este breve exame da atuação da Corte Constitucional Sul-africana é interessante por defender a justiciabilidade dos direitos sociais, atribuindo-lhes efetividade e autonomia, mas também considerando as preocupações decorrentes da atuação judicial mais incisiva. Assim, são apoiados tanto o papel judicial ativo na área dos direitos sociais quanto a primazia da atuação das autoridades políticas; um ativismo moderado.

4.1.4 Índia: a plenitude da vida

Do continente asiático, cabe trazer elementos do direito indiano. A Constituição da Índia, de 1950, privilegiou os direitos de primeira dimensão. Os direitos sociais e econômicos foram incluídos no capítulo dos “Princípios Diretores do Estado” e por cerca de trinta anos foram considerados judicialmente inexigíveis.

A Suprema Corte deu importante passo para a mudança do perfil constitucional ao atribuir significado ampliado à palavra “vida”, contida no artigo 21

⁶²⁸ Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/15.html>> Acesso em: 22 out. 2008.

da Constituição: “Nenhuma pessoa será privada de sua vida ou liberdade individual exceto de acordo com o estabelecido em lei.”⁶²⁹

No caso “Coralie vs. Union Territory of Delhi”, afirmou-se incluir no direito à vida “o direito a viver com dignidade e tudo o que diz respeito a isso, nomeadamente, as necessidades mais básicas da vida, como nutrição adequada, vestuário e abrigo, acesso à leitura, escrita e expressão individual de diversas formas, liberdade de movimento e de interação com os seres humanos”⁶³⁰.

Também no caso “Bandhua Mukti Morcha” o direito à vida recebeu interpretação ampla, sendo incluídos em seu âmbito de proteção os cuidados com a saúde, as oportunidades e meios para que a criança desenvolva-se de modo saudável e em condições de liberdade e dignidade, os recursos educacionais, as condições justas e humanas de trabalho e a assistência à maternidade. No expressar da Corte, “essas são as condições mínimas que devem existir para que a pessoa seja capaz de viver com dignidade.”⁶³¹

A proteção ampla da vida tem supedâneo também no preâmbulo da Constituição Indiana, que assegura a todos os cidadãos justiça social, econômica e política.

Da conjugação do preâmbulo com os artigos que protegem a vida e a segurança social, extrai-se o direito à subsistência. No caso “Olga Tellis”, de 1985, os demandantes argumentaram que não poderiam ser retirados de seus abrigos sem ser-lhes oferecida acomodação alternativa. Estavam morando em condições precárias somente em razão da proximidade com o local de trabalho. Assim, se o Estado os retirasse de tais condições, estaria privando-os de sua fonte de sustento.

A Corte reconheceu o direito à subsistência como face importante do direito à vida, pois ninguém pode viver sem os meios para a sua manutenção⁶³². Todavia, o direito à subsistência, por si só, não foi considerado fundamental.

⁶²⁹ A Constituição da Índia pode ser consultada em: <<http://www.indianembassy.org.br/port/constitution.htm>> Acesso em: 17 out. 2008.

⁶³⁰ Decisão AIR 1981 SC 746, comentada em: SURESH, H. **Socio-economic rights and the Supreme Court**. Disponível em: <<http://www.ambedkar.net/ACJP%20Activities/News%20-%20Socio-Economic%20Rights%20And%20The%20Supreme%20Court.html>> Acesso em: 17 out. 2008. Tradução livre.

⁶³¹ GOHIL, Abhay. **“Life” as enshrined in the Constitution and expounded by courts**. Disponível em: <<http://www.cili.in/article/view/2170/1433>> Acesso em: 17 out. 2008. p. 317. Tradução livre.

⁶³² Decisão AIR 1986 SC 180: “Se o direito à subsistência não for tratado como parte do direito constitucional à vida, o modo mais fácil de privar uma pessoa em seu direito à vida será privando-a de seus meios de subsistência. Tal privação não desnudaria a vida de seu efeito e

Indo mais longe, no caso “Chameli Singh”, a Suprema Corte indiana, em 1995, afirmou que o direito à vida não significa simplesmente “uma existência animal”, e sim “implica um direito à alimentação básica, água, ambiente decente, educação, assistência médica e abrigo.”⁶³³ Tratava-se de demanda aforada por proprietários ameaçados de perderem suas terras.

O Estado requereu as terras de diversos proprietários sob o fundamento da “cláusula de urgência”, que confere poderes ao governo para, em casos emergenciais, adquirir terra para prevenir a obstrução de estradas de ferro. Os demandantes, dentre outros argumentos, suscitaram que com a ocupação de suas terras pelo governo seriam desprovidos de sua única fonte de subsistência, violando o direito à vida garantido pela Constituição. Frente aos argumentos, assim manifestou-se a Suprema Corte:

Em qualquer sociedade organizada, o direito a viver como ser humano não estará assegurado apenas em relação às necessidades animais do homem. Estará somente quando garantidos a todos os recursos para desenvolverem-se e estarem livre de restrições que inibem seu crescimento. [...] O direito à vida garantido em qualquer sociedade civilizada implica o direito à alimentação, água, ambiente decente, educação, cuidado médico e abrigo. Esses são os direitos básicos conhecidos em qualquer sociedade civilizada.⁶³⁴

Ao longo da decisão, a Corte sustentou que o abrigo é uma das necessidades básicas das pessoas, devendo ser compreendido como o local em que a pessoa tem oportunidade de crescer física, intelectual e espiritualmente. O direito ao abrigo, nessa leitura, inclui uma estrutura segura e apropriada, em ambiente limpo, com iluminação, água, eletricidade e condições sanitárias suficientes, sendo de fácil acesso a serviços essenciais e ao local de trabalho. Percebe-se, portanto, que o direito ao abrigo está longe de significar mero teto sobre a cabeça⁶³⁵. E o Estado tem o dever de providenciar facilidades para a satisfação da moradia.

Portanto, “Uma série de casos indica que o direito à vida protegido no artigo 21 tem sido interpretado de forma elaborada e inclui todos os aspectos da vida que a

significado, mas a tornaria impossível de ser vivida. Ainda, tal privação não estaria de acordo com o procedimento estabelecido pela lei, se o direito à subsistência não for protegido como parte do direito à vida” (SURESH, op. cit. Tradução livre).

⁶³³ MILANEZ, op.cit., p. 213.

⁶³⁴ Trata-se da decisão AIR 1996 SC 1051 citada em GOHIL, op. cit., p. 319. Tradução livre.

⁶³⁵ SURESH, op. cit.

tornam cheia de significado, completa e valiosa.”⁶³⁶ Percebe-se claramente que a Corte indiana afirma a proteção das condições mínimas para a vida (embora não utilize a expressão “mínimo existencial”), em um sentido que supera a garantia das condições para a simples sobrevivência humana animal. O foco é a existência integral da pessoa.

Em contraste com os precedentes referidos, cite-se o caso “Narmada Bachao Andolan vs. Union of Índia”⁶³⁷, julgado pela Suprema Corte no ano 2000 e que significou um retrocesso na proteção concedida aos direitos fundamentais. A discussão deu-se em torno da construção de um projeto governamental e seu significativo impacto sobre o ambiente e centenas de tribos que foram deslocadas e, em seguida, realojadas em condições inadequadas.

A despeito de conhecer a falta de habilidade das autoridades para encontrar lugar melhor para alojar as pessoas, a Suprema Corte determinou que o desalojamento das pessoas não configura, por si só, violação de seus direitos fundamentais, e determinou a continuidade da construção.

Considerando essas discrepâncias, Jayna Kothari, militante na advocacia em Delhi, realizou análise comparativa entre a proteção do direito à moradia pelas cortes constitucionais da Índia e da África do Sul⁶³⁸.

Indica que a Corte Constitucional sul-africana atribui importância aos documentos internacionais de direitos econômicos, sociais e culturais. Já a Suprema Corte indiana não atribui consistência às diretivas do direito internacional. As normas internacionais de proteção de um núcleo mínimo de obrigações não são consideradas pelos julgadores indianos para determinar a satisfação de direitos sociais. Por essa razão, Kothari aponta o entendimento sul-africano como exemplo para o desenvolvimento da jurisprudência indiana sobre direitos sociais. Todavia, a concepção indiana de que a vida deve ser vista em sua plenitude é muito importante para o Brasil.

As referências trazidas servem de supedâneo para melhor analisar o tratamento conferido pelo Judiciário brasileiro ao mínimo existencial. Desembarque-se, então, em solo pátrio.

⁶³⁶ GOHIL, op. cit., p. 328. Tradução livre.

⁶³⁷ Disponível em: <<http://www.sabrang.com/news/2005/narmadaverdict.pdf>> Acesso em: 22 out. 2008.

⁶³⁸ KOTHARI, Jayna. **Right of Housing:** constitutional perspective on India and South Africa. Disponível em: <http://www.escri-net.org/usr_doc/kothari_article.doc> Acesso em: 17 out. 2008.

4.2 DECISÕES BRASILEIRAS

Como já referiu Ricardo Lobo Torres, “As decisões judiciais constituem importante fonte de reconhecimento do mínimo existencial.”⁶³⁹ Basta lembrar que se trata de instituto decorrente de criação jurisprudencial. Interessa analisar julgados brasileiros que contenham, na ementa e/ou no inteiro teor da decisão, a expressão “mínimo existencial”. Foram consultadas as decisões da justiça comum disponíveis nos sítios jurídicos do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados.

Há Estados com grande número de decisões contendo “mínimo existencial”, como São Paulo (408 casos), Minas Gerais (384), Mato Grosso do Sul (268), Rio de Janeiro (122) e Rio Grande do Sul (100). Por outro lado, há Estados em que não se obteve qualquer resultado versando explicitamente sobre o mínimo existencial, como Maranhão, Piauí, Roraima e Pará, por exemplo⁶⁴⁰.

Para abordar de forma mais sistemática os julgados, a análise foi dividida em itens. Inicialmente, serão tratadas hipóteses em que se reclama do Estado a garantia do mínimo existencial. Em seguida, merecerá atenção específica o posicionamento jurisprudencial acerca do direito à saúde, por sua peculiaridade e grande recorrência. Por fim, serão tratadas situações em que o Judiciário assegura a proteção do mínimo existencial em relações entre particulares.

Saliente-se que existem muitos julgados repetitivos, com votos idênticos. Assim, serão citadas apenas as decisões e os argumentos mais interessantes. Com esse mirante, pensa-se conseguir ter visão panorâmica sobre os julgados brasileiros acerca do mínimo existencial.

4.2.1 Garantia do mínimo existencial pelo Estado

No que concerne às medidas judiciais requerendo do Estado prestações que assegurem o mínimo existencial, será examinado inicialmente o tratamento conferido pelo Supremo Tribunal Federal ao tema. Nota-se serem raras as

⁶³⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na Constituição**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 404.

⁶⁴⁰ Em alguns desses Estados, encontrou-se referência a temas relacionados ao mínimo existencial, como o direito à saúde, por exemplo. Todavia, considerando a metodologia de trabalho adotada, tais julgados não foram considerados na análise aqui desenvolvida, por não conterem expressa referência à noção de mínimo existencial.

demandas versando sobre o mínimo existencial que chegam à Corte, sendo escassos, conseqüentemente, os pronunciamentos dos Ministros a respeito da matéria⁶⁴¹. É que o local adequado para demandas envolvendo as condições básicas para a vida digna é a justiça local, mais próxima (mas ainda distante) da realidade social.

No STF, destacam-se as decisões proferidas pelo Ministro Celso de Mello, que atuou em importantes casos em que foi aventado o mínimo existencial. Refere-se ao tema do acesso a creches e pré-escolas. No Agravo de Instrumento nº 677.274/SP, julgado em 18 de setembro de 2008, restou assegurado, pelo disposto no artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, o direito fundamental de toda criança de até cinco anos de idade ao atendimento em creche e pré-escola⁶⁴².

A educação infantil foi tomada como típico direito de dimensão prestacional, “que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta”⁶⁴³. Assim, nota-se referência ao entendimento de que a liberdade formal não é suficiente para o pleno desenvolvimento humano. A inclusão da educação infantil no âmbito das prestações desde logo exigíveis no campo do direito à educação revela uma concepção ampla do mínimo a ser prestado pelo Estado nessa seara.

A Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha também se pronunciou sobre o tema, tanto em sede jurisprudencial quanto no meio acadêmico, conforme referido no capítulo anterior. No Agravo de Instrumento nº 564.035/SP, julgado em 30 de abril de 2007, afirmou ser a educação fundamental componente do mínimo existencial, cujo atendimento é estritamente obrigatório pelo Poder Público⁶⁴⁴.

Em seguida, a Ministra traçou as linhas do que entende por mínimo existencial: “o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de admitir ser esse princípio mito jurídico

⁶⁴¹ Bem nota Sergio Fernando Moro que “uma boa atuação da jurisdição constitucional demanda atribuir a ela certo controle sobre sua própria agenda. A falta desse controle pelo STF constitui um dos fatores que explicam a falta de desenvolvimento de jurisprudência sólida acerca de direitos fundamentais” (MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 210).

⁶⁴² Agravo de Instrumento nº 677274/SP, julgado em 18/09/08 pelo Ministro Celso de Mello, do STF. DJE de 01/10/08. No mesmo sentido: Recurso Extraordinário nº 472707/SP, julgado em 14/03/06, DJ de 04/04/06, p. 110. Recurso Extraordinário nº 467255/SP, julgado em 22/02/06, DJ de 14/03/06, p. 53. Recurso Extraordinário nº 410715/SP, julgado em 27/10/05, DJ de 08/11/05, p. 56. Recurso Extraordinário nº 436996/SP, julgado em 26/10/05, DJ de 07/11/05, p. 37. Todas essas decisões foram proferidas pelo Ministro Celso de Mello, do STF.

⁶⁴³ Agravo de Instrumento nº 677274/SP, julgado em 18/09/08 pelo Ministro Celso de Mello, do STF. DJE de 01/10/08.

⁶⁴⁴ Agravo de Instrumento nº 564035/SP, julgado em 30/04/07 pelo STF, sendo relatora a Ministra Cármen Lúcia. DJ de 15/05/07, p. 41.

ou ilusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos.”⁶⁴⁵ Portanto, em louvável posicionamento, repele o emprego do mínimo existencial como mero elemento retórico.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768, discutiu-se a adequação, com a Carta, da norma do Estatuto do Idoso que assegura aos maiores de sessenta e cinco anos de idade a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos. Trata-se de dispositivo que veio reforçar o artigo 230, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

Examinando a matéria, a Ministra, em belo voto, entendeu que a referida gratuidade insere-se na garantia da qualidade de vida digna. “A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar”⁶⁴⁶. Portanto, o suscitado princípio da reserva do possível deve se compatibilizar com o mínimo existencial, que diz respeito ao

[...] conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais [...] que garantem que o princípio da dignidade humana dota-se de conteúdo determinável (conquanto não determinado abstratamente na norma constitucional que o expressa), de vinculabilidade em relação aos poderes públicos, que não podem atuar no sentido de lhe negar a existência ou de não lhe assegurar a efetivação, de densidade que lhe concede conteúdo específico sem o qual não se pode afastar o Estado.

Do entendimento externado, percebe-se a defesa de condições mínimas que possibilitam não apenas a sobrevivência, mas sim a vida com dignidade, vida que requer também elementos sociais, políticos e psicológicos. Ainda, o mínimo existencial é compreendido como o conteúdo determinável do princípio da dignidade da pessoa humana, o núcleo que vincula as ações e omissões do poder público. Trata-se, portanto, de decisão que efetivamente considera o mínimo existencial, tomando-o seriamente.

Cabe referir que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a dimensão negativa ou defensiva do mínimo existencial. Trata-se do julgamento da

⁶⁴⁵ Id.

⁶⁴⁶ Id.

ADI nº 2010, que teve por objeto dispositivos da Lei nº 9.783/99, diploma que versava sobre a contribuição de seguridade social.

Um dos argumentos suscitados para a declaração de inconstitucionalidade foi a ofensa ao princípio que veda a tributação confiscatória (art. 150, inc. IV, da Constituição Federal). Sobre essa questão específica, pronunciou-se a Corte no sentido de que a Constituição proíbe ingerência estatal, mediante poder de tributar, sobre o patrimônio do contribuinte de modo a comprometer-lhe o direito à existência digna e à satisfação de suas necessidades vitais:

A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação).⁶⁴⁷

Passando às demais instâncias do Judiciário brasileiro, trate-se das decisões que entendem ser violado o mínimo existencial caso o cidadão não disponha de renda mínima para a satisfação de suas necessidades básicas. Entende-se que um mínimo de recursos financeiros integra o conjunto das condições materiais indispensáveis para uma vida digna – o princípio da dignidade serve de fundamento para todas as decisões examinadas a respeito da matéria.

Em apelação cível julgada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, considerou-se essencial para prover o mínimo existencial e, conseqüentemente, respeitar a dignidade humana, a detenção de recursos financeiros. Desta feita, foi autorizada a movimentação do saldo do PIS por pessoa desempregada há mais de dez anos (situação aflitiva)⁶⁴⁸.

Em decisão do TRF da 1ª Região tendo por objeto a concessão de benefício assistencial a deficiente, o relator expressou que os benefícios previdenciários no montante de um salário mínimo e o benefício assistencial de prestação continuada, embora tenham naturezas diversas, compartilham a finalidade de garantir o mínimo existencial a ser assegurado pelo Estado, para que seja respeitado o princípio da

⁶⁴⁷ Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2010/DF, julgada em 30/09/99 pelo Pleno do STF, sendo relator o Min. Celso de Mello. DJ de 12/04/02, p. 51.

⁶⁴⁸ Apelação Cível nº 348766/SE, julgada em 27/09/07 pela 3ª Turma do TRF da 5ª Região, sendo relator o Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima. DJ de 27/02/08, p. 1632.

dignidade humana⁶⁴⁹. Trata-se da idéia de que as pessoas precisam de uma renda mínima garantida pelo Estado caso estejam impossibilitadas de financiar, com o próprio esforço, sua subsistência.

Ainda sobre o benefício de prestação continuada assegurado no inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, entendeu-se que visa à garantia do mínimo existencial aos idosos e aos portadores de deficiência que não possuem meios de prover a própria subsistência. Portanto, exigir, para a concessão de tal prestação pecuniária, renda familiar *per capita* de no máximo um quarto do salário mínimo desrespeitaria a própria finalidade do dispositivo constitucional⁶⁵⁰.

Trate-se também da garantia de rendimentos mínimos para o amparo material com ênfase na assistência prioritária às crianças e aos adolescentes. Decisões da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco afirmaram que a “Constituição da República impôs como dever do Estado a adoção das medidas necessárias à consagração e efetivação dos direitos da criança e do adolescente previstos no art. 227, *caput*, como seu mínimo existencial.” Assim, há de se proteger o direito de universitária menor de vinte e cinco anos, no sentido de conceder prorrogação do recebimento do benefício de pensão por morte⁶⁵¹, bem como de menor de dezoito anos supostamente não inscrita como dependente, sendo-lhe garantido amparo material⁶⁵².

Na mesma linha da proteção à criança e ao adolescente, cabe abrir um parêntese para citar decisão proferida por desembargador do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, em que restou afirmado serem direitos integrantes do mínimo existencial a vida, a saúde e a educação de crianças e adolescentes⁶⁵³. Por esses fundamentos, determinou-se a um Município que providencie recursos materiais e

⁶⁴⁹ Recurso contra sentença do Juizado Cível nº 200543009048024/TO, julgado em 01/08/08 pela 1ª Turma Recursal do Juizado Especial Cível do TRF da 1ª Região, sendo relator o Juiz Ademar Aires Pimenta da Silva. DJTO de 19/08/08.

⁶⁵⁰ Apelação Cível nº 2001.51.10.000302-5, julgada em 20/08/08 pela 2ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, sendo relator o Des. Fed. André Fontes.

⁶⁵¹ Apelação Cível nº 135994-8, julgada em 18/09/07 pela 7ª Câmara Cível do TJPE, sendo relator o Des. Luiz Carlos Figueiredo.

⁶⁵² Acórdão nº 113277-8, proferido em 08/11/05 pela 7ª Câmara Cível do TJPE, sendo relator o Des. Luiz Carlos Figueiredo.

⁶⁵³ “Conforme o mínimo existencial, o Estado é obrigado a proteger e assegurar os direitos constitucionais essenciais para que o cidadão goze de uma vida digna e saudável. Assim, deve-se garantir o mínimo de direitos e garantias essenciais à sobrevivência do ser humano, especialmente o direito à saúde, à educação e à moradia, além de oferecer oportunidades para que os cidadãos se desenvolvam dignamente” (Agravo de Instrumento nº 30089000472, decisão monocrática proferida em 30/06/08 pelo Des. Maurílio Almedida de Abreu, da 4ª Câmara Cível do TJES. DJ de 07/07/08).

humanos para o funcionamento eficiente do Conselho Tutelar, a fim de assegurar a devida proteção aos menores de idade.

Fechando o parêntese e retornando ao tema dos recursos financeiros mínimos, decisão de apelação cível julgada pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco sustentou que a remuneração mínima a ser paga aos servidores públicos, ativos ou inativos, deve ser de um salário mínimo mensal, independentemente da carga horária de trabalho. Deve-se pagar ao menos o mínimo constitucionalmente assegurado, pois é medida que tem por fundamento a garantia do "mínimo existencial"⁶⁵⁴.

Com o mesmo argumento foi garantido a Defensor Público o direito à percepção dos vencimentos durante o período de licença exigido pela lei para desincompatibilização. Considerou-se que a supressão da remuneração, única fonte de renda do requerente, acarretaria a ausência de condições para manter as despesas básicas com alimentação, saúde, vestuário e educação, por exemplo. Concluiu-se que a remuneração (sem ter sido questionado seu montante) é uma das garantias de que dispõe o cidadão para efetivação do mínimo existencial⁶⁵⁵.

Por essa imprescindibilidade, em situação de omissão de Município no pagamento dos vencimentos do funcionalismo público, o relator ressaltou que a gravidade da situação advém da natureza alimentar dos vencimentos, sendo renda "imprescindível para o mínimo existencial e atendimento às necessidades básicas dos Impetrantes e de seus familiares."⁶⁵⁶

No mesmo sentido, decisão da 5ª Turma do TRF da 4ª Região sustentou que, em razão do princípio da dignidade humana, não é possível reduzir os valores normalmente recebidos a título de aposentadoria ou pensão, "sob pena de comprometer a própria existência dentro de padrões éticos constitucionalmente aceitáveis (garantia do mínimo existencial)"⁶⁵⁷. Aliás, a diminuição do benefício previdenciário, operada por conta de descontos ou cobrança, "atenta contra a

⁶⁵⁴ Apelação Cível nº 158302-8, julgada em 10/01/08 pela 8ª Câmara Cível do TJPE, sendo relator o Des. Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello.

⁶⁵⁵ Acórdão nº 5.549, proferido em 03/09/08, pelo Pleno do Tribunal de Justiça do Acre, sendo relator o Des. Arquilau Melo.

⁶⁵⁶ Acórdão nº 85313, proferido pela 5ª Câmara Cível do TJBA, sendo relator o Des. Rubem Dário Peregrino Cunha.

⁶⁵⁷ Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.001489-7, julgado pela 5ª Turma do TRF da 4ª Região, sendo relator o Des. Celso Kipper. DE de 20/05/08.

própria finalidade da Previdência Social, que é a de assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção”⁶⁵⁸.

Também relacionado à garantia de obtenção de rendimentos, o mínimo existencial tem sido considerado limite para o bloqueio de conta bancária em que são depositados valores que servem para o sustento do executado. Na decisão do Agravo de Instrumento nº 84279/CE, proferida pela 1ª Turma do TRF da 5ª Região⁶⁵⁹, o desembargador relator apresentou a razão de ser do instituto do mínimo existencial – em seu entender, o valor liberdade – e trouxe o aporte teórico de Ricardo Lobo Torres, no sentido de que o mínimo existencial apresenta as dimensões prestacional e defensiva:

Há que se resguardar que "o mínimo existencial, como condição de liberdade, postula as prestações positivas estatais de natureza assistencial e ainda exhibe o *status negativus*, das imunidades fiscais: o poder de imposição do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito de subsistência" (TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro Tributário. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 70).⁶⁶⁰

A citação colacionada auxiliou no julgamento da causa – execução fiscal – para constatar que o Estado não pode subtrair do cidadão as condições mínimas necessárias para a existência.

Na esteira da garantia de rendimentos mínimos, traga-se decisão interessante proferida pela 4ª Turma do TRF da 1ª Região, suscitando o mínimo existencial em demanda versando sobre direito penal. Foi preso um cidadão que adquiria, em pequena monta, mercadorias estrangeiras e as repassava para revenda. O relator entendeu não ser possível punir uma pessoa que pratica a atividade de “camelo” apenas para sobreviver com sua família, “neste país onde o salário mínimo ainda constitui grave atentado à cidadania.”⁶⁶¹ O mínimo existencial, ao lado dos princípios da insignificância e do estado de necessidade à sobrevivência, serviu como excludente de ilicitude da conduta praticada. Assim, foi determinado o trancamento da ação penal no caso em exame.

⁶⁵⁸ Id.

⁶⁵⁹ Agravo de Instrumento nº 84279/CE, julgado em 14/05/08 pela 1ª Turma do TRF da 5ª Região, sendo relator o Des. Fed. Francisco Cavalcanti. DJ de 14/05/08, p. 299.

⁶⁶⁰ Id.

⁶⁶¹ Medida Cautelar nº 9501123391, julgada em 21/06/95 pela 4ª Turma do TRF da 1ª Região, sendo relator o Juiz Souza Prudente. DJ de 10/08/95, p. 50128.

Com o mesmo intuito de garantir a fonte de renda da pessoa, interessa considerar que uma das decisões consultadas mencionou a preocupação com a subsistência das pessoas jurídicas.

Uma sociedade comercial questionou judicialmente o bloqueio da impressão de novos blocos de notas fiscais com base na sua condição de devedora para o fisco estadual. Argumentou que o ato impede o desenvolvimento de suas atividades comerciais.

A 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina resolveu a lide suscitando o conceito de mínimo existencial proposto por Ricardo Lobo Torres. Afirmou que condenar a sociedade à “inatividade pela privação do necessário documento fiscal, ou quiçá, na ilegalidade, afeta não só o empreendimento comercial, mas principalmente a comunidade de pessoas que com ele se beneficiam: os lares que alimenta, a cidade que extrai dali fontes para sua própria subsistência financeira.”⁶⁶²

Voltando à temática de recursos financeiros mínimos em relação à pessoa física, diga-se que no Paraná foi ajuizado pedido de seqüestro de verbas públicas no intuito de receber valores decorrentes de precatório requisitório. Alegou-se a necessidade da medida, tendo em vista o grave estado de saúde da requerente, bem como sua insuficiência econômica para arcar com os tratamentos médicos necessários. A liminar pleiteada foi concedida, figurando o mínimo existencial, entendido em sua vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos da decisão⁶⁶³.

Entendeu-se que o grave estado de saúde da postulante exigia imediata constrição da verba pública devida, para a proteção de seu mínimo existencial, eis que indispensável para continuar a assistência médica. Portanto, considerou-se

⁶⁶² Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 4.550, julgada em 23/08/94 pela 1ª Câmara Civil do TJSC, sendo relator o Des. Álvaro Wandelli.

⁶⁶³ Agravo Regimental Cível nº 463.638-2/01, decisão monocrática proferida em 04/03/08 pelo Des. Lauro Augusto Fabrício de Melo do TJPR. Cabe dizer que o Estado do Paraná ajuizou suspensão de segurança contra a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça que deferiu liminar a fim de promover o seqüestro de verbas referentes a precatório alimentar. Em 02 de julho de 2008, o Ministro Gilmar Mendes, do STF, determinou a suspensão da execução da liminar. Alegou que embora o direito à vida e à saúde sejam invioláveis, a situação da credora não é excepcional. Ainda, entendeu que a execução da decisão poderia causar grave lesão à ordem pública. Suscitou, também, a probabilidade de concretização do denominado “efeito multiplicador”, ante a possibilidade de propagação de medidas liminares em demandas que contenham o mesmo objeto. Cf.: Suspensão de Segurança nº 539, decisão monocrática proferida em 02/07/08 pelo Min. Gilmar Mendes, do STF. DJE 143 de 01/08/08.

estar diante de constrição de natureza humanitária e de crédito de natureza alimentar.

O magistrado sustentou que os poderes constituídos devem observância máxima ao princípio da dignidade humana, além de assegurar ao cidadão o mínimo de efetividade dos direitos fundamentais, ao menos nas suas necessidades de maior gravidade e urgência. Assim, quando os demais poderes são omissos, cabe ao Judiciário – guardião dos direitos fundamentais – tornar disponíveis os recursos financeiros necessários para assegurar o mínimo existencial dos cidadãos. No sopesamento dos bens em jogo, entendeu preponderar a dignidade da pessoa humana sobre outros regramentos processuais, como os referentes à constrição de recursos públicos.

Diversas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo versam sobre esse mesmo tema. Em várias oportunidades constatou-se que o grave estado de saúde do requerente exigia imediata constrição da verba pública devida, visando à garantia do mínimo existencial do cidadão, indispensável para a continuidade da assistência médica.

Os julgados admitem que nessas hipóteses se trata de seqüestro de natureza humanitária, “que tem por escopo dar efetividade ao hiperprincípio da dignidade da pessoa humana, que orienta todos os demais princípios e regras constitucionais e que, pela preponderância, se sobrepõe a outras normas de menor dimensão, como são aquelas concernentes às finanças públicas.”⁶⁶⁴

Considera-se que a fundamentação no princípio da dignidade permite ao Judiciário determinar o seqüestro de verbas mesmo sem autorização legal, exercendo seu papel de guardião dos direitos fundamentais ao tornar disponíveis os recursos financeiros necessários para assegurar ao cidadão o mínimo existencial⁶⁶⁵.

Ainda sob o escopo de garantir renda para assegurar o mínimo existencial do cidadão, trate-se da hipótese de execução fiscal em que foi penhorado valor referente a honorários advocatícios (verba de natureza alimentar). O advogado, na

⁶⁶⁴ Agravo Regimental nº 151.759.0/2-01, julgado em 20/08/08 pelo Órgão Especial do TJSP, sendo relator o Des. Roberto Vallim Belocchi.

⁶⁶⁵ “Não impressiona eventual alegação de que a Presidência do Tribunal de Justiça se arvorou nas funções de legislador ou do administrador ao deferir seqüestro sem previsão normativa, em violação ao devido processo legal. De modo diverso, só foi exercida a missão destacada com exclusividade ao Poder Judiciário, de guardião dos direitos fundamentais, alcançada pela concretização do princípio da dignidade humana que, apesar de abstrato, se reveste de enorme amplitude e permite assegurar o mínimo existencial aos credores requerentes” (Id.).

condição de credor, requereu, sem sucesso, o levantamento do valor constricto já há dez anos. Recorreu, então, ao TRF da 4ª Região para ver seu direito satisfeito.

O desembargador federal decidiu o caso aplicando o princípio da proporcionalidade, tendo em vista conflitarem a dignidade da pessoa humana, que pede o resguardo da verba familiar, e a efetividade do processo e o interesse público, que determinam que os tributos sejam cobrados e arrecadados.

Ao versar sobre a dignidade humana, salientou que “Por meio desse princípio, busca-se resguardar o chamado mínimo existencial, que nada mais é que a menor porção dos direitos necessários para desfrutar da vida com dignidade.”⁶⁶⁶ Identificou, então, que o constituinte, para proteger esse mínimo existencial, estabeleceu, no artigo 7º, inciso IV, a garantia do salário mínimo, soma capaz de satisfazer necessidades vitais básicas mensais do trabalhador e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Notou que também serve ao escopo de proteção do mínimo existencial a proteção do bem de família. O instituto foi criado para resguardar o mínimo necessário no que se refere à moradia, a fim de que a pessoa e sua família não fiquem desamparados por conta de dívidas.

Assim, o salário mínimo e o bem de família são, no entendimento do desembargador federal, “expressão do mínimo necessário para garantir a dignidade”⁶⁶⁷. Lembrou que “doutrina e jurisprudência passaram a considerar outras situações, as quais deveriam ser garantidas para se defender o mínimo existencial”. Nessa esteira, a verba honorária passou a ser vista como parte integrante do mínimo necessário, sendo, assim, impenhorável.

Na decisão, sustentou que a impenhorabilidade pode ser relativizada, tendo em vista outros princípios incidentes. A solução atribuída ao caso foi o deferimento do levantamento de parte do valor penhorado (75% dos R\$ 74.907,00 constrictos), harmonizando os interesses em jogo.

O julgado é interessante por identificar elementos de proteção do mínimo existencial, como o salário mínimo e o bem de família, aceitando o elastecimento

⁶⁶⁶ Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.029519-9, julgado pela 1ª Turma do TRF da 4ª Região, sendo relator o Des. Fed. Wilson Darós. DE de 05/09/08.

⁶⁶⁷ Id.

que doutrina e jurisprudência têm conferido ao núcleo das condições materiais mínimas.

Aproveitando o tema do bem de família, cite-se apelação interposta em face de sentença que julgou improcedentes embargos à execução fiscal, determinando o prosseguimento da respectiva execução. O requerente sustentou que o bem constricto gozava de proteção legal, pois se destinava à moradia de família.

O desembargador federal que analisou a questão mencionou que a jurisprudência tem entendido que a proteção do bem de família incide mesmo na hipótese de imóvel locado a terceiro, qualquer seja sua natureza e destinação, caso seja o único bem de propriedade do executado. Há a tendência, portanto, de ampla proteção do local de residência das pessoas, “tendo sob mira o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, valores que permeiam todo o sistema constitucional brasileiro.”⁶⁶⁸ No caso, como o imóvel constricto não era o único de propriedade do apelante, não lhe foi deferida proteção legal.

A matéria retornou à discussão em outra apelação cível em face de sentença que julgou procedentes embargos à execução fiscal, para desconstituir a penhora realizada sobre imóvel. A apelante sustentou não se estar diante de imóvel configurado como bem de família, uma vez que não era o único bem de propriedade do executado, podendo ser efetuada a penhora.

O desembargador relator argumentou ser irrelevante a demonstração de que o bem constricto é o único de propriedade do executado; basta que se trate de imóvel destinado à residência. Apenas na hipótese de imóvel locado a terceiro exige-se que o imóvel seja o único de propriedade do executado para merecer a proteção legal, “pois aí estaria ausente o requisito regular da residência, que deverá ser substituído por outro capaz de delinear o mínimo existencial a ser protegido.”⁶⁶⁹

Já o Tribunal de Justiça de Goiás, em pronunciamento ímpar, desvinculou o instituto do bem de família do direito fundamental à moradia. Sustentou que enquanto o direito à moradia deve ser assegurado a todas as pessoas, o bem de

⁶⁶⁸ Apelação Cível nº 2006.50.01.006930-4, julgada pela 4ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, sendo relator o Des. Fed. Luiz Antonio Soares.

⁶⁶⁹ Apelação Cível e Remessa Necessária nº 2003.51.01.506310-0, julgada pela 4ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, sendo relator o Des. Fed. Luiz Antonio Soares.

família “se presta para assegurar o mínimo existencial nas constringências que caucionam expedientes executivos.”⁶⁷⁰

Vinculado a condições dignas de moradia – e sobretudo à preservação da saúde⁶⁷¹ – saliente-se o direito de todo cidadão de contar com serviço de fornecimento de água potável. O desembargador Rogério Gesta Leal, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com notória produção acadêmica na temática dos direitos sociais e das políticas públicas⁶⁷², examinou questão tendo por objeto o fornecimento de água.

Na fundamentação do julgado, sustentou que o abastecimento de água apresenta caráter essencial, tendo em vista ser garantia de um mínimo existencial ao ser humano. Desta feita, “quando se estiver diante de interesses de natureza tal que diga respeito à garantia constitucional fundamental, assecuratória do mínimo existencial, cuja periclitación ameaça de forma substancial a dignidade da pessoa humana, então estar-se-á diante de uma situação que não admite a negativa de prestação do serviço público”⁶⁷³. Assim, diante de prestação integrante do mínimo existencial, configura-se verdadeiro direito subjetivo à atuação do Estado.

Também o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento quanto à essencialidade do fornecimento de água potável, motivo pelo qual uma pessoa em

⁶⁷⁰ Apelação Cível nº 101014-9/188, julgada em 29/04/08 pela 2ª Câmara Cível do TJGO, sendo relator o Des. Alan S. de Sena Conceição. DJ de 30/05/08.

⁶⁷¹ “Estima-se que 80% das doenças e mais de 1/3 da taxa de mortalidade em todo o mundo decorram da má qualidade da água utilizada pela população ou da falta de esgotamento sanitário adequado. São patologias como hepatite A, dengue, cólera, diarreia, leptospirose, febre tifóide e paratifóide, esquistossomose, infecções intestinais, dentre outras, que afetam particularmente crianças de até 5 (cinco) anos. São conhecidas no meio médico, cruelmente, como ‘doenças de pobre’ ou ‘doenças do subdesenvolvimento’” (BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. III. p. 117-118).

⁶⁷² Conferir, dentre outros trabalhos: LEAL, Rogério Gesta. O problema da prestação de serviço público essencial enquanto Direito Social fundamental e sua contra prestação em face da incapacidade financeira do usuário. In: Narciso Leandro Xavier Baez; Vicente Barreto (Org.). **Direito Humanos em Evolução**. Joaçaba: Unoesc, 2007. v. 1. p. 35-58;

_____. A efetivação do Direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. In: REIS, Jorge Renato dos Reis e _____. (Orgs.). **Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. t. 6. p. 1525-1543 (também atuou na organização de outros tomos da mesma obra).

_____. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. v. 1. p. 157-178.

_____. O Poder Judiciário e os Direitos Humanos no Brasil. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 90, p. 259-284. 2003.

_____. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁶⁷³ Apelação Cível nº 70014427504, julgada em 30/11/06 pela 3ª Câmara Cível do TJRS, sendo relator o Des. Rogério Gesta Leal.

condições de miserabilidade não pode ver sua dignidade e saúde desrespeitadas por ausência de condições financeiras⁶⁷⁴.

No esteio de serviços essenciais, e considerando que o mínimo existencial garante mais do que a sobrevivência da pessoa, abarcando as condições indispensáveis para uma vida digna, vários julgados impedem o corte no fornecimento de energia elétrica em se tratando de consumidor hipossuficiente. A interrupção ofenderia o princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial e o caráter essencial do serviço⁶⁷⁵.

O único julgado encontrado que invoca a teoria do mínimo existencial no Tribunal de Justiça do Amapá versou sobre a interrupção do fornecimento de energia elétrica para determinada cidade. O Tribunal de Justiça entendeu que se trata de “serviço essencial na vida de qualquer cidadão, notadamente de um Município como um todo, eis que a garantia eficaz de outros serviços como saúde, segurança e educação, dele dependem diretamente”⁶⁷⁶. Apesar de admitir que a prestação de serviços pelo Estado se sujeita ao princípio da reserva do possível, sustentou que não se pode negar aos administrados “o mínimo existencial para uma sobrevivência digna.”⁶⁷⁷

Fundamentou o direito a condições dignas de vida no princípio da dignidade humana e no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A referência a documentos internacionais é elogiável, pois muitas vezes superam a proteção conferida pelo direito interno, visando à proteção do ser humano.

Por fim, o relator salientou que a atribuição de formular e implementar políticas públicas recai sobre os Poderes Legislativo e Executivo. Todavia, entendeu ser possível a atuação do Judiciário no caso de omissão dos demais poderes que comprometa “a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos tidos como essenciais à dignidade humana e impregnados de estatura constitucional,

⁶⁷⁴ Agravo Regimental no Recurso Especial nº 963990/SC, julgado em 08/04/08 pela 1ª Turma do STJ, sendo relator o Min. Luiz Fux. DJ de 12/05/08, p. 01.

⁶⁷⁵ Acórdão nº 226425, proferido em 12/09/05 pela 2ª Turma Cível do TJDF, sendo relator o Des. Waldir Leôncio Júnior. DJU de 11/10/05, p. 112.

Nos mesmos termos: Acórdão nº 206739, proferido em 06/12/04 pela 2ª Turma Cível do TJDF, sendo relator o Des. Waldir Leôncio Júnior. DJU de 24/02/05, p. 39.

⁶⁷⁶ Agravo de Instrumento nº 2131, julgado em 17/10/08 pela Câmara Única do TJAP, sendo relator o Des. Mello Castro. DOE nº 4359.

⁶⁷⁷ Id.

ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.”⁶⁷⁸ Assim, o argumento da ofensa ao princípio da separação de poderes foi superado.

Passe-se à análise de outro elemento considerado nos julgados como integrante do mínimo existencial. Juiz convocado do Tribunal de Justiça do Paraná salientou que a assistência judiciária gratuita vincula-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, cujo núcleo compõe-se da noção de mínimo existencial⁶⁷⁹.

A respeito do que seja o mínimo existencial, foi citado o magistério de Luís Roberto Barroso, para quem o núcleo material elementar do princípio da dignidade compõe-se de um mínimo existencial, “locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.”⁶⁸⁰

Continuando a lição, “O elenco de prestações que compõe o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos”⁶⁸¹. Assim, o julgador acatou posicionamento doutrinário sobre o conteúdo do mínimo existencial.

Em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, o direito à segurança pública foi entendido como integrante do mínimo existencial. Tratava-se de ação civil pública denunciando lesão ao direito difuso à segurança pública, decorrente da manutenção de presos provisórios ou condenados em Delegacias de Polícia Civil, sem que tais estabelecimentos disponham de estrutura física adequada para custodiar presos além do tempo necessário à lavratura do auto de prisão em flagrante.

Localizando o direito à segurança no *caput* e no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, o relator sustentou que o direito à segurança protege outros direitos fundamentais, “já que sem segurança todos os demais direitos valerão muito

⁶⁷⁸ Id.

⁶⁷⁹ Decisão monocrática na Apelação Cível nº 461560-1, proferida em 22/02/08 pelo Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Fábio Haick Dalla Vecchia, do TJPR.

⁶⁸⁰ O magistrado refere-se a BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional** – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 38-39.

⁶⁸¹ Id.

pouco ou quase nada”⁶⁸². Nota-se que a segurança foi identificada como um elemento instrumental do mínimo existencial, que serve à efetiva fruição de todos os outros elementos.

Afirmou-se na decisão em comento que o argumento da reserva do possível não pode “criar obstáculo à função do Judiciário no controle das políticas públicas, em detrimento do direito difuso à segurança previsto constitucionalmente, escusando-se de garantir o bem-estar do homem, ou o mínimo existencial, que deve ser vetor quando do estabelecimento das prioridades na gestão do Orçamento Público.”⁶⁸³

Na mesma matéria, em medida questionando a constitucionalidade da cobrança de taxa de segurança pública, outro desembargador do TJRN entendeu que o serviço prestado pela Secretaria de Segurança Pública é essencial, devendo por isso, ser remunerado com o produto genérico da arrecadação tributária. Frisou que a arrecadação dos tributos “deve ser aplicada nas atividades essenciais garantidoras do mínimo existencial de todas as pessoas, tais como saúde, educação e segurança pública.”⁶⁸⁴

Restaram esboçados, portanto, alguns elementos que os julgadores entendem compor a noção de mínimo existencial, aparecendo a segurança também como elemento instrumental.

Mudando o foco, para tratar do que se considera não integrar o mínimo existencial, cite-se pronunciamento do desembargador federal Edílson Nobre. Sustentou que o controle judicial das políticas públicas é admitido com maior amplitude apenas nas “hipóteses voltadas à concretização de norma constitucional de suficiente densidade de conteúdo e de preservação do mínimo existencial”⁶⁸⁵. Fora desses casos, o ativismo judicial encontra óbice no princípio da separação de poderes, mesmo entendido numa acepção atual. Portanto, não cabe ao Judiciário, por exemplo, determinar a lotação de pessoal em delegacia de polícia, eis que se trata de matéria concernente à discricionariedade administrativa.

⁶⁸² Apelação Cível nº 2008.006420-4, julgada em 28/08/08 pela 3ª Câmara Cível do TJRN, sendo relator o Des. Amaury Moura Sobrinho.

⁶⁸³ Id.

⁶⁸⁴ Remessa Necessária e Apelação Cível nº 2005.000085-4, julgada em 21/02/06 pela 2ª Câmara Cível do TJRN, sendo relator o Des. Cláudio Santos.

⁶⁸⁵ Apelação e Reexame Necessário nº 2007.83.04.000217-8, julgado em 30/09/08 pela 2ª Turma do TRF da 5ª Região, sendo relator o Des. Fed. Edílson Nobre. DJ de 15/10/08, p. 204.

Na mesma toada, em decisão do TRF da 4ª Região, sustentou-se que a intervenção judicial em políticas públicas restringe-se às hipóteses em que os gastos públicos não atendem o mínimo existencial. Portanto, não se considerou devido que o Judiciário determine o ingresso de assentados do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA no curso de Medicina Veterinária de Universidade, por fugir ao campo do mínimo existencial⁶⁸⁶.

Em apelação cível julgada pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, pleiteou-se a concessão de passe livre no transporte coletivo para alunos do coral e orquestra de flautas da Universidade Federal do Mato Grosso. Os desembargadores entenderam que o transporte gratuito insere-se no conjunto das prestações que auxiliam a educação das crianças e adolescentes carentes.

Afirmaram o dever do Estado “de prestar assistência que proporcione uma vida digna ao ser humano, se atendo, ao menos, ao ‘mínimo existencial’, composto por saúde, moradia, educação fundamental e alimentação, direitos públicos subjetivos do homem como credor do Estado.”⁶⁸⁷

Não obstante, deixaram claro que a proteção do mínimo existencial “não significa que o Estado deve proporcionar ao particular tão somente o ‘mínimo existencial’, mas sim, que deve proporcionar, em primeiro lugar, o ‘mínimo existencial’ a todos, para depois se ater às necessidades que não as de dar amparo à dignidade da pessoa humana.”⁶⁸⁸ Trata-se de entendimento que rebate as críticas acerca do caráter negativo de se defender o mínimo existencial, no sentido de que o sistema constitucional brasileiro deve visar somente ao máximo. Cabe sim pensar no mínimo, certamente tendo os olhos voltados ao máximo.

Apesar da argumentação, concluíram os julgadores que “o fornecimento de passe livre estudantil a essas crianças e adolescentes, que já o recebem para freqüentarem as escolas, excede ao mínimo necessário para uma vida digna”⁶⁸⁹, considerando como conteúdo do mínimo existencial aquele traçado por Ana Paula de Barcellos. Ademais, lei municipal veda a concessão do benefício para participação em coral àqueles que já o recebem para freqüentar o ensino regular.

⁶⁸⁶ Agravo de Instrumento nº 200704000376791/RS, julgado em 20/02/08 pela 4ª Turma do TRF da 4ª Região, sendo relator o Des. Fed. Valdemar Capeletti. DE de 03/03/08.

⁶⁸⁷ Apelação Cível nº 5788/2007, julgada em 04/06/07 pela 1ª Câmara Cível do TJMT, sendo relator o Des. Paulo S. Carreira de Souza.

⁶⁸⁸ Id.

⁶⁸⁹ Id.

Suscite-se, ainda, medida aforada por um sindicato que representa a categoria dos médicos, em que se pretendeu eximi-los do pagamento do imposto de renda em relação a todos os gastos com ensino particular. Na decisão, proferida por Juiz da 1ª Vara Federal de Sorocaba, defendeu-se que o “direito social à escola” é fundamental em relação apenas às camadas mais pobres da população, integrando-se ao mínimo existencial e tornando obrigatória a prestação por parte do Estado. Assim, a educação em estabelecimento privado representa um direito social que depende de políticas públicas e opções orçamentárias⁶⁹⁰.

Sublinhou-se que a Constituição obriga o Estado a disponibilizar apenas o ensino fundamental. O Estado não pode arcar, mediante o recolhimento de menos impostos, a opção feita pelo cidadão de usufruir cursos ministrados em entidades privadas. “Se o contribuinte pode dispor de renda para custear as despesas com ensino particular e com os mais diversos cursos, não há por que eximir-lhe de pagar o imposto de renda.”⁶⁹¹

Portanto, concluiu-se que a dedução de “todos os gastos com o ensino das camadas mais ricas da população através da diminuição da tributação de forma ilimitada, ou seja, sem restrições, é inviável, afrontando os objetivos fundamentais da República.”⁶⁹² Os contribuintes com melhores condições financeiras devem recolher impostos em maior medida, possibilitando a expansão e melhoria de qualidade do serviço de educação pública para atender àqueles que não podem se beneficiar do ensino em rede particular.

Por fim, o magistrado transcreveu lição de Gustavo Amaral, no sentido de que “pretender que as prestações positivas possam, sempre e sempre, ser reivindicáveis, pouco importando as conseqüências financeiras e eventuais impossibilidades do Erário é divorciar tais pretensões de qualquer fundamento de justiça”⁶⁹³.

Também na seara do direito tributário, o mínimo existencial foi aventado para excluir o dever de entidade de fins filantrópicos de recolher quota patronal de contribuição previdenciária. Sustentou-se que o parágrafo 7º do artigo 195 da

⁶⁹⁰ Mandado de Segurança Coletivo nº 2006.61.10.002073-5, julgado em outubro de 2007 pelo Juiz da 1ª Vara da Justiça Federal de Sorocaba/SP.

⁶⁹¹ Id.

⁶⁹² Id.

⁶⁹³ O magistrado refere-se a: AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 117.

Constituição vincula-se diretamente ao direito ao mínimo existencial, direito do indivíduo frente ao Estado de obter para si e sua família condições mínimas que lhe proporcionem uma existência digna. Portanto, o Estado não poderia atingir, por meio do poder de tributar, o necessário à subsistência humana.

Considerando que entidades filantrópicas substituem o Estado na prestação, às pessoas necessitadas, de educação, saúde, cultura, lazer e etc., os desembargadores do TRF da 2ª Região decidiram pela imunidade à tributação. “Se assim não fosse, provavelmente, tais instituições não sobreviveriam, uma vez que a carga tributária que onera as empresas comuns é pesadíssima, ônus que não seria viável de ser suportado por entidades sem fins lucrativos e que se prestam à prover assistência social.”⁶⁹⁴ A tributação sobre tais entidades as impediria de garantir o mínimo existencial a várias pessoas. Trata-se de decisão que protegeu a dimensão negativa ou defensiva do mínimo existencial.

4.2.2 O mínimo em saúde

O direito à saúde é o tema de grande parte das decisões que suscitam o mínimo existencial. A “tese do mínimo existencial como imposição de distribuição de medicamentos [tem sido] acolhida reiteradamente pelos Tribunais”⁶⁹⁵. O Tribunal de Justiça do Espírito Santo, por exemplo, afirmou que desde 1998 serve-se da noção do mínimo existencial para que o Estado cumpra suas obrigações para a proteção de “direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”⁶⁹⁶

Aliás, o TJES tem proferido decisões interessantes quanto ao tema. Em uma série de julgados, o direito à saúde foi considerado como “direito social que se transmuda em direito fundamental de primeira geração” pela condição do mínimo existencial⁶⁹⁷. Nitidamente seguiu-se o entendimento de Ricardo Lobo Torres, no

⁶⁹⁴ Apelação em Mandado de Segurança nº 200002010290651, julgada em 04/06/03 pela 3ª Turma do TRF da 2ª Região, sendo relator o Des. Fed. Francisco Pizzolante.

⁶⁹⁵ Mandado de Segurança nº 100080002304, julgado em 17/04/08 pelo Pleno do TJES, sendo relator o Des. Maurílio Almeida de Abreu. DJ de 19/05/08.

⁶⁹⁶ Agravo de Instrumento nº 011089000209, julgado em 12/03/08 pela 4ª Câmara Cível do TJES, sendo relator o Des. Maurílio Almeida de Abreu.

⁶⁹⁷ Mandado de Segurança nº 100070014129, julgado em 11/09/08 pelo Pleno do TJES, sendo relator o Des. Alemer Ferraz Moulin. O entendimento foi esposado em diversos outros julgados anteriores proferidos pelo mesmo relator.

sentido de que apenas a parcela dos direitos sociais que se vincula ao mínimo existencial goza de fundamentalidade.

Indo mais além, em uma decisão da mesma Corte afirmou-se que a saúde “Constitui direito social correlato a outros direitos fundamentais (vida e dignidade humana), os quais são valores universais supremos, pois inseridos no âmbito de proteção ao mínimo existencial.”⁶⁹⁸ Restou assentado que a inserção de um direito na noção de mínimo existencial faz com que seja valor universal supremo.

Superando essas peculiaridades, cabe referir, em relação às prestações de saúde, que “De acordo com o artigo 198 da Constituição Federal os entes federativos são responsáveis solidariamente pelo atendimento à saúde da população, razão pela qual nenhum deles poderá invocar qualquer óbice com objetivo de abster-se do cumprimento deste preceito constitucional.”⁶⁹⁹

Passando ao conteúdo do direito à saúde, em decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região constatou-se a inexistência de uma concepção *a priori* ou definitiva sobre o que compõe o mínimo existencial: os bens e utilidades básicas variam “conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui, entre outros, a saúde básica.”⁷⁰⁰ O relator alegou compor o mínimo existencial também o acesso à justiça, elemento instrumental indispensável para a exigibilidade e efetivação do direito à saúde e outros direitos fundamentais.

Sendo o mínimo existencial identificado como o núcleo material elementar do princípio da dignidade, dentro desse núcleo é alojado o direito à saúde. Nessa esteira, desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal afirmaram que

⁶⁹⁸ Mandado de Segurança nº 100080005745, julgado em 11/09/08 pelo Pleno do TJES, sendo relatora a Des.^a Catharina Maria Novaes Barcellos.

⁶⁹⁹ Mandado de Segurança nº 476.084-9, julgado em 24/06/08 pela 4ª Câmara Cível do TJPR, sendo relator o Des. Abraham Lincoln Calixto. Inúmeras outras decisões partilham do entendimento, como o Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 2008.3.002186-8, julgado em 09/06/08 pela 2ª Câmara Cível Isolada do TJPA, sendo relatora a Des.^a Carmencin Marques Cavalcante. “Havendo previsão constitucional (parág. único do art. 198 da CF/88) da participação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS), impõe-se reconhecer-lhes legitimidade para figurar no pólo passivo de demandas que objetivem assegurar o acesso a meios de preservação da saúde em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes do STJ” (Apelação Cível nº 408380, julgada em 19/07/08 pela 8ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, sendo relator o Des. Fed. Marcelo Pereira. DJU de 11/08/08, p. 176). “[...] a Constituição da República instituiu solidariedade entre os entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), de modo que o jurisdicionado poderá acionar qualquer dos entes, alguns deles, ou até mesmo todos, para viabilizar o tratamento de saúde necessário à continuação de sua própria vida” (Apelação nº 2008.001.04796, julgada em 30/04/08 pela 11ª Câmara Cível do TJRJ, sendo relatora a Des.^a Lúcia Miguel S. Lima).

⁷⁰⁰ Apelação em Mandado de Segurança 37057/RJ nº 2000.02.01.055957-3, julgada em 20/08/03 pela 2ª Turma do TRF da 2ª Região, sendo relator o Des. Fed. Paulo Espírito Santo.

“O direito à saúde integra o núcleo mínimo existencial necessário à concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana”⁷⁰¹.

Se o direito à saúde compõe o mínimo existencial, tem-se que a ausência de definição constitucional do objeto desse direito e a pluralidade de meios para a sua proteção fazem com que sejam incertas as prestações e bens que devem ser necessariamente assegurados pelo Estado. Não se sabe se o direito à saúde “abrangeria todo e qualquer tipo de prestação afeta à saúde humana ou se estaria limitado a prestações básicas e vitais.”⁷⁰² Portanto, o entendimento acerca da composição do mínimo existencial envolve certa dose de subjetivismo.

Desembargador do TRF da 2ª Região afirmou que “a melhor doutrina orienta que, em se tratando de direito à saúde, apenas as prestações que compõem o assim denominado ‘mínimo existencial’ e aquelas que configurem opções políticas juridicizadas dos poderes constituídos poderiam ser objeto de condenação dos entes públicos a implementá-las em prazo determinado.”⁷⁰³

Em regra, são asseguradas judicialmente as prestações imprescindíveis para a sobrevivência do paciente⁷⁰⁴. Como exemplo, insere-se na órbita do mínimo existencial, no entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cirurgia de urgência para a revascularização do miocárdio, pois sua não realização implica a morte do requerente⁷⁰⁵.

Interessante foi a menção feita pela desembargadora Albergaria Costa, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, aos princípios orientadores da seguridade social, sistema em que se inserem as ações estatais de proteção da saúde. Dentre as diretrizes traçadas, destaca-se a seletividade, segundo a qual são concedidas, no âmbito da saúde, as prestações “que minimamente garantam a sobrevivência digna

⁷⁰¹ Acórdão nº 302179, proferido em 26/03/08 pela 5ª Turma Cível do TJDF, sendo relator o Des. Hector Valverde Santana. DJU de 14/05/08, p. 80.

⁷⁰² Reexame Necessário nº 1.0699.06.059829-8/001, julgado em 17/05/07 pela 3ª Câmara Cível do TJMG, sendo relator o Des. Dídimo Inocêncio de Paula. DJ de 28/06/07.

⁷⁰³ Apelação Cível nº 408380, julgada em 19/07/08 pela 8ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, sendo relator o Des. Fed. Marcelo Pereira. DJU de 11/08/08, p. 176.

⁷⁰⁴ “Não será lícito, portanto, que o magistrado - a quem é conferido um papel de co-participação no processo de criação do Direito -, mediante indevida ingerência na atividade política e financeira do Estado, implemente precipitadamente um gasto extraordinário em favor da saúde de um único cidadão, quando não seja realmente indispensável à sua sobrevivência” (Voto da Des.ª Albergaria Costa no Reexame Necessário nº 1.0699.06.059829-8/001, julgado em 17/05/07 pela 3ª Câmara Cível do TJMG, sendo relator o Des. Dídimo Inocêncio de Paula. DJ de 28/06/07).

⁷⁰⁵ Apelação Cível nº 1.0105.07.234011-7/001, julgada em 11/09/08 pela 3ª Câmara Cível do TJMG, sendo relatora a Des.ª Albergaria Costa. DJ de 28/10/08.

da universalidade dos cidadãos.”⁷⁰⁶ Trata-se de critério interessante para a atuação judicial.

Já a 8ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região apoiou-se nos parâmetros propostos por Ana Paula de Barcellos a respeito das prestações mínimas de saúde. Nessa esteira, entendeu não integrar o mínimo existencial o fornecimento de aparelhos auditivos.

Pronunciou-se um relator no sentido de que “O fornecimento de aparelhos de amplificação sonora individuais (AASI), a despeito de sua relevância para a integração dos deficientes auditivos ao meio social, não se encontra inserido naquele grupo de prestações formadoras do ‘mínimo existencial’ no campo da saúde a que se refere a doutrina de Ana Paula de Barcellos”⁷⁰⁷. Portanto, não há que se falar em norma de eficácia positiva, sendo necessária a interferência do legislador para que a prestação almejada possa ser exigível.

A Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, não traz determinação expressa relacionada ao fornecimento de aparelhos auditivos, mas somente normas gerais de garantia ao pleno exercício dos direitos das pessoas portadoras de deficiências. Constatou o relator que o caso examinado versa sobre “opção política juridicizada além do mínimo existencial, donde inexistente respaldo legal para a condenação do Poder Público a proceder, em determinado prazo, à sua obrigatória implementação.”⁷⁰⁸

Em outra decisão, o tratamento de fertilização não foi considerado prestação integrante do mínimo existencial. Embora o direito ao planejamento familiar esteja previsto na Constituição, “não está inserto no mínimo existencial, pelo que não se

⁷⁰⁶ Reexame Necessário nº 1.0699.06.059829-8/001, julgado em 17/05/07 pela 3ª Câmara Cível do TJMG, sendo relator o Des. Dídimo Inocêncio de Paula. DJ de 28/06/07. Nesse julgado, a Des.ª Albergaria Costa concluiu que o Estado deve prestar apenas o necessário à sobrevivência. Sugeriu “o abandono da postura extremamente conservadora de impor aos entes públicos os mais variados ônus financeiros para a realização de tratamento da saúde de um cidadão, ressalvados os casos considerados realmente essenciais para a sua sobrevivência.”

⁷⁰⁷ Apelação Cível nº 386313, julgada em 25/06/08 pela 8ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, sendo relator o Des. Fed. Marcelo Pereira. DJU de 02/07/08, p. 119-120.

⁷⁰⁸ No mesmo sentido, a respeito de fornecimento de aparelho auditivo, desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assim se manifestou: “o Poder Público cumpre seu papel quando assegura o mínimo existencial sob o limite da reserva do possível, uma vez que a realização do direito social à saúde, consistente em uma prestação positiva, está subordinada às possibilidades do orçamento. Na espécie, a insuficiência auditiva comprovada pela autora não se apresenta de forma grave a justificar o desembolso pelo orçamento público de tão elevada quantia (R\$ 4.600,00). É fácil imaginar que a postulação coletiva de tal equipamento comprometeria a receita pública destinada a atender, com prioridade, os casos de urgência e enfermidade grave” (Apelação nº 2006.001.32130, julgada em 02/08/06 pela 2ª Câmara Cível do TJRJ, sendo relatora a Des.ª Suimei Meira Cavalieri).

pode afastar do caso a aplicação do princípio da reserva do possível, implícito na Constituição, segundo o qual os direitos assegurados pela Carta dependem de dotação orçamentária para serem implementados pelo Estado.”⁷⁰⁹

Por outro lado, tratando-se do que compõe o mínimo existencial em saúde, refira-se que o Ministro Gilmar Mendes julgou improcedente pedido de suspensão de tutela, a fim de manter a decisão que determinou o custeio, pelo Poder Público, de tratamento odontológico com anestesia geral a criança portadora de distúrbios mentais.

É interessante observar que as peculiaridades do caso concreto – criança carente, portadora de doença mental, com fortes dores em decorrência do problema dentário – justificaram a obrigatoriedade da prestação estatal. A conclusão do julgado expressou que “os direitos à vida e à saúde são prioritários, e o juízo *a quo* (instância de origem), visou assegurar esses direitos ao autor”⁷¹⁰. Trata-se de decisão que exemplifica a interpretação ampliativa do mínimo existencial, considerando que a configuração das prestações mínimas na área da saúde depende das particularidades do caso.

Seguindo a mesma orientação, cite-se situação em que um paciente pleiteou transporte gratuito para realizar seu tratamento de saúde. O relator, desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entendeu que, por ser o transporte necessário para a proteção da saúde, deveria ser deferido o pedido⁷¹¹.

Menos de um mês antes desse julgado, também versando sobre transporte público, entendeu o mesmo tribunal que a limitação de sessenta passagens mensais não fere o mínimo existencial de deficiente físico que depende do transporte, pois “se garantiu de forma razoável, o direito de locomoção dos portadores de deficiência física, integrando-os à vida social, tal como preceitua a norma. Assim sendo, se respeitou o princípio da dignidade da pessoa humana”⁷¹².

As hipóteses aqui suscitadas revelam que a compreensão sobre o conteúdo do mínimo existencial é bastante subjetiva.

⁷⁰⁹ Apelação nº 2008.001.07121, julgada em 20/05/08 pela 3ª Câmara Cível do TJRJ, sendo relator o Des. Fernando Foch Lemos.

⁷¹⁰ Suspensão de tutela antecipada nº 238/TO, julgada em 21/10/08 pelo Min. Gilmar Mendes, do STF.

⁷¹¹ Apelação Cível nº 2007.001.66376, julgada em 09/01/08 pela 2ª Câmara Cível do TJRJ, sendo relator o Des. Carlos Eduardo Passos.

⁷¹² Apelação nº 2007.001.61257, julgada em 18/12/07 pela 9ª Câmara Cível do TJRJ, sendo relator o Des. Roberto de Abreu e Silva.

No que concerne especificamente ao pedido de fornecimento de medicamentos, saliente-se que grande parte das medidas aforadas tem por objeto o acesso a fármacos que não compõem as listas dos medicamentos fornecidos regularmente pelo Estado.

Faz-se necessário esclarecer que o atendimento às necessidades na área de saúde dá-se por meio de políticas com objetivos e planos a serem cumpridos. Nesse sentido, são elaboradas listas de medicamentos a serem dispensados para os pacientes acometidos por determinadas moléstias. Os tratamentos que o Estado fornece são apenas aqueles de eficácia cientificamente comprovada.

Assim, portarias e protocolos específicos existem para garantir a prescrição segura e eficaz dos fármacos, preservando a saúde dos cidadãos e evitando o uso desnecessário de estrutura e recursos públicos. Racionaliza-se a dispensação de medicamentos, tendo em vista que – com a escassez de recursos e a complexidade social – o Estado não pode abarcar todas as circunstâncias e todos os cidadãos. São rastreados os males que mais atingem a população e os meios eficazes para combatê-lo, organizando listagens oficiais.

O fato de determinado medicamento constar nas listas torna obrigatório seu fornecimento pelos entes públicos. Nesse sentido, cite-se decisão da 8ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, que mencionou o entendimento de Barcellos sobre as prestações mínimas em saúde, embora, nesse caso, tenha superado os limites traçados pela autora:

O pleito de fornecimento gratuito, pelos entes públicos Réus, de medicamentos necessários ao tratamento de cardiopatia isquêmica grave, constantes na lista oficial dos Entes Federados, ainda que não se insira, naquele grupo de prestações formadoras do “mínimo existencial” no campo da saúde, a que se refere a doutrina de Ana Paula Barcellos, é opção política juridicizada pelos poderes constituídos através da Resolução SMS nº 1.048/2004 do Município do Rio de Janeiro e da Portaria GM nº 2.577/06 do Ministério da Saúde, que tornam obrigatória e impositiva o cumprimento da prestação em relação aos medicamentos.⁷¹³

Quando o medicamento solicitado não consta das listagens, é bastante comum que o Judiciário ignore os documentos elaborados pelo Poder Público, sob o

⁷¹³ Apelação Cível nº 408380, julgada em 19/07/08 pela 8ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, sendo relator o Des. Fed. Marcelo Pereira. DJU de 11/08/08, p. 176. Decisão nos mesmos termos, mas referida ao mal de Alzheimer: Remessa *ex officio* nº 393388, julgada em 01/07/08 pela 8ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, sendo relator o Des. Fed. Marcelo Pereira. DJU de 04/07/08, p. 411.

argumento de que a vida e a saúde das pessoas não se subordinam a procedimentos burocráticos. “As Portarias, como atos administrativos editados pelo Ministério da Saúde, não podem restringir direito assegurado em norma hierarquicamente superior [direito à saúde].”⁷¹⁴ Ou ainda: “Absolutamente irrelevante o argumento do ente municipal de que o aparelho necessário não conste da lista do SUS, uma vez que o comando constitucional de tutela da saúde pública não pode ficar adstrito a mera listagem emanada da Administração.”⁷¹⁵

Argumento interessante suscitado em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo é que a sujeição do fornecimento do medicamento à sua inclusão em lista elaborada pelo próprio Poder Público significa conceder ao administrador demasiada discricionariedade. O juízo de conveniência e oportunidade poderia levar ao esvaziamento do núcleo essencial do direito fundamental à saúde, na medida em que o próprio ente público teria condições de cumprir seu dever constitucional com a simples redução da lista ou não inclusão de medicamentos⁷¹⁶.

São diversas as circunstâncias envolvidas na prestação estatal, que saltam aos olhos nas demandas envolvendo medicamentos. O paciente deposita no Judiciário a esperança de cura ou alívio de seu sofrimento. Há outros pacientes que não reclamam ao Judiciário, mas que igualmente dependem da atuação estatal. Os recursos públicos são insuficientes para atender a todos ao mesmo tempo. Existem limites à atuação do magistrado e é grande o peso sobre os ombros do julgador de decidir sobre a vida. Todos esses elementos permitem sustentar que a aplicabilidade imediata do direito fundamental à saúde deve submeter-se a marcos

[...] insertos no próprio texto constitucional, sob pena de o Judiciário imiscuir-se na esfera de competência do Legislativo e do Executivo, interferindo no orçamento dos entes estatais e até mesmo na política de distribuição de saúde a todos os cidadãos, porquanto cedo que a condenação do Estado ao fornecimento de determinado medicamento a um dado cidadão culmina em inarredável insuficiência de recursos

⁷¹⁴ Apelação Cível e Reexame Necessário nº 470.701-1, julgada em 12/08/08 pela 4ª Câmara Cível do TJPR, sendo relator o Des. Abraham Lincoln Calixto.

⁷¹⁵ Apelação nº 2006.001.25393, julgada em 04/07/06 pela 5ª Câmara Cível do TJRJ, sendo relator o Des. Antonio Saldanha Palheiro. No mesmo entendimento: “A Constituição Federal é hierarquicamente superior a qualquer lei e garante o direito à saúde e à vida, na forma do mínimo existencial, não fazendo qualquer distinção e discriminação no que tange a medicamentos que podem ou não ser conferidos para garantir esse dever estatal” (Apelação nº 2007.001.67120, julgada em 07/02/08 pela 20ª Câmara Cível do TJRJ, sendo relatora a Des.ª Odete Knaack de Souza).

⁷¹⁶ Apelação Cível com Revisão nº 520.093-5/3-00, julgada em 22/08/08 pela 8ª Câmara B de Direito Público do TJSP, sendo relator o Des. Luis Manuel Fonseca Pires.

para a aquisição de outros remédios, para aqueles administrados também necessitados.⁷¹⁷

A reserva do possível é argumento suscitado em praticamente todas as decisões examinadas a respeito da proteção mínima em saúde, pois as prestações para a garantia da integridade física e psíquica requerem alocação de recursos públicos e previsão orçamentária. Os magistrados brasileiros não ignoram o embate que se trava por conta da interferência das decisões judiciais no manejo dos recursos⁷¹⁸.

Pronunciamento de desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná pode ser tomado como representativo da postura nacional:

III. Se por um lado é correto reconhecer que o dinheiro público é limitado e deve ser gasto de forma adequada e racionalizada, por outro também é certo dizer que a razão de ser do Estado é atender os direitos fundamentais do Homem, de forma a resguardar-lhe um mínimo de dignidade.

IV. O Estado tem o dever de proteger e garantir um mínimo existencial à população, devendo adotar mecanismos de gestão democrática do orçamento público, como forma de assegurar os direitos fundamentais como a saúde e a própria vida.⁷¹⁹

⁷¹⁷ Reexame Necessário nº 1.0699.06.0598298/001, julgado em 17/05/07 pela 3ª Câmara Cível do TJMG, sendo relator o Des. Dídimo Inocêncio de Paula. DJ de 28/06/07.

⁷¹⁸ “A dignidade da pessoa humana, princípio que inspira todo o texto constitucional, exige ações estatais implementando e garantindo o denominado mínimo existencial. - À essa responsabilidade política estatal correspondem políticas públicas concretizadoras. A ausência dessa atuação caracteriza a inconstitucionalidade por uma omissão. Ou seja, deixar de concretizar políticas públicas estabelecidas na Constituição, sob a forma de normas programáticas, é atentar contra a Constituição. - É por isso que se torna legítima à função jurisdicional fazer cumprir à Constituição. Quando o Estado deixar de prestar os serviços públicos que a Constituição lhe impôs, ao Judiciário incumbe aplicar diretamente o texto constitucional, exercendo jurisdição constitucional, no controle à inconstitucionalidade, mesmo que por omissão. - Incumbe ao órgão jurisdicional garantir que a Constituição seja cumprida. - E essa atribuição comporta uma dimensão negativa, declarar a inconstitucionalidade de atos contrários à Constituição, com sua eficácia de afastar a aplicação daquela norma, ou uma concepção positiva, atuar determinando que se faça, que se cumpram os mandamentos constitucionais, sob pena da cominação de penalidades e responsabilidade funcional. - O Poder Judiciário não vai dizer à Administração Pública o que deve ser feito. Isso a Constituição já fez. O papel do Poder Judiciário está em exigir que sejam implementadas as políticas sociais já delineadas. - Mas a ingerência jurisdicional no tema políticas públicas não pode ser ilimitada ou mesmo indefinida. É preciso um parâmetro norteador. - Esse vetor é a reserva do possível” (Apelação Cível nº 200172010028273/SC, julgada em 22/05/06 pela 3ª Turma do TRF da 4ª Região, sendo relatora a Des. Fed. Vânia Hack de Almeida. DJ 02/08/06, p. 378).

⁷¹⁹ Mandado de Segurança nº 476.084-9, julgado em 24/06/08 pela 4ª Câmara Cível do TJPR, sendo relator o Des. Abraham Lincoln Calixto. O relator pronunciou-se nos mesmos termos em diversos outros julgados. Cite-se também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o escudo da reserva do possível “não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais” (Recurso Especial nº 811608/RS, julgado em 15/05/07 pela 1ª Turma do STJ, sendo relator o Min. Luiz Fux. DJ de 04/06/07, p. 314).

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul sustentou que “a teoria da reserva do possível deve ser aplicada com parcimônia, a fim de assegurar o mínimo existencial, visto que o fornecimento de medicamento imprescindível para garantir a saúde e bem estar de cidadão se faz necessário para que seja garantido o referido mínimo de existência”⁷²⁰.

Nos termos de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, os direitos que envolvem prestações devem ser satisfeitos quando atendam à dignidade da pessoa humana, “como é o caso da realização do direito à formação escolar e profissional, à assistência social mínima à gestante, à família, à criança e ao adolescente, a um salário que proporcione uma vivência digna, enfim, a um padrão mínimo de atendimento na área da saúde que garanta a sobrevivência do cidadão.”⁷²¹

Sobre o tema, é de se destacar também a decisão proferida em 29 de abril de 2004 pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, na apreciação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45⁷²², que se tornou paradigma no tratamento judicial dos direitos sociais, sendo multicitada tanto pela doutrina quanto pela própria jurisprudência.

O objeto da ADPF era o veto presidencial ao parágrafo 2º do artigo 55 (posteriormente renumerado para art. 59) de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/03 (Lei de Diretrizes Orçamentárias). Sustentou-se que o veto configurou desrespeito a preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional nº 29/2000, que determina a aplicação de recursos financeiros nas ações e serviços públicos de saúde.

Todavia, com o advento da Lei nº 10.777/03, o referido parágrafo 2º foi restaurado em sua integralidade, o que tornou prejudicada a análise do mérito da ADPF, pois foi conferida efetividade ao disposto na EC nº 29. Apesar disso, a argumentação tecida pelo relator reforçou seu posicionamento acerca da efetivação dos direitos básicos. Esse aspecto merece ser trazido à colação.

⁷²⁰ Apelação Cível nº 2008.019787-1/0000-00, julgada em 29/07/08 pela 4ª Turma Cível do TJMS, sendo relator o Des. Atapoã da Costa Feliz.

⁷²¹ Reexame Necessário nº 1.0699.06.0598298/001, julgado em 17/05/07 pela 3ª Câmara Cível do TJMG, sendo relator o Des. Dídimio Inocêncio de Paula. DJ de 28/06/07. Em seu voto, a Des.ª Albergaria Costa salienta que o mínimo existencial exigível caracteriza-se como reserva do possível. Pode-se notar, aqui, alguma confusão entre os conceitos de reserva do possível e mínimo existencial; apesar de correlatas, são noções bastante distintas.

⁷²² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, julgada em 29/04/04 pelo STF, sendo relator o Min. Celso de Mello. DJ de 04/05/04.

O Ministro reconheceu que a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais impõe prestações estatais, as quais dependem, em grande medida, das possibilidades orçamentárias do Estado. Todavia, salientou a ilicitude de o Poder Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial a fim de frustrar o estabelecimento das condições materiais mínimas para a existência humana.

Desta feita, afirmou que a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações, notadamente quando estão em jogo direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”).

O Ministro citou o entendimento de Ana Paula de Barcellos, no sentido de que a meta central da Constituição de 1988 é a promoção do bem-estar humano, restando-se, portanto, assegurar meios para a dignidade, “que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência”⁷²³. O mínimo existencial constitui alvo prioritário dos gastos públicos.

Sustentou, ainda, que a Corte “não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais”⁷²⁴. Portanto, em caso de omissão do Poder Legislativo e/ou do Poder Executivo que comprometa a eficácia dos direitos fundamentais, cabe ao Poder Judiciário, excepcionalmente, determinar que sejam implementadas as políticas públicas definidas pela própria Constituição⁷²⁵.

A decisão é importante para assentar que, também no entendimento da Alta Corte brasileira, não se pode negar a implementação das condições mínimas necessárias para uma vida digna sob o argumento falacioso da reserva do possível.

⁷²³ Id.

⁷²⁴ Id.

⁷²⁵ “É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado” (Id.).

Cabe noticiar, na mesma linha, acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, em que restou expressamente afirmado que a escassez de recursos não pode servir de argumento para negar prestações relativas ao mínimo existencial, como a assistência à saúde. Tratava-se de demanda visando à implementação, pela Fundação Nacional do Índio e pela Fundação Nacional de Saúde, de modelo de assistência à saúde do índio e a instalação de serviços de saúde à população indígena situada em área do Rio Grande do Sul⁷²⁶.

Considerando o posicionamento jurisprudencial, constata-se que o Estado deve adotar a satisfação do mínimo existencial como sua prioridade. Nessa seara, resta incabível o argumento da reserva do possível, conforme as decisões referidas.

Correlato ao tema examinado é o debate sobre a interferência do Judiciário na formulação e execução das políticas públicas, também freqüentemente referido nas demandas a respeito de prestações de saúde.

Sabe-se que cabe prioritariamente aos Poderes Legislativo e Executivo, legitimados pelo voto popular, decidir onde, quando e como alocar os escassos recursos públicos. Assim, a decisão judicial, determinando que o Estado destine verbas para determinada pessoa e para o tratamento de específica moléstia, pode representar um desequilíbrio na repartição das atribuições dos Poderes.

Os tribunais também não se furtaram à questão. Entenderam que quando se trata de dever do Estado imposto pela Constituição Federal, cabe ao Judiciário, na omissão ou atuação insuficiente dos demais Poderes, realizar o comando determinado na norma, o que se mostra compatível com sua função de guardião da Constituição e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais. Ao proteger o mínimo existencial, os magistrados não estariam ofendendo o princípio da separação de poderes.

O Ministro Gilmar Mendes, em decisão proferida em outubro de 2008, admitiu que as decisões judiciais têm significado “um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades

⁷²⁶ Embargos Infringentes em Apelação Cível nº 1999.04.01.014944-9/RS, julgados em 08/11/04 pela 2ª Seção do TRF da 4ª Região, sendo relator para o acórdão o Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon. DJU de 11/05/05. Vale informar que a FUNAI interpôs Recurso Especial (nº 811.608/RS) contra essa decisão, tendo a 1ª Turma do STJ, em 15/05/07, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, mantido a decisão do TRF.

orçamentárias”⁷²⁷. Não obstante, afirmou que, havendo política estatal que inclua a prestação pleiteada, o deferimento do pedido significará apenas o cumprimento de mandamento existente.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pronunciou-se no sentido de que o direito à saúde “insere-se no mínimo existencial – vez que indisputável que a garantia de saúde básica à população necessitada consubstancia condição mínima para a sua dignidade –, pelo que a omissão dos demais poderes autoriza posição ativa do Poder Judiciário”⁷²⁸. Assim, o Judiciário teria legitimidade para determinar a prestação estatal.

Em resumo, quanto aos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível, a posição prevalecente nas decisões examinadas é aquela expressada na seguinte ementa de um Recurso Especial analisado pelo Superior Tribunal de Justiça:

As doutrinas de resistência à justiciabilidade dos direitos sociais da afronta ao princípio da separação dos poderes, inexistência de previsão orçamentária e reserva do possível não têm lugar quando em pauta direito fundamental que se relaciona intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana e insere-se no padrão hermenêutico do mínimo existencial, como o direito à saúde, salvo situação excepcional não verificada no caso concreto.⁷²⁹

Afinal, como se manifestou desembargador o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, “Só há Estado democrático de direito se o ‘mínimo existencial’ for garantido às pessoas.”⁷³⁰

4.2.3. Incidência do mínimo existencial nas relações entre particulares

Na análise realizada, várias decisões que versavam sobre o mínimo existencial não tinham no pólo passivo o Estado, e sim um particular. Constatou-se que prestações básicas são exigidas também de indivíduos. Veja-se.

⁷²⁷ **STF garante tratamento odontológico pago pelo município de Palmas (TO) a menor deficiente mental.** Notícia disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98161>> Acesso em: 27 out. 2008.

⁷²⁸ Agravo de Instrumento nº 70011415361, julgado em 13/07/05 pela 7ª Câmara Cível do TJRS, sendo relator o Des. José Carlos Teixeira Giorgis.

⁷²⁹ Recurso Especial nº 816064, decisão monocrática proferida em 04/03/08 pela Min. Denise Arruda, do STJ. DJ de 04/04/08.

⁷³⁰ Mandado de Segurança nº 2008.016126-1/0000-00, julgado em 08/09/08 pela 2ª Seção Cível do TJMS, sendo relator o Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Visando preservar o patrimônio mínimo necessário para a satisfação das necessidades humanas básicas, há decisões impedindo a penhora de valores relativos a salários de empregados. Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região enunciou que “o bloqueio ou a penhora de saldos bancários cria, no que tange aos vencimentos dos servidores e pagamento dos empregados de empresas privadas, riscos de violência ao mínimo existencial, agredindo o princípio da dignidade humana.”⁷³¹

No viés de assegurar recursos financeiros para a subsistência das pessoas, cabe citar a ocorrência de diversas decisões em que o mínimo existencial foi tomado como limite para a penhora ou o bloqueio de contas bancárias em que estavam os vencimentos do executado⁷³².

Também o Tribunal Regional Federal da 5ª Região confirmou decisão no sentido de desbloquear contas bancárias cujos valores servem de sustento para o executado, garantindo, assim, o mínimo existencial⁷³³. Tratava-se de pessoa com mais de oitenta anos, portador de diversas doenças graves (as quais requeriam elevados gastos com assistência médica) e sem fonte de renda fixa.

Destaca-se nos julgados que o bloqueio de contas deve ser efetuado com cautela e observando a razoabilidade, para que não causar gravames dificilmente reparáveis, como o impedimento do pagamento de contas pessoais, o gerenciamento do salário ou até mesmo o impedimento da subsistência do executado. Na dicção dos magistrados, deve-se garantir a subsistência da pessoa, observando o princípio constitucional da dignidade humana, consistente na garantia do mínimo existencial.

⁷³¹ Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.007202-2/RS, julgado em 10/06/08 pela 2ª Turma do TRF da 4ª Região, sendo relator o Des. Fed. Otávio Roberto Pamplona. D.E. de 19/06/08. No mesmo sentido, decidiu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região: “o bloqueio dos salários do agravante, os quais são percebidos como contraprestação à sua atuação como servidor público, a qual já perdura por mais de vinte anos, implica afetação de sua sobrevivência, distanciando-se da garantia do mínimo existencial assegurado pelo art. 1º, III, da Lei Fundamental” (Agravo de Instrumento nº 2006.05.00.008274-4, julgado em 13/03/07 pela 2ª Turma do TRF da 5ª Região, sendo relator o Des. Fed. Edílson Nobre. DJ de 11/04/07, p. 634).

⁷³² Apelação Criminal nº 200735000066601, julgada em 12/08/08 pela 4ª Turma do TRF da 1ª Região, sendo relator o Des. Fed. Ítalo Fioravanti Sabos Mendes. e-DJF1 de 05/09/08, p. 68.

Agravo de Instrumento nº 200804000072022/RS, julgado em 10/06/08 pela 2ª Turma do TRF da 4ª Região, sendo relator o Des. Fed. Otávio Roberto Pamplona. DE de 18/06/08.

Agravo de Instrumento nº 200704000044370/RS, julgado em 29/08/07 pela 2ª Turma do TRF da 4ª Região, sendo relator o Des. Fed. Antonio Albino Ramos de Oliveira. DE de 29/08/07.

⁷³³ Agravo de Instrumento nº 2007.05.00.093680-4, julgado em 06/03/08 pela 1ª Turma do TRF da 5ª Região, sendo relator o Des. Fed. Francisco Cavalcanti. DJ de 14/05/08, p. 299.

Os mesmos argumentos impediram que instituições bancárias debitassem valor superior a 30% sobre os vencimentos líquidos do devedor, em caso de empréstimos com descontos automáticos em conta corrente para amortizar o débito. “Desse modo, preserva-se a eficácia dos contratos de empréstimos bancários celebrados entre as partes, bem como os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.”⁷³⁴ No Estado do Rio de Janeiro, encontrou-se cerca de cento e dezoito decisões com esse teor.

No mesmo passo, dos cem julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que suscitaram a expressão “mínimo existencial”, oitenta e sete versaram sobre a limitação de descontos sobre vencimentos em decorrência de contrato de empréstimo firmado com instituição bancária. Sustenta-se que o super-endividamento do devedor, quando o priva dos recursos mínimos para a sua sobrevivência, ofende sua dignidade.

Se por um lado é certo que a boa-fé objetiva protege a legítima expectativa do contratante em relação ao recebimento do crédito, por outro lado o princípio da dignidade humana protege o consumidor quando a manutenção do contrato inviabilizar o mínimo necessário para sua sobrevivência e de sua família (privação da garantia do mínimo existencial).

Um dos julgados ressaltou que “a pessoa humana possui individualidade, racionalidade, bem como é dotada de sociabilidade, isto é, necessita de convívio em sociedade. Para tanto, necessita de um mínimo de bens/rendimentos necessários para sua sobrevivência de forma digna. Assim, impossível a renúncia a tal direito fundamental, impondo-se a proteção da pessoa”⁷³⁵.

A relatora concluiu que, “com objetivo de garantir as condições existenciais mínimas para uma vida socialmente digna, bem como para proporcionar participação ativa, autônoma, e co-responsável nos destinos da sua própria existência, deve ser assegurada/preservada a fonte de rendimentos do consumidor

⁷³⁴ Apelação Cível nº 2008.001.48760, julgada em 25/09/08 pela 20ª Câmara Cível do TJRJ, sendo relatora a Des.ª Conceição Mousnier. Nos mesmos termos:

Agravo de Instrumento nº 2008.002.28798, julgado em 23/09/08 pela 2ª Câmara Cível do TJRJ, sendo relatora a Des. Leila Mariano.

Agravo de Instrumento nº 2008.002.26104, julgado em 09/09/08 pela 5ª Câmara Cível do TJRJ, sendo relator o Des. Antonio Saldanha Palheiro.

Agravo de Instrumento nº 2008.002.20311, julgado em 20/08/08 pela 14ª Câmara Cível do TJRJ, sendo relator o Des. Cleber Ghelfenstein.

⁷³⁵ Agravo de Instrumento nº 70026758987, julgado em 07/10/08 pela 12ª Câmara Cível do TJRS, sendo relatora a Des.ª Judith dos Santos Mottecy.

(caráter salarial).⁷³⁶ Assim, “A garantia do mínimo existencial não pode ser olvidada [...]. E isso não apenas nas relações do Estado com o cidadão, mas, inclusive, nas relações privadas, mormente em se tratando de relação de consumo.”⁷³⁷

Ainda na seara contratual, faz-se referência a contrato de mútuo para a aquisição de imóvel. Tendo sido constatado que o imóvel possui riscos de desabamento, não se poderia, com o contrato, efetivar o direito fundamental à moradia, relacionado ao mínimo existencial, ou seja, à própria dignidade da pessoa humana. Entendendo haver, no caso, onerosidade excessiva, manteve-se a suspensão dos descontos das prestações em folha de pagamento e a devolução dos valores pagos⁷³⁸.

Aproveitando o tema do direito à moradia, relacionado à garantia do mínimo existencial, lembre-se que a dimensão negativa do direito fundamental à moradia constitui-se na proibição de que se impeça o acesso à moradia ou sua manutenção. Insere-se, neste âmbito, a discussão sobre a (im)possibilidade de penhora do bem de família, uma vez que haveria conflito com a proteção do direito fundamental à moradia. Há decisões em diferentes sentidos, mas não se encontrou referência à expressão “mínimo existencial”.

Relacionado ao tema da proteção da residência do devedor, está a questão da impenhorabilidade de bens que guarnecem o imóvel residencial, eis que necessários para a existência digna do devedor e sua família. Nesse sentido, citem-se decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que foi impedida a penhora de televisão, aparelho de DVD, freezer, forno de microondas e máquinas de lavar roupas e louças, sob o fundamento de preservar o mínimo existencial⁷³⁹. Entendeu-se tratar de bens básicos à satisfação das necessidades mínimas do executado e sua família.

Cite-se também decisão da Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal a respeito da penhora de duas cômodas. O magistrado entendeu serem móveis que guarneciam a residência do executado e

⁷³⁶ Id.

⁷³⁷ Id.

⁷³⁸ Apelação nº 2008.001.21799, julgada em 09/07/08 pela 7ª Câmara Cível do TJRJ, sendo relator o Des. Carlos Eduardo Moreira Silva.

⁷³⁹ Recurso inominado nº 71001263581, julgado em 26/06/07 e Recurso Inominado nº 71001242734, julgado em 19/06/07, ambos apreciados pela 3ª Turma Recursal Cível do TJRS, sendo relator o Des. Eugênio Facchini Neto. Apelação Cível nº 70018524959, julgada em 07/03/07 pela 2ª Câmara Cível do TJRS, sendo relator o Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano.

sua família no mínimo existencial⁷⁴⁰, embora na fundamentação da decisão não tenha sido indicado o que constitui esse núcleo mínimo necessário à existência.

Ainda no âmbito da incidência da garantia do mínimo existencial nas relações particulares, tem-se que uma pessoa pode satisfazer o direito à alimentação de outra mediante o cumprimento da obrigação de alimentos⁷⁴¹.

Cite-se o caso de uma mulher de quarenta e oito anos de idade, dedicada apenas aos afazeres do lar, que solicitou pensão alimentícia de seu cônjuge, de quem estava separada de fato. Ao examinar a situação, desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro salientou a dificuldade atual de inserção profissional da demandante. Considerando que a “lei tutela o direito à sobrevivência, o direito à vida, à educação, à satisfação das necessidades básicas do alimentando”⁷⁴², subsiste a obrigação moral de um cônjuge assistir o outro que comprova não ter condições para seu sustento. Assim, entendeu ser devido o pagamento de quantia para garantir o mínimo existencial da demandante, até que obtenha colocação profissional que lhe garanta a subsistência.

Apesar de se defender primordialmente a preservação do mínimo existencial daquele que recebe alimentos, houve um julgado em que se afirmou que o valor da pensão deve permitir que o devedor sobreviva com dignidade.

Na hipótese examinada, com o reajuste acatado pelo juiz de primeira instância, o devedor contava com menos de um salário mínimo para prover sua própria subsistência. Tratava-se, portanto, de hipótese em que não foi resguardado ao devedor o mínimo necessário à satisfação de suas necessidades vitais básicas

⁷⁴⁰ Acórdão nº 276254, proferido em 19/06/07 pela Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal, sendo relator o Des. Alfeu Machado. DJU de 10/07/07, p. 131.

⁷⁴¹ Ressalte-se que a Constituição Federal atribuiu grande importância ao cumprimento da obrigação de alimentos, permitindo a prisão civil daquele que a descumprir voluntária e injustificadamente (art. 5º, inc. LXVII, da CF). Revela-se a preocupação em satisfazer a necessidade humana de alimentar-se. Quanto ao tema, Marcos Maselli Gouvêa traz a interessante (e questionável) afirmação da possibilidade de prisão civil do devedor de prestações relativas ao mínimo existencial. A Constituição permite a prisão civil pelo descumprimento voluntário e inescusável de dívida de alimentos. Assim, considera-se razoável restringir a liberdade do devedor para priorizar prestação alimentar, essencial à existência humana digna. Para o autor, há de se interpretar de maneira ampla o que se considera obrigação alimentícia, considerando a noção de mínimo existencial. “Ora, por mínimo existencial entende-se, precisamente, o espectro dos direitos sociais singularizado por seu conteúdo alimentar. Quando a ação judicial versa [sobre] prestação abrangida pelo mínimo existencial (como ocorre no fornecimento de remédios de caráter essencial), acha-se preenchido o requisito constitucionalmente exigido para a validade da medida coercitiva de prisão civil” (GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **A eficácia dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 245-246).

⁷⁴² Apelação nº 2008.001.12141, julgada em 10/06/08 pela 15ª Câmara Cível do TJRJ, sendo relatora a Des.^a Helda Lima Meireles.

(referência ao art. 7º, inc. IV, da CF) – o mínimo existencial. No dever de prestar alimentos, não é apenas a sobrevivência digna do credor que está em jogo⁷⁴³.

Para colorir um pouco mais o posicionamento acerca da eficácia horizontal dos direitos relacionados ao mínimo existencial, cabe fazer breve alusão ao setor que mais tem merecido repercussão – a prestação privada de serviços de saúde. Os particulares que contratam planos de saúde têm direito a receber o tratamento necessário para que sua vida e dignidade não sejam expostas a perigo, ainda que a prestação de tal tratamento não esteja prevista no contrato firmado entre as partes. No campo da assistência privada à saúde, por se tratar de serviço essencial, a autonomia privada deve conviver com a garantia de um mínimo existencial⁷⁴⁴.

Nesse sentido, no Recurso Especial nº 466.667/SP⁷⁴⁵, entendeu-se que a aplicação de cláusula de carência estabelecida em contrato de prestação de saúde merece temperamento frente à ocorrência de circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento emergencial de doença grave que, se não prestado a tempo, tornará inócuo o próprio fim do pacto celebrado – a manutenção da vida.

No âmbito estadual, o Tribunal de Justiça do Paraná decidiu que a cláusula que restringe a cobertura da internação hospitalar decorrente de emergência é abusiva e nula, pois não resguarda a vida e a integridade física do contratante-aderente⁷⁴⁶. Também concluiu que, configurada situação de risco à vida, deve ser afastada a cláusula que limita o número de sessões de radioterapia⁷⁴⁷.

Em outra oportunidade, sob o fundamento de que a interrupção do tratamento médico colocaria a vida do paciente em risco, declarou abusiva a cláusula que limitava o período de internação. No mesmo caso concreto, entendeu ferir o princípio da razoabilidade a exclusão de procedimento essencial (alimentação especial) ao tratamento de doença assegurada pelo plano de saúde⁷⁴⁸.

⁷⁴³ Apelação Cível nº 12069000375, julgada em 27/02/07 pela 4ª Câmara Cível do TJES, sendo relatora a Des. Catharina Maria Novaes Barcellos. DJ de 20/04/07.

⁷⁴⁴ Apelação nº 2008.001.55428, julgada em 08/10/08 pela 2ª Câmara Cível do TJRJ, sendo relator o Des. Maurício Caldas Lopes.

⁷⁴⁵ Recurso Especial nº 466667/SP, julgado em 27/11/07 pela 4ª Turma do STJ, sendo relator o Min. Aldir Passarinho. DJ de 17/09/07, p. 174.

⁷⁴⁶ Acórdão nº 7905, proferido em 13/03/08 pela 9ª Câmara Cível do TJPR, sendo relator o Juiz Sérgio Luiz Patitucci. DJ nº 7597 de 18/04/08.

⁷⁴⁷ Acórdão nº 8923, proferido em 17/01/08 pela 10ª Câmara Cível do TJPR, sendo relator o Des. Nilson Mizuta. DJ nº 7553, de 15/02/08.

⁷⁴⁸ Acórdão nº 4360, proferido em 23/08/06 pela 10ª Câmara Cível do TJPR, sendo relator o Des. Luiz Lopes. DJ nº 7191 de 25/08/06.

Cite-se, ainda, medida ajuizada contra a Caixa de Assistência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro, pleiteando o custeio de colocação de placa em bacia, essencial a tratamento cirúrgico. O pedido foi julgado procedente e a CAA-RJ interpôs apelação.

Na fundamentação do acórdão, cogitou-se que “a expansão da proteção dos direitos humanos configura-se pela garantia do mínimo existencial (saúde, educação, acesso à justiça e vida), não havendo falar em contrato ou relação jurídica que não deva respeito a esse mínimo, devendo amoldar-se à dignidade da pessoa humana, que não pode ser restringida nem violada.”⁷⁴⁹ Foi explicitado o efeito irradiante do mínimo existencial.

Assim, o relator entendeu que “o contrato de assistência médico-hospitalar, firmado entre as partes, deve primar pela boa-fé, que é imperativa de conduta, abrangendo respeito, lealdade, cuidado com a integridade física e moral, preservando-se a dignidade humana, a saúde, a segurança e a proteção dos interesses econômicos do consumidor”⁷⁵⁰.

Em apelação julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, interessante argumentação foi tecida. Tratava-se de paciente acometido de moléstia grave, com necessidade de assistência médica constante e em nível nacional. O relator, então, examinou a questão dos contratos de saúde cativos, de longa duração, que vinculam contratante, contratado e beneficiários por longo tempo⁷⁵¹ e assim se expressou:

O Estado liberal de antes, preocupado apenas em proteger o indivíduo isoladamente considerado e sua propriedade, cede espaço ao estado social interventor e provedor de tudo e de todos, e este, por sua vez, a um modelo intermédio, de um estado regulador, que intervém nas relações privadas quando necessário a assegurar a satisfação das necessidades básicas – mínimo existencial – em ordem a

⁷⁴⁹ Apelação Cível nº 2004.51.01.490136-8, julgada em 02/06/08 pela 6ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, sendo relator o Des. Fed. Benedito Gonçalves.

⁷⁵⁰ Id.

⁷⁵¹ Cláudia Lima Marques defende a importância de, nas relações contratuais (especificamente planos de saúde e planos funerários), ser concedida maior proteção aos direitos fundamentais das pessoas idosas. Os idosos são vulneráveis, tanto fisicamente, quanto na condição de consumidores. Considerando que tais contratos são de longa duração, defende a implantação de “ações afirmativas” no sentido de priorizar a manutenção do vínculo, afastar cláusulas-barreira, prestar informações claras quanto aos reajustes em cada faixa etária, dentre outras alternativas que protejam a expectativa depositada por essa especial classe de contratantes. Cf. MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ‘ações afirmativas’ em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 185-222.

implementar uma sociedade mais livre, justa e solidária. A intervenção nos contratos é gradual e proporcional ao relevo das necessidades humanas postas em jogo e são alcançados em cheio por políticas intervencionistas aqueles contratos que põem em jogo as condições mínimas de bem-estar dos contratantes. Ao contrário, contratos que não interfiram sobre essas condições mínimas, são regidas por uma disciplina menos intervencionista, sendo aí ampliada a liberdade de contratar. Assim, os contratos que envolvam a aquisição de bens ou serviços considerados essenciais, se sujeitam a um regime tutelar próprio que vai buscar sua justificativa na necessidade de proteção da parte mais vulnerável, em atenção ao princípio da igualdade material, ou factual que, nas palavras de Alexy, se constitui, *ultima ratio*, em autêntico pressuposto da liberdade efetiva que a todos assiste em decorrência da singela condição de ser e devir, e que a lei constitucional consagra com as galas de princípio estruturante do próprio Estado de Direito Democrático, comprometido não só com o respeito, mas com a proteção, promoção e desenvolvimento dos direitos fundamentais.⁷⁵²

Trazendo uma pitada de direito comparado com foco na proteção da terceira idade, entendida como grupo vulnerável, Rodolfo Arango traz exemplo de eficácia do “mínimo vital” na relação entre particulares.

Com fundamento nos princípios da dignidade humana, solidariedade e equidade, foi ordenado o pagamento temporário de um salário mínimo mensal a título de pensão para pessoa da terceira idade a quem, depois de trabalhar durante anos no serviço doméstico de uma família, foi negado o direito à aposentadoria. O salário visava à satisfação das necessidades básicas da pessoa durante o trâmite de processo trabalhista pelo rito ordinário. “O direito ao mínimo vital cumpre assim a função de impedir grande injustiça nas relações privadas, de forma que os direitos fundamentais também tenham efeitos horizontais em relação aos particulares.”⁷⁵³

Relacionada a condições de bem-estar, refira-se a pedido estampado em ação civil pública para que as agências bancárias do Rio de Janeiro instalassem sanitários públicos e bebedouros, para atender às necessidades dos consumidores. O Tribunal de Justiça do Estado, analisando o tema e conferindo-lhe interpretação ampliativa, confirmou a liminar deferida, sustentando que sanitários públicos e bebedouros representam o mínimo existencial, salvaguardando a dignidade humana, preceito de ordem constitucional⁷⁵⁴.

⁷⁵² Apelação nº 2008.001.29567, julgada em 18/06/08 pela 2ª Câmara Cível do TJRJ, sendo relator o Min. Maurício Caldas Lopes.

⁷⁵³ ARANGO, Rodolfo. **La jurisdicción social de la tutela en Colombia**. Disponível em: <<http://www.cedha.org.ar/docs/doc154-spa.doc>> Acesso em: 28 jul. 2008. Tradução livre.

⁷⁵⁴ Agravo de Instrumento nº 2006.002.24080, julgado em 21/11/06 pela 4ª Câmara Cível do TJRJ, sendo relator o Des. Reinaldo P. Alberto Filho.

Pelas decisões examinadas, tem-se que, para o Judiciário brasileiro, os particulares estão vinculados aos direitos relacionados ao mínimo existencial.

Fazendo um balanço deste capítulo, pode-se constatar que a exposição do posicionamento de direito comparado, ao início, permitiu notar aspectos relevantes dos julgados brasileiros sobre o mínimo existencial.

Assim como na Colômbia, o mínimo existencial no Brasil recebe tratamento “anfíbio”, sendo tomado ora como direito fundamental autônomo (garantia do mínimo existencial) ora como o conteúdo material protegido (condições materiais em jogo). Também aqui falta desenvolvimento conceitual e metodológico, embora os julgados explicitem a preocupação com a valorização do ser humano.

Conforme as decisões analisadas, observou-se ser admitida a eficácia horizontal do mínimo existencial, tal como visto nos julgados colombianos. Ainda, viu-se a proteção defensiva do mínimo existencial, face que tem sido bastante desenvolvida na jurisprudência alemã. O Brasil aproxima-se também de Portugal ao repousar o mínimo existencial no princípio da dignidade, o que contribui para que a discussão permaneça em campo vago e impreciso. Da África do Sul, os magistrados nacionais podem apreender a preocupação em desenvolver um ativismo equilibrado quanto à dimensão prestacional dos direitos fundamentais. Lembrando sempre de interpretar a vida humana em sua riqueza e integralidade, como faz a Corte Constitucional indiana.

Os julgados brasileiros sobre o mínimo existencial mostram que o tema aparece em vários ramos do direito. Educação (creche, pré-escola e ensino fundamental), prestações básicas de saúde, proteção e promoção da moradia, rendimentos financeiros mínimos, assistência judiciária e segurança pública foram elementos recorrentes ao se versar sobre o conteúdo do mínimo existencial.

É de se notar, entretanto, a diversidade no tratamento conferido ao mínimo existencial pelos tribunais. A definição do que se insere ou não no conjunto de prestações mínimas e como o julgador lida com a configuração dos bens e serviços básicos são questões latentes. Cabe, então, problematizar o tratamento atribuído pelo Judiciário ao mínimo existencial. Eis o mote do capítulo seguinte.

5 OBSERVAÇÕES SOBRE OS JULGADOS BRASILEIROS A RESPEITO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Visto o tratamento atribuído pelo Judiciário brasileiro ao mínimo existencial, pode-se, a partir dos elementos expostos nos capítulos anteriores, fazer observações, lançando um olhar crítico a respeito dessa atuação judicial.

Inicialmente, interessa tecer breves considerações sobre a distribuição geográfica das decisões brasileiras que versaram sobre o mínimo existencial.

Constatou-se que regiões com melhores índices de desenvolvimento apresentaram maior número de questões judiciais envolvendo prestação ligada ao mínimo existencial. Certamente tal fator relaciona-se com a concentração demográfica. Todavia, não se pode deixar de notar que (i) quem mais necessita (regiões menos favorecidas) não recorre ao Judiciário para ver protegido seu mínimo existencial e (ii) mesmo nas regiões com melhores índices de desenvolvimento persistem bolsões de necessidades insatisfeitas.

A falta de condições materiais para uma vida digna foi revelada já no primeiro capítulo, com dados estatísticos referentes à realidade brasileira. Cabe trazer nota sobre o acesso à justiça, e para tanto se suscitam os estudos de Boaventura de Sousa Santos⁷⁵⁵.

O autor afirma que a distância entre os cidadãos e a administração da justiça – que é maior quanto mais baixo o estrato social a que pertencem – tem como causas não apenas fatores econômicos (custas, emolumentos e honorários), mas também sociais e culturais (sem negar a relação existente entre esses fatores e os econômicos).

Os cidadãos de recursos escassos conhecem pouco seus direitos. Dificilmente compreendem os problemas que vivem em seu cotidiano como problemas jurídicos, por ignorarem ou os direitos presentes no caso ou a possibilidade de serem reparadas juridicamente determinadas situações.

Mesmo que esses cidadãos reconheçam um problema como jurídico, ou seja, como violação de um direito que lhes é assegurado, muitas vezes hesitam em recorrer ao Judiciário para buscar reparação. Quanto pior a condição sócio-

⁷⁵⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In: _____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 170.

econômica da pessoa cujo direito foi violado, menor é a probabilidade de que interponha uma medida judicial. Boaventura afirma que tal comportamento explica-se por duas razões: ou as experiências anteriores com a justiça foram frustrantes e/ou há o temor de represálias (nas relações sociais, empregatícias e até familiares, por exemplo) caso se recorra ao Judiciário.

Ainda, na hipótese de os cidadãos de poucos recursos compreenderem um problema como jurídico e desejarem resolvê-lo mediante pronunciamento jurisdicional, permanecerá a distância entre as pessoas e a administração da justiça caso nenhuma iniciativa seja de fato tomada. É que, como explica o estudioso, “Quanto mais baixo é o estrato sócio-econômico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde, como e quando pode contactar o advogado e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais.”⁷⁵⁶

De fato o acesso à justiça é ainda um elemento que merece atenção e ação. Feita essa referência, volte-se o olhar aos casos que efetivamente foram levados ao Judiciário, cujas decisões foram referidas no capítulo anterior. Considerando os elementos reunidos até aqui, problematize-se o tratamento jurisprudencial atribuído ao mínimo existencial (sem intenção de esgotar as observações, certamente).

5.1 RELEVÂNCIA DA NOÇÃO

No primeiro capítulo, foi trazida a justificativa para tratar do mínimo existencial no Brasil. Em linhas gerais, a noção tem relevância para o direito brasileiro porque (i) reforça a proteção e realização dos direitos fundamentais, principalmente daqueles cuja dimensão prestacional prepondera, contornando muitos obstáculos colocados à efetivação dessas normas (redação imprecisa, caráter marcadamente principiológico, atuação judicial frente a políticas públicas e alocação de recursos públicos). Também (ii) possibilita que a existência seja preservada independentemente de positivação expressa de determinado direito, (iii) serve de parâmetro para os comportamentos tanto do Estado quando da sociedade em geral e (iv) densifica o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁷⁵⁶ Id.

Os julgados trazidos à colação comprovaram que realmente o mínimo existencial tem sido suscitado para contornar os óbices opostos à concretização dos direitos básicos, o que reforça a relevância do debate no cenário brasileiro.

As decisões examinadas conferiram efetividade às normas constitucionais, enunciando direitos sindicáveis desde logo. Na seara da saúde, observaram-se posturas diversas. Tanto foram vistos julgados reconhecendo aplicabilidade plena e imediata ao direito previsto no artigo 196 da Constituição, quanto outros que remeteram à necessidade de interposição legislativa para conceder o direito (exemplos desse último posicionamento são as decisões que deixaram de fornecer aparelho auditivo ou tratamento de fertilização por não haver previsão legal que sustentasse a pretensão).

Os julgadores sustentaram que, quando estão em jogo as condições mínimas para a existência humana, pode-se cogitar um direito subjetivo ao mínimo existencial (seguindo a linha das conclusões de Robert Alexy e Ingo Sarlet, por exemplo).

Nesse passo, cite-se decisão proferida pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que foram utilizadas as lições de Sarlet para afirmar a fundamentalidade dos direitos sociais. No julgado, afirmou-se que, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, os direitos fundamentais são dotados de eficácia imediata, restando apenas delimitar sua extensão.

Reforçou-se que, no tocante ao mínimo existencial, não cabe sustentar a necessidade de *interpositio legislatoris* para que a norma de direito fundamental prestacional produza efeitos, tratando-se de verdadeiro direito subjetivo. Nesse particular, foram trazidas as palavras de Canotilho para fundamentar a incidência do princípio da máxima efetividade da Constituição⁷⁵⁷.

Então, quando reconhecido que determinado direito integra o mínimo existencial, os julgadores frisaram estar-se diante de direito subjetivo, não aceitando que se alegasse a ilegitimidade da atuação judicial ou a ausência de recursos para efetivar as prestações estatais requeridas.

Como observado nos julgados trazidos no capítulo anterior, não são raras as oportunidades em que os direitos a prestações positivas não são efetivados justamente sob o fundamento de que exigem aporte de recursos. É nesse sentido

⁷⁵⁷ Recurso Especial nº 811608/RS, julgado em 15/05/07 pela 1ª Turma do STJ, sendo relator o Min. Luiz Fux. DJ de 04/06/07, p. 314.

que se remete ao princípio da reserva do possível, explicado por Ana Paula de Barcellos:

A expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Novamente: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.⁷⁵⁸

Contudo, este principal argumento apostado à concretização das prestações fundamentais assenta-se no pressuposto de que apenas a dimensão prestacional dos direitos requer investimentos estatais. Para demonstrar que inclusive a garantia das liberdades exige despesas, Stephen Holmes e Cass Sunstein tratam da teoria do custo dos direitos⁷⁵⁹.

Diagnosticam que se parece “facilmente esquecer que os direitos e as liberdades individuais dependem fundamentalmente de ação estatal vigorosa”⁷⁶⁰. Ou seja, inclusive os direitos de defesa ou as ações negativas demandam dispêndio de recursos públicos, caso contrário os cidadãos não poderiam usufruir a propriedade privada ou qualquer outro direito individual da forma como o fazem.

Verifica-se, portanto, que os direitos de defesa ou direitos a ações negativas pressupõem, tanto quanto os direitos prestacionais, cooperação social e financiamento governamental⁷⁶¹. Holmes e Sunstein demonstram que todos os direitos envolvem prestações positivas – “todos os direitos são direitos positivos”⁷⁶². De fato, o que se apresenta quando se discute quais direitos efetivar é uma questão de prioridades.

Na definição das prioridades, sobressai o dever de garantir o mínimo existencial⁷⁶³. Assim, o argumento da reserva do financeiramente possível⁷⁶⁴ não

⁷⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 261-262.

⁷⁵⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 14. Tradução livre.

⁷⁶¹ *Id.*

⁷⁶² *Ibid.*, p. 48. Tradução livre.

⁷⁶³ Conforme Maselli, “o que resta da auto-aplicabilidade [dos direitos fundamentais], quando cotejada com o condicionamento representado pela reserva do possível, é o predicado de prioridade.

pode frustrar a concretização dos direitos básicos à existência humana digna. Por uma questão de prioridade, responsabilidade⁷⁶⁵ e razoabilidade, interessa antes proteger a existência do ser humano.

Sem viver com um mínimo de condições dignas, a pessoa não é livre para fazer escolhas. Sem autonomia pessoal, não há autonomia pública, pois só pode participar dos projetos da coletividade aquele que tem possibilidade de definir seus próprios rumos.

Diversos autores que estudam o tema da reserva do possível convergem em afirmar que tal argumento não se opõe aos elementos integrantes da noção de mínimo existencial⁷⁶⁶. Nesse sentido, o mínimo existencial constitui um limite à reserva do possível⁷⁶⁷.

Assim, quando a Administração deixa de realizar determinado direito, mas efetua outras prestações, torna-se possível cotejar estas alocações de recursos, de modo a aferir se há título de prioridade em favor da prestação que se deixou de realizar” (GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 249-250). “A prioridade do mínimo existencial impõe-se não só por sua precedência deontológica em relação a outras prestações do Estado, resíduo possível da auto-aplicabilidade característica dos direitos fundamentais, mas por uma questão de ordem prática, propriamente temporal. O mínimo existencial, quando indispensável para a sobrevivência do indivíduo, reveste-se normalmente de urgência, já que a prestação tardia pode acarretar a morte da pessoa” (Ibid., p. 250).

⁷⁶⁴ Cabe mencionar a distinção doutrinária entre reserva do possível fática e jurídica. “A doutrina denomina **reserva do possível fática** a este contingenciamento financeiro a que se encontram submetidos os direitos prestacionais. Muitas vezes, os recursos financeiros até existem, porém não há previsão orçamentária que os destine à consecução daquele interesse, ou licitação que legitime a aquisição de determinado insumo: é o que se denomina **reserva do possível jurídica**” (GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 217). Para os fins deste estudo, interessa a questão genérica ou global (tanto fática quanto jurídica) da escassez de recursos para atender aos direitos prestacionais. Deste modo, será utilizada genericamente a expressão “reserva do possível”.

⁷⁶⁵ “Em verdade, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação democrática e responsável a respeito de sua destinação, especialmente de forma a que sejam atendidas satisfatoriamente todas as rubricas do orçamento público, destacando-se aquelas que dizem com a realização dos direitos fundamentais e da própria justiça social” (SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso de Albuquerque (Dir.). **Arquivos de direitos humanos**, n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 188).

⁷⁶⁶ Para Robert Alexy, quando se trata de direitos relacionados ao mínimo existencial, a alegação de outros princípios, como a separação dos poderes e a reserva orçamentária, não pode prevalecer (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 512). No mesmo sentido: SARLET, **O direito fundamental à moradia...**, p. 185-186; GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: _____. **A efetividade dos direitos sociais...**, p. 190-194. FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 870. Ana Carolina Lopes Olsen afirma que “em relação ao mínimo existencial não se vislumbra a possibilidade de a escassez artificial de recursos ser alegada em contraposição às prestações materiais necessárias à sobrevivência com dignidade. Não, ao menos, em um Estado Democrático de Direito como o delineado pela Constituição de 1988” (OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A**

Nos julgados examinados, seguiu-se a orientação ora defendida, de quando se trata do mínimo existencial, não cabe alegar a falta de recursos. Os magistrados mostram-se sensíveis ao tema.

A reserva do possível abre os olhos para a prudência; todavia, não pode obstaculizar a efetivação de direitos essenciais à existência digna⁷⁶⁸. No sopesamento entre a imprescindibilidade de um direito e seu custo, a solução deve ser, quando se trata de prestação que integra o mínimo existencial, a inoponibilidade de escusas. Sem condições de sobrevivência digna, não há sujeito de direito e, conseqüentemente, razão de ser do ordenamento jurídico.

Percebe-se que o mínimo existencial tem servido para que sejam proporcionados, ao menos, os recursos básicos para uma vida com dignidade para aquele que recorre ao Judiciário. Aliás, lembre-se que uma das justificativas para o estudo do mínimo existencial no Brasil é tornar mais concreto (ou menos abstrato) o princípio da dignidade da pessoa humana.

5.2 RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Ao lado da reserva do possível, outras questões polêmicas foram suscitadas nos julgados examinados no capítulo anterior. Observou-se, por exemplo, haver decisões que versaram sobre a exigência de prestações relacionadas ao mínimo

eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. Curitiba, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 356). Gustavo Amaral, que realizou interessante estudo sobre a escassez de recursos no campo dos direitos fundamentais, chegou à conclusão de que quanto mais essencial for a prestação (mais próxima do mínimo existencial), mais forte será o dever de o Estado satisfazê-la e mais consistente deve ser a argumentação caso se defenda que o Estado não deve atender à pretensão. Cf. AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha:** em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 216. Cármen Lúcia Antunes Rocha admite a possibilidade de faltar recursos para suprir até mesmo o mínimo existencial. Nesses casos, segundo a autora, poderá o cidadão que vê sua vida ameaçada encontrar guarida individual junto ao Poder Judiciário (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, jan./jun. 2005. p. 454). Todavia, torna-se difícil que falte recurso para garantir o mínimo existencial, tendo em vista que o PIB brasileiro em 2007 atingiu a cifra de U\$ 1,310 trilhão. Por fim, cabe a advertência de Ricardo Lobo Torres: não é porque a reserva do possível não pode impedir a realização do mínimo existencial que não deve ser observado o princípio da reserva do orçamento. “A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam o orçamento” (TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V:** o orçamento na Constituição. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 409).

⁷⁶⁷ OLSEN, op. cit., p. 361.

⁷⁶⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano II, n. 8, jul./set. 2003. p. 160. O autor defende que a reserva do possível não pode chegar ao mínimo existencial.

existencial frente a particulares. Assim, é interessante trazer algumas reflexões sobre a vinculação dos particulares ao mínimo existencial.

A pergunta inicial é no sentido de “ser ou não ser” o mínimo existencial obrigatoriamente observado e cumprido pelas pessoas privadas (físicas ou jurídicas) quando estabelecem relações jurídicas entre si.

Cogitam-se cinco grandes linhas de respostas para o relacionamento entre direitos fundamentais e relações interprivadas⁷⁶⁹. (i) A primeira é formada por teorias negativas, que, por influência do pensamento liberal, rejeitam a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares. (ii) A segunda é a teoria da eficácia indireta ou mediata, segundo a qual os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares indiretamente, por meio das normas e institutos de direito privado, não *ex constitutione*. Os efeitos estão condicionados à mediação concretizadora do legislador e do julgador. Assim, os direitos fundamentais incidem nas relações interprivadas como normas objetivas de princípio, e não como direitos subjetivos⁷⁷⁰.

(iii) Em sentido contrário, no esteio da teoria da eficácia direta e imediata, as normas de direitos fundamentais são compreendidas como direitos subjetivos

⁷⁶⁹ Para explicação mais detalhada das teorias, conferir: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 226-266. STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 135-184.

⁷⁷⁰ STEINMETZ (op. cit., p. 136-138) sintetiza muito bem o núcleo da teoria da eficácia mediata: “(i) as normas de direitos fundamentais produzem efeitos (eficácia) nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado (direito civil, direito do trabalho, direito comercial), isto é, no caso concreto, a interpretação-aplicação de normas de direitos fundamentais não se processa *ex constitutione*, mas é operada e modulada *mediatamente* pelas (através de) normas e pelos parâmetros dogmáticos hermenêutico-aplicativos do direito privado; (ii) a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em segundo plano; (iii) ao legislador cabe o desenvolvimento ‘concretizante’ dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares; (iv) ao juiz e aos tribunais, ante o caso concreto e na ausência de desenvolvimento legislativo específico, compete dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado (interpretação conforme aos direitos fundamentais), sobretudo daqueles textos que contêm cláusulas gerais (e.g., ordem pública, bons costumes, boa-fé, moral, abuso de direito, finalidade social do direito), isto é, devem fazer uso das cláusulas gerais, interpretando-as e aplicando-as em conformidade (‘preenchidas’, ‘informadas’, ‘influídas’) com os valores objetivos da comunidade que servem de fundamento às normas de direitos fundamentais ou com os valores que defluem dessas normas. [...] Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não incidem nas relações entre particulares como direitos subjetivos constitucionais, mas como normas objetivas de princípio”.

constitucionais, conferindo a seu titular posição jurídica oponível aos demais particulares, independentemente de haver regulamentação legislativa⁷⁷¹.

Alude-se, ainda, (iv) às teorias que reduzem a discussão à doutrina dos deveres estatais de proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares está sustentada no dever do Estado de proteger os titulares contra lesões e ameaças oriundas de terceiros – além do dever de abster-se de violar os direitos fundamentais. Por fim, (v) há um grupo formado por teorias alternativas ou mistas, propondo soluções diferenciadas para a problemática.

A fim de construir uma resposta adequada, busca-se apoio no caráter duplo dos direitos fundamentais: por um lado, são direitos subjetivos individuais; por outro, são elementos fundamentais da ordem objetiva da comunidade⁷⁷². A dimensão objetiva diz respeito à constatação de que as normas de direitos fundamentais são decisões valorativas da Constituição⁷⁷³.

Dessa perspectiva decorrem efeitos importantes. Um deles é a denominada eficácia irradiante, significando que “os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a

⁷⁷¹ Ibid., p. 168-169.

⁷⁷² HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 228. Importa ressaltar que a dupla dimensão também caracteriza a garantia do mínimo existencial. O mínimo existencial, seja considerado como direito fundamental autônomo ou conjunto de direitos fundamentais, possui também uma dimensão objetiva. Ainda, o mínimo existencial envolve além de “uma dimensão jurídico-objetiva vinculativa de todos os órgãos estatais (impondo, por exemplo, deveres gerais e específicos de proteção) todo um complexo heterogêneo de posições subjetivas negativas (defensivas) e positivas (prestacionais) expressas e/ou implícitas” (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 16, n. 61, jan./mar. 2007, p. 107).

⁷⁷³ A dimensão objetiva dos direitos fundamentais teve como marco o julgamento do caso Lüth pela Corte Constitucional Alemã em 1958. “Tratava-se de discussão relativa à legitimidade de um boicote contra um filme dirigido pelo cineasta Veti Harlan, de passado nazista, organizado pelo presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, em 1950. A produtora e a distribuidora do filme insurgiram-se contra o boicote e obtiveram decisão injuntiva da Justiça Estadual de Hamburgo, determinando a sua cessação, com base no art. 826 do Código Civil alemão, segundo o qual ‘quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano’. Irresignado com o julgamento, Lüth interpôs queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) para o Tribunal Constitucional. Este acolheu o recurso, fundamentando-se no entendimento de que cláusulas gerais de direito privado, como os ‘bons costumes’ referidos no art. 826 do BGB, têm de ser interpretadas ao lume da ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo” (SARMENTO, op. cit., p. 141). Na decisão da Corte, restou expresso que a Lei Fundamental estabelece uma ordem objetiva de valores por meio dos direitos fundamentais.

interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário.”⁷⁷⁴

Atrelada ao efeito irradiante, também como decorrência da dimensão objetiva, está a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (eficácia horizontal). Reconhecendo que os direitos fundamentais expressam os valores mais relevantes para uma comunidade, passam a ser não apenas preocupação do Estado, mas de toda a sociedade⁷⁷⁵.

A conclusão deriva ainda do princípio da supremacia da Constituição: a *Lex Maior* é fonte direta e imediata dos direitos fundamentais, que incidem sobre as relações jurídicas interprivadas independentemente de qualquer mediação. Pelo princípio da unidade material do ordenamento jurídico, tem-se que os direitos fundamentais unificam o sistema; logo, incidem também sobre as relações particulares.

Pode-se encontrar mais uma justificativa ainda no princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF)⁷⁷⁶, pelo qual essa categoria de direitos tem força especial e deve ser tomada a sério, o que torna necessária a sua vinculação aos particulares. Cabe mencionar igualmente o princípio da solidariedade, pois não é solidária uma sociedade em que os direitos fundamentais não são respeitados pelos particulares nas relações entre si.

Refira-se, ainda, à indispensabilidade da extensão dos direitos fundamentais às relações privadas em um contexto de uma sociedade desigual e excludente⁷⁷⁷,

⁷⁷⁴ Ibid., p. 155.

⁷⁷⁵ Ibid., p. 134-135.

⁷⁷⁶ A aplicabilidade imediata, estampada no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, diz respeito à possibilidade de a norma ter alguma aplicação direta, independentemente de intermediação legislativa. Todas as normas de direitos fundamentais (constantes ou não do catálogo do art. 5º), tanto da Carta como dos tratados internacionais, têm aplicabilidade imediata, ainda que em diferentes graus. Assim, a melhor maneira de interpretar o § 1º, para Sarlet, é considerá-lo como um princípio, um mandado de maximização “que estabelece para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais” (SARLET, **O direito fundamental à moradia...**, p. 169). Apenas com o exame prudente da hipótese em concreto determinar-se-á o *quantum* de aplicabilidade e eficácia é possível atribuir ao direito, mas o § 1º funciona como uma presunção em favor da aplicabilidade e plena eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Essa aplicabilidade refere-se não apenas às relações com o Estado, mas também entre particulares.

⁷⁷⁷ Ingo Sarlet afirma que “O fato é que justamente o avanço da globalização e o impacto de seus efeitos colaterais de cunho negativo, como é o caso do incremento dos níveis de exclusão social e de opressão por parte dos poderes sociais, cuja influência tem crescido vertiginosamente na mesma proporção em que o Estado se demite ou é demitido de suas funções regulatórias e fiscalizatórias, mediante a fragilização de sua capacidade de atuar efetivamente na proteção e promoção dos direitos fundamentais, revela o quão atual é a discussão em torno da eficácia social da

em que não apenas o Estado, mas também os atores privados (mercado, família, sociedade civil e empresa por exemplo) podem oprimir o indivíduo⁷⁷⁸.

Considerando os aspectos enunciados, tem-se que os direitos fundamentais, originalmente pensados como direitos que têm como destinatário o Estado, produzem efeitos também nas relações entre particulares.

Os debates freqüentemente limitam-se à dimensão negativa dos direitos. Quando se trata da dimensão prestacional, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas gera substanciais questionamentos.

Sarmiento afirma haver várias razões para justificar que os particulares têm algum dever de garantir os direitos sociais:

Em primeiro lugar, porque as relações privadas, que se desenvolvem sob o pálio da Constituição, não estão isentas da incidência dos valores constitucionais, que impõem sua conformação a parâmetros materiais de justiça, nos quais desponta a idéia de solidariedade. Além disto, diante da decantada crise de financiamento do *Welfare State*, que o impede de atender a todas as demandas sociais relevantes, é importante encontrar outros co-responsáveis que – sem exclusão da obrigação primária do Estado –, possam contribuir para amenizar o dramático quadro de miséria hoje existente, assumindo tarefas ligadas à garantia de condições mínimas para os excluídos, não já, agora, por caridade ou filantropia, mas no cumprimento de deveres juridicamente exigíveis.⁷⁷⁹

Aponta diversos momentos em que o texto constitucional de 1988 acena para a co-responsabilidade dos particulares em relação à efetivação também dos direitos sociais:

Constituição e dos direitos fundamentais para além das relações entre o Estado e os particulares” (SARLET, **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado...**, p. 93-94).

⁷⁷⁸ SARMENTO, op. cit., p. 223. Considerando que os direitos fundamentais visam a proteger o indivíduo frente ao poder, cabe afirmar que o poder não é exercido apenas pelo Estado, e sim se encontra espalhado nos mais diferentes elementos da sociedade, como nas famílias, nas empresas, nas relações de consumo, nas instituições de ensino, nas instituições religiosas, etc. Os direitos fundamentais também devem servir para proteger o indivíduo frente a essas malhas de poder. Nesse sentido, resgata-se a lição de Michel Foucault: “A análise em termos de poder não deve postular, como dados iniciais, a soberania do Estado, a forma da lei ou a unidade global de uma dominação; estas são apenas e, antes de mais nada, suas formas terminais. (FOUCAULT, Michel. **A vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1993. p. 88). Foucault revela o deslocamento analítico do poder, enfatizando não somente o poder soberano, mas o poder exercido enquanto relação, no espaço difuso da teia da vida. Noticia que na época clássica desenvolveram-se rapidamente “disciplinas diversas – escolas, colégios, casernas, ateliês; aparecimento, também, no terreno das práticas políticas e observações econômicas, dos problemas de natalidade, longevidade, saúde pública, habitação e migração; explosão, portanto, de técnicas diversas e numerosas para obterem a sujeição dos corpos e o controle das populações. Abre-se, assim, a era de um ‘bio-poder’” (FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1: vontade de saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1998. p. 152).

⁷⁷⁹ SARMENTO, op. cit., p. 337-338.

[...] no art. 194, estabeleceu o constituinte que a “seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Já o artigo 205 da Lei Maior dispõe que a educação é “um direito de todos e dever do Estado e da família”, determinando que ela deve ser “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”. Neste mesmo diapasão, o art. 227 da Constituição atribuiu não só ao Estado, mas também “à família e à sociedade” o dever de assegurar à criança e ao adolescente o gozo dos seus direitos fundamentais, o mesmo ocorrendo em relação às pessoas idosas (art. 230, CF).⁷⁸⁰

A vinculação dos particulares à dimensão prestacional dos direitos fundamentais, como mencionado, deriva também do princípio da solidariedade. Constitui um dos objetivos da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Maria Celina Bodin de Moraes bem exprime o que pode ser depreendido do princípio da solidariedade: “é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a Lei Maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós.”⁷⁸¹ A noção trazida por Cláudia Lima Marques é igualmente elucidativa:

Solidariedade é o vínculo recíproco em um grupo (*wechselseitige Verbundenheit*); é a consciência de pertencer ao mesmo fim, à mesma causa, ao mesmo interesse, ao mesmo grupo, apesar da independência de cada um de seus participantes (*Zusammengehörigkeitsgefühl*). Solidariedade possui também sentido moral, é a relação de responsabilidade, é relação de apoio, é adesão a um objetivo, plano ou interesse compartilhado. No meio caminho entre o interesse centrado em si (*egoísmo*) e o interesse centrado no outro (*altruismo*) está a solidariedade, com seu interesse voltado para o grupo.⁷⁸²

A solidariedade “pode fundamentar o reconhecimento de uma eficácia horizontal dos direitos sociais e econômicos, ao sedimentar a idéia de que cada um de nós é também, de certa forma, responsável pelo bem-estar dos demais.”⁷⁸³

Assume-se a tese de que os direitos fundamentais, tanto na sua vertente negativa quanto na prestacional, vinculam os particulares. Não se pode, por

⁷⁸⁰ SARMENTO, op. cit., p. 334.

⁷⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 179.

⁷⁸² MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ‘ações afirmativas’ em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 186.

⁷⁸³ SARMENTO, op. cit., p. 339.

exemplo, fazer com que normas tão importantes como os direitos fundamentais dependam da mediação legislativa ou judicial (mediação esta que nem sempre ocorrerá), sob pena de não tomar a sério ou esvaziar seu conteúdo.

Tal posicionamento não significa, todavia, que a eficácia dos direitos será absoluta e incondicionada⁷⁸⁴. Permeia o debate a preocupação de que a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não acabe por sufocar a autonomia privada. O alvo da discussão passa a ser, então, em que medida dar-se-á essa incidência⁷⁸⁵. Há que se procurar uma harmonia.

José Joaquim Gomes Canotilho, por exemplo, procura enfrentar a matéria defendendo a tese da eficácia mediata dos direitos sociais nas relações entre particulares. Nesse sentido, os direitos sociais imporiam ao legislador a observância do conteúdo dessas normas e serviriam de parâmetros para o intérprete⁷⁸⁶. Todavia, acredita-se que o tema merece discussão mais aprofundada.

Por sua vez, Sarmento elabora construção teórica em que dois critérios são fundamentais para responder de modo adequado à tensão entre direitos fundamentais e autonomia privada. O primeiro e primordial baseia-se na relação de igualdade ou desigualdade existente entre os particulares que se relacionam. A idéia é “quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito.”⁷⁸⁷

⁷⁸⁴ Para Jane Reis Gonçalves Pereira a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não pode ser vista de forma estanque, pois as circunstâncias do caso concreto definirão o grau dessa eficácia (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional** – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 185-190).

⁷⁸⁵ O tema suscita também outras questões: “Qual a proteção constitucional que merece, neste contexto, a autonomia privada? Que papel cabe ao Estado na proteção dos direitos fundamentais diante de agressões e ameaças vindas de particulares? A quem compete precipuamente a tutela dos direitos humanos nas relações privadas, ao Legislativo ou ao Judiciário? Como compatibilizar a extensão dos direitos humanos à esfera privada com a segurança e a previsibilidade necessárias ao tráfico jurídico?” (SARMENTO, op. cit., p. 224-225).

⁷⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 483.

⁷⁸⁷ SARMENTO, op. cit., p. 303. Também Ubillos defende que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas será maior quando se tratar de relação assimétrica (UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, **Constituição, direitos fundamentais e direito privado...**, p. 334). Virgílio Afonso da Silva critica o critério sustentado na simetria ou assimetria entre os particulares. Conferir: SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 1,

O segundo critério considera a característica da questão em jogo, se existencial ou patrimonial⁷⁸⁸. Para o autor, nos casos envolvendo questões existenciais, a autonomia privada terá um peso maior. Todavia, a proteção da autonomia será diversa conforme a essencialidade do bem envolvido⁷⁸⁹.

Wilson Steinmetz oferece solução diferente. Para o autor, a compatibilização entre direitos fundamentais e autonomia privada somente pode ser concebida por meio do princípio da proporcionalidade. Parte-se da constatação de que os direitos fundamentais são predominantemente principiológicos e que a autonomia privada é também um princípio. Assim, eventual colisão entre esses interesses será resolvida pela técnica da ponderação, empregando-se o princípio da proporcionalidade.

Enumera, então, critérios que balizam a aplicação da proporcionalidade aos casos em que a autonomia privada restrinja direitos fundamentais⁷⁹⁰. Tratando-se de relação contratual entre particulares em situação de *igualdade* fática, haverá precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo *pessoal* ante o princípio da autonomia privada, e precedência *prima facie* do princípio da

jan./jun. 2005, p. 176. Aponte-se o posicionamento de José Carlos Vieira de Andrade, para quem, nas relações caracterizadas pela igualdade entre os partícipes, os particulares não devem ser considerados sujeitos passivos de direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos (com correlatos deveres), nem mesmo em se tratando de direitos mais intimamente ligados à dignidade humana (ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, **Constituição, direitos fundamentais e direito privado...**, p. 288). Obviamente, o autor não admite que a dignidade das pessoas seja desrespeitada.

⁷⁸⁸ Interessa pontuar que “existencial” e “patrimonial” não caracterizam os direitos em jogo, mas a natureza da questão examinada, o tipo de escolha a ser feita no caso. Um exemplo oferecido por Sarmiento (op. cit., p. 309-310) esclarece a distinção: “se fosse ajustada pelas partes, num contrato de locação uma cláusula estipulando a possibilidade de rescisão do pacto com a retomada do imóvel, caso o locatário passasse a receber em sua casa pessoas negras, ou se convertesse à umbanda, a autonomia privada não deveria assumir um peso relevante, numa colisão com os direitos fundamentais do inquilino que estivesse sendo despejado.” Estaria em jogo, aqui, uma questão patrimonial, em que a autonomia do locador não pode ter maior peso. “Mas, ao inverso, de forma alguma poder-se-ia obrigar juridicamente alguém, com base na vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a tornar-se amigo de pessoa de outra cor ou religião, ou a convidá-la para sua festa de aniversário, ainda que se pudesse, no plano extrajurídico, criticar a intolerância e o racismo do seu comportamento. É porque, nestes últimos casos, estamos lidando com decisões de caráter existencial, que se revestem de um colorido emocional e estão protegidas pelo direito à privacidade. Por isto, à autonomia privada, nestas situações, deve ser atribuído um peso superior numa eventual ponderação de interesses.”

⁷⁸⁹ Para Sarmiento (op. cit., p. 309), “quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, quando o bem sobre o qual versar a relação privada puder ser qualificado como supérfluo, a proteção da autonomia negocial será maior, e menos intensa se fará a tutela ao direito fundamental contraposto.”

⁷⁹⁰ STEINMETZ, op. cit., p. 224. Tais critérios receberam críticas por parte de Virgílio Afonso da Silva (op. cit., p. 178-179).

autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo *patrimonial*⁷⁹¹. Já nos casos de desigualdade fática, haverá precedência *prima facie* tanto do direito fundamental individual de conteúdo *peçoal* quanto do *patrimonial* ante o princípio da autonomia privada.

As teses apresentadas são alternativas para compreender o grau de eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Afinal, como bem afirma Sarlet, as diferentes teses sobre eficácia não são suficientes para resolver a problemática da eficácia horizontal. Sendo a eficácia um fenômeno complexo, “não há como distinguir com precisão entre a assim designada eficácia direta (ou imediata) e a eficácia indireta (ou mediata) dos direitos fundamentais no que diz com sua aplicação às relações entre particulares.”⁷⁹²

Se as teses não oferecem respostas adequadas para a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, diga-se que os questionamentos avolumam-se quando se trata da dimensão prestacional dos direitos. No tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é sempre necessário ter cautela, pois “a sobrecarga dos atores privados com obrigações positivas, sequer previstas em lei, pode comprometer de forma exagerada a dinâmica dos subsistemas sociais, prejudicando seu funcionamento, muitas vezes em detrimento, por paradoxal que seja, dos grupos mais vulneráveis e mais carentes da tutela dispensada pelos direitos sociais.”⁷⁹³

⁷⁹¹ Aponta-se que “peçoal” e “patrimonial” são atributos do conteúdo do direito fundamental. “Entendem-se, aqui, por *direitos fundamentais individuais de conteúdo peçoal* aqueles direitos fundamentais, formal ou materialmente incorporados à constituição, cujo âmbito de proteção são bens, esferas ou atributos vitais intrínseca ou estritamente pessoais e de transcendental importância para a definição e o desenvolvimento do indivíduo como pessoa livre e autônoma. Tais bens são de caráter imaterial e, por isso, não-quantificáveis, não-divisíveis e não-acumuláveis. [...] São *direitos fundamentais individuais de conteúdo patrimonial* aqueles direitos fundamentais, formal ou materialmente incorporados à constituição, cujo âmbito de proteção são bens, esferas ou atributos não-intrínsecos à pessoa, embora relevantes como pressupostos materiais do desenvolvimento do indivíduo como pessoa livre e autônoma. Tais bens são materiais e, por isso, quantificáveis, divisíveis e acumuláveis” (STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 49-50).

⁷⁹² SARLET, **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado...**, p. 110.

⁷⁹³ SARMENTO, op. cit., p. 344. O autor (op. cit., p. 350) pensa na seguinte hipótese: “Se um plano de saúde fosse obrigado, por exemplo, a tratar gratuitamente de todos os seus clientes a partir de determinada idade, isto fatalmente encareceria as mensalidades pagas pelos demais consumidores, alguns decerto mais necessitados que os beneficiados pela medida.”

Assim, a eficácia horizontal na seara prestacional deve ser considerada com limites⁷⁹⁴. Conforme entende Sarmiento, “além da autonomia privada e de considerações a propósito da desigualdade material entre as partes, outros fatores também devem entrar na ponderação necessária ao reconhecimento da vinculação de um particular a um direito social prestacional”⁷⁹⁵.

Um desses fatores é a relação existente entre as partes da relação privada em questão⁷⁹⁶. Entre pais e filhos ou entre cônjuges há a obrigação de prestar alimentos; já não se pode exigir a mesma prestação de uma pessoa sem qualquer vínculo com o necessitado.

Outro elemento a ser considerado é o grau de eficácia do direito social em tela no âmbito da relação com o Estado⁷⁹⁷. Afinal, não se pode obrigar um particular a prestar algo que nem mesmo o Estado está obrigado. No caso dos direitos que dependem de concretização legislativa, logicamente não é possível pensar na eficácia horizontal direta.

Ainda, deve-se considerar o impacto econômico derivado da imposição, a um particular, de uma prestação ligada a um direito social. Há obrigações que os particulares não têm condições financeiras de suportar⁷⁹⁸. Conclui Sarmiento que as soluções virão apenas mediante a análise de cada caso concreto, evitando extremos (nenhuma proteção aos direitos ou proteção excessiva em prejuízo aos particulares)⁷⁹⁹.

⁷⁹⁴ “A existência de determinados limites não tem nada de extraordinário. Os direitos fundamentais tampouco são ilimitados quando se esgrimem frente ao poder público. Nesta dimensão, nenhum direito se impõe de forma absoluta e inapelável, automaticamente, em qualquer circunstância. E, não obstante, ninguém discute sua eficácia imediata” (UBILLOS, op. cit., p. 333. Tradução livre).

⁷⁹⁵ SARMENTO, op. cit., p. 349.

⁷⁹⁶ Ibid., p. 344.

⁷⁹⁷ Ibid., p. 344-349. No mesmo sentido: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 219.

⁷⁹⁸ SARMENTO, op. cit., p. 349-350. “Seria, por exemplo, um absurdo proibir o despejo por falta de pagamento de um imóvel residencial, com base no direito fundamental à moradia, até porque muitas vezes o locador necessita dos recursos do aluguel para prover a própria subsistência” (op. cit., p. 349). Nesse sentido, é abusivo impor que um particular garanta, às suas expensas, o direito à moradia de outrem, com quem não mantém qualquer relação social, afetiva ou familiar.

⁷⁹⁹ Ibid., p. 350. No mesmo sentido posiciona-se Ingo Sarlet, para quem a eficácia (em princípio direta) das normas de direitos fundamentais não pode ser absoluta, mas sim resolvida à luz do critério da proporcionalidade, considerando a vedação do excesso e da proteção insuficiente. Para o autor, não há solução uniforme, pois se depende das circunstâncias do caso concreto. Por essa razão, doutrina e jurisprudência têm desenvolvido critérios materiais para interpretar o grau de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Entra em cena a garantia do mínimo existencial como um desses critérios, a ser considerado numa interpretação sistemática que oferecerá uma solução à demanda (SARLET, **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado...**, p. 113-114).

Neste momento da discussão aparece o tema do mínimo existencial, como *standard* material à eficácia horizontal dos direitos fundamentais em sua dimensão prestacional. Entende-se que, no concernente ao mínimo existencial, não se pode questionar a vinculação dos particulares e a eficácia direta nas relações firmadas entre eles. Como lembra Ingo Sarlet⁸⁰⁰, as prestações que compõem a garantia do mínimo existencial geram direitos subjetivos definitivos, diretamente vinculantes e exigíveis judicialmente; desse caráter decorrem conseqüências jurídicas para os particulares.

Por exemplo, aceita-se que um particular realize o direito à moradia de outro particular, na vertente prestacional, mediante o instrumento da usucapião. Uma família pode, a partir da inércia de um proprietário de imóvel, satisfazer o direito a um espaço físico adequado para a sobrevivência com dignidade, com oportunidade de extrair da terra seu sustento.

Aliás, Luiz Edson Fachin sustenta a garantia de um patrimônio mínimo a todo ser humano, para que usufrua uma existência digna. Toda pessoa tem direito a bens que possibilitem o ser e o estar. Esse patrimônio mínimo não é defesa de simples titularidade, mas respeito à dignidade humana⁸⁰¹.

Nessa toada, em apelação cível versando sobre a proteção legal do bem de família, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sustentou que o instituto constitui “materialização da teoria do patrimônio mínimo da pessoa humana, assegurando o chamado mínimo existencial, como afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana.”⁸⁰²

Com a exposição dos principais posicionamentos teóricos (em suas linhas gerais) foi situada a problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O objetivo foi mostrar como a noção de mínimo existencial pode contribuir para aclarar o debate, considerando decisões anteriormente referidas que

⁸⁰⁰ SARLET, **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado...**, p. 120.

⁸⁰¹ Fachin defende “a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores. A formulação sustentada se ancora no princípio constitucional da dignidade humana e parte de hermenêutica crítica e construtiva do Código Civil brasileiro, passando pela legislação esparsa que aponta nessa mesma direção” (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. nota prévia).

⁸⁰² Apelação Cível nº 70026431627, julgada em 23/10/08 pela 18ª Câmara Cível do TJRS, sendo relator o Des. Pedro Celso Dal Prá.

corroboram a tese defendida e expressam o entendimento do Judiciário acerca do tema.

Nota-se que apesar de as decisões pinçadas tratarem do tema da eficácia do mínimo existencial nas relações entre particulares, concluindo favoravelmente à horizontalidade, não se fez referência a qualquer discussão doutrinária sobre a questão, nem se dispensou maiores cuidados à problemática ou se expôs seus fundamentos. Simplesmente tomou-se como dada a aplicação do mínimo existencial às relações entre particulares, o que, se tem o aspecto positivo de fortalecer a efetividade dos direitos, por outro lado denota uma aplicação um tanto acrítica dos direitos fundamentais.

Com a breve explanação trazida, colhem-se diretrizes para a resposta judicial ao tema da incidência da garantia do mínimo existencial nas relações entre particulares, considerando também a necessária percepção das peculiares circunstâncias da situação em exame.

Constatou-se que, nos termos do caso concreto e aplicada a ponderação, os particulares podem ser demandados como sujeitos passivos de prestações fundamentais. Negar tal possibilidade seria esvaziar a utilidade da noção de mínimo existencial, impedindo a satisfação das necessidades humanas básicas. No mesmo sentido, Juan Maria Bilbao Ubillos defende a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sustentando que o grau dessa eficácia será maior quando a dignidade da pessoa humana for seriamente afetada⁸⁰³.

Logo, a medida da vinculação dos particulares recebe contornos mais precisos quando entra em cena a noção de mínimo existencial. Sempre que estiver em jogo elemento vinculado a esse mínimo (mesmo que se trate de prestação), há de se reconhecer sua aplicabilidade direta aos particulares e incidência nas relações que travam entre si.

5.3 FUNDAMENTO NORMATIVO

Passando a outra vertente do exame das decisões sobre o mínimo existencial, aluda-se à relação das decisões com o quadro normativo brasileiro, o qual foi objeto do segundo capítulo. Após delinear as normas pertinentes ao tema

⁸⁰³ UBILLOS, op. cit., p. 334.

(tratados internacionais, Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional), concluiu-se pelo dever jurídico do Estado brasileiro de proporcionar o mínimo existencial. Há fundamentos abundantes para a garantia das condições básicas necessárias para a existência humana e as decisões judiciais pinçadas referiram-se a diferentes fundamentos normativos.

Apenas um julgado amparou-se – subsidiariamente – no direito internacional (Declaração Universal dos Direitos Humanos). Em relação às normas constitucionais, houve referências ao direito à educação, saúde, moradia, assistência social e ao salário mínimo, por exemplo. Do plano infraconstitucional, buscou-se, notadamente, a lei de proteção do bem de família, as leis orgânicas da saúde e da assistência social, a lei dos planos privados de saúde e os estatutos do idoso e da criança e do adolescente.

Contudo, o fundamento normativo mais citado nas decisões sobre o mínimo existencial foi o princípio da dignidade da pessoa humana. Nos julgados em que se conseguiu visualizar a justificativa para se tratar do mínimo existencial, sustentou-se o conjunto de prestações mínimas para a existência no princípio da dignidade. A dignidade tem sido a principal justificativa para a proteção de direitos básicos no entendimento do Judiciário brasileiro.

Apenas dois julgados mencionaram a necessidade de se garantir condições para a liberdade real, mas sempre ao lado da referência à dignidade. Por exemplo, em decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o mínimo existencial foi entendido como núcleo do princípio da dignidade, “locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável *ao desfrute da própria liberdade*. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.”⁸⁰⁴

Considerando a classificação proposta no terceiro capítulo (mínimo existencial como instrumento para a garantia da liberdade real ou dos pressupostos da democracia, exigência autônoma ou decorrência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana), não se encontrou julgado que fizesse referência às condições para a democracia.

⁸⁰⁴ Apelação em Mandado de Segurança 37057/RJ nº 2000.02.01.055957-3, julgada em 20/08/03 pela 2ª Turma do TRF da 2ª Região, sendo relator o Des. Fed. Paulo Espírito Santo. Grifamos.

Nota Roberto Gargarella que a literatura sobre democracia deliberativa tem impacto quase nulo nas decisões judiciais, embora os juízes não raro se refiram, nas decisões, a argumentos relacionados à democracia (como se pôde observar). O autor afirma ser difícil encontrar uma elaboração judicial interessante sobre a democracia, afirmação que vale perfeitamente para o cenário brasileiro. Percebe, ainda, faltar congruência entre as premissas democráticas lançadas nas decisões e a conclusão sobre o que o magistrado deveria fazer⁸⁰⁵. Por exemplo, apesar de reconhecer as dificuldades inerentes à adjudicação judicial de bens e serviços, na quase totalidade dos julgados analisados foi deferida a atuação estatal pretendida.

O apoio no princípio da dignidade acaba sendo confortável, tendo em vista a amplitude desse fundamento constitucional. É fácil relacionar uma prestação ao princípio da dignidade. Todavia, deve-se considerar que tanto a dignidade quanto o mínimo existencial merecem ser encarados com seriedade, sob pena de se enfraquecer a proteção dos direitos fundamentais pela banalização.

A defesa da força normativa da Constituição solicitou a superação do positivismo e o aprendizado para lidar com a normatividade e a vinculatividade dos princípios. Entretanto, no anseio de valorizar os princípios, acabou-se por hipervalorizá-los. Quase todos os enunciados constitucionais foram tomados como princípios, submetidos à ponderação no momento de sua concretização. Eis uma postura perigosa que vem se disseminando, como bem observa Paulo Ricardo Schier⁸⁰⁶.

É inegável a importância dos princípios, notadamente os fundamentais, destacando-se a dignidade da pessoa humana, que provocou verdadeira guinada axiológica no sistema constitucional. Contudo, dada a vagueza do termo dignidade, “não raro a doutrina brasileira tem assistido a um processo, nem sempre saudável, em que todas as questões jurídicas vêm sendo reportadas à dignidade da pessoa humana.”⁸⁰⁷

O que se revela é uma compreensão inadequada da dogmática constitucional principialista – tudo seria princípio, especialmente relacionado à dignidade, e, por conseguinte, ponderável e tocado pela nota da fundamentalidade.

⁸⁰⁵ GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, SARMENTO, **Direitos sociais...**, p. 207.

⁸⁰⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista A & C – Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-165. abr./jun. 2005.

⁸⁰⁷ Ibid., p. 162.

Cabe, agora, criar instrumentos para uma adequada compreensão e realização da Constituição. A dignidade da pessoa humana merece ser valorizada, mas não como um discurso vazio que permite tudo. A Constituição brasileira (re)personaliza o direito, mas corre-se o risco de banalizar a idéia de dignidade da pessoa humana.

É preciso atribuir sentido e autenticidade a esse princípio, sob pena de se tornar uma palavra vazia, um cheque em branco. A dignidade deve ser compreendida em conexão com os demais princípios fundamentais, que possuem a mesma fundamentalidade e hierarquia constitucional. Nesse sentido, o mínimo existencial pode ser pensado também a partir de outros princípios, como a cidadania e o valor social do trabalho, por exemplo.

Ainda, interessa apontar que, nas decisões examinadas, o mínimo existencial foi apenas um tema levemente tangenciado; um argumento ao lado de outros e como outros. O que se percebeu é que o mínimo existencial tem sido usado não raro como simples recurso retórico, uma expressão que mostra a preocupação do Judiciário com a pessoa humana. Tal aplicação acrítica acaba por fechar o debate: se uma prestação relaciona-se à dignidade e se é suscitado o mínimo existencial, o pedido é prontamente deferido.

Nesse sentido, apesar de já ter sido mencionado no capítulo anterior, é interessante retomar o pedido analisado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a respeito de seqüestro de verbas públicas para receber valores decorrentes de precatório⁸⁰⁸.

A demandante alegou a necessidade da medida, tendo em vista seu grave estado de saúde, bem como sua insuficiência econômica para arcar com os tratamentos médicos de que necessita. Foi concedida a liminar sob o argumento do mínimo existencial, entendido em sua vinculação com o princípio da dignidade da

⁸⁰⁸ Como observa Ricardo Lobo Torres, “a partir de hipótese especialíssima prevista na CF (art. 100, § 2º: preterimento do direito de precedência no julgamento de precatório), o Judiciário passa a fazer uso do seqüestro de recursos do Estado em casos não previstos na Constituição, na lei ordinária nem no direito comparado, desarticulando perigosamente as finanças públicas. Ao revés de judicializar as políticas públicas referentes ao mínimo existencial, estão preferindo os Tribunais judicializar as políticas orçamentárias” (TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 99).

pessoa humana⁸⁰⁹. As repercussões dessa decisão não foram devidamente consideradas, tanto que a decisão foi reformada⁸¹⁰.

A falta de reflexão mais acurada pode conduzir a equívocos. Cabe, nesse viés, referir a confusão, observada em alguns julgados, entre mínimo existencial e núcleo essencial dos direitos sociais. Cite-se, por exemplo, a afirmação de desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: “É necessário frisar que os direitos sociais possuem um núcleo mínimo existencial”⁸¹¹.

Referência à proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais pode ser encontrada nas Constituições portuguesa⁸¹², alemã⁸¹³ e espanhola⁸¹⁴. Todavia, não se confunde com a garantia do mínimo existencial, apesar de guardar com ela certa relação. O núcleo essencial diz respeito ao conteúdo que caracteriza o direito como tal, servindo de limite à ação restritiva do legislador em relação aos direitos fundamentais⁸¹⁵.

Apenas “quando o conteúdo questionado do direito disser respeito à garantia do que se considerem patamares mínimos à existência condigna, estar-se-á na presença do denominado mínimo existencial”⁸¹⁶. Assim, somente coincidirão as

⁸⁰⁹ Agravo Regimental Cível nº 463.638-2/01, decisão monocrática proferida em 04/03/08 pelo Des. Lauro Augusto Fabrício de Melo do TJPR.

⁸¹⁰ Suspensão de Segurança nº 539, decisão monocrática proferida em 02/07/08 pelo Min. Gilmar Mendes, do STF. DJE 143 de 01/08/08.

⁸¹¹ Acórdão nº 314364, proferido em 28/05/08 pela 3ª Turma Cível do TJDF, sendo relator o Des. Vasquez Cruxên. DJU de 23/07/08, p. 41. A frase destacada foi repetida em diversos julgados proferidos pelo mesmo relator.

⁸¹² No artigo 18.3 estabelece-se que “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

⁸¹³ O artigo 19.2 da Lei Fundamental de Bonn prescreve que “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”.

⁸¹⁴ O art. 53.1 refere que “direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II do presente Título vinculam todos os poderes públicos. Somente por lei, que em todos os casos deve respeitar seu conteúdo essencial, poderão ser regulados esses direitos e liberdades”.

⁸¹⁵ Não se pode atribuir ao legislador campo de ação ilimitado, sob pena da possibilidade de aproveitamento abusivo das competências legais, colocando em risco a existência e a eficácia dos direitos fundamentais. A imposição de limites à atividade legislativa no âmbito dos direitos fundamentais salvaguarda reivindicações e conquistas contra eventual ação erosiva do legislador ordinário. “Assim sendo, a doutrina alemã concebeu a teoria do conteúdo essencial dos direitos fundamentais como uma garantia frente à atividade legislativa limitadora dos mesmos, considerando, então, o conteúdo essencial como um *limite dos limites* ou uma *restricção das restricções*” dos direitos fundamentais. Cf. BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 74.

⁸¹⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 188. Segundo a autora, “não obstante o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais, há um núcleo mínimo em cada direito social, estabelecendo *in concreto*, segundo as características do próprio direito e em atenção à preservação da dignidade humana, que não pode jamais ser ultrapassado, sob pena de

idéias de núcleo essencial e mínimo existencial quando se tratar de direito que contenha condições indispensáveis à existência com dignidade.

Como bem salienta Ana Carolina Lopes Olsen, nem sempre o núcleo de um direito fundamental equivalerá ao mínimo existencial. Se em relação ao direito à saúde a relação entre núcleo essencial e mínimo existencial é evidente, o mesmo não ocorre com o núcleo do direito fundamental à participação nos lucros do empregador, por exemplo. “Logo, é preciso deixar claro que se trata de duas categorias distintas – núcleo essencial de direito fundamental social, e mínimo existencial – mas que podem ter características e aplicação semelhantes.”⁸¹⁷

Também Sarlet discorda da tese de que o conteúdo da dignidade equivale necessariamente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. O núcleo essencial dos direitos pode até ser relacionado com a dignidade e compor o mínimo existencial. Todavia, esse conteúdo existencial não vai ser o mesmo em todos os direitos, devendo-se operar a contextualização e a interpretação sistemática⁸¹⁸.

O fato é que o mínimo existencial tem servido para densificar o princípio da dignidade da pessoa humana, tornando seu conteúdo mais palpável e mais evidente a valorização do ser humano. Mas lembre-se que o mínimo existencial deve ser protegido com elementos plausíveis e não tomado como expressão de efeito nas decisões, sob pena de descrédito das conquistas advindas do manejo da noção. Para tanto, é necessária sua adequada compreensão, o que se procurou propiciar com os aportes doutrinários do terceiro capítulo.

negação do próprio direito, dos demais direitos fundamentais (pela ausência de condições de exercício da liberdade) e da dignidade da pessoa que o titule” (Ibid., p. 200). Essa conclusão assinala “a proximidade concreta que muitas vezes se verifica entre as garantias de conteúdo essencial e mínimo existencial” (Ibid., p. 201). Também Magdalena Lorenzo Rodríguez-Armas, ao tratar da proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na Constituição Espanhola, oferece explicação semelhante. Examinando a relação entre dignidade humana e conteúdo essencial, afirma que “o contencional [neologismo criado pela junção das palavras conteúdo e essencial] tem como base, ou raiz, a dignidade humana, mas concretiza seu conteúdo (se nos é permitido falar de ‘conteúdo do conteúdo’) em cada direito fundamental com manifestações distintas. Assim, não é o mesmo falar do direito à vida (art. 15), que do direito à intimidade pessoal e familiar, ou à própria imagem (art. 18.1 CE). Se bem que todas têm como *standard* de proteção mínima a dignidade humana (o homem é digno desde que tenha vida; como ser digno, tem direito à sua intimidade pessoal ... etc)” (RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. **Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución Española**. Granada: Comares, 1996. p. 141. Tradução livre). Desta feita, o conteúdo essencial, para a autora, é “resultado da conjunção entre o valor da dignidade humana (‘fundamento da ordem política e da paz social’) e o núcleo radical próprio de cada direito ou liberdade que tem a ver com suas manifestações particulares (internas e externas ou relativas a seu exercício)” (Ibid., p. 235. Tradução livre).

⁸¹⁷ OLSEN, op. cit., p. 346.

⁸¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, out./dez. 2007. p. 185.

Cabe agora lançar um olhar crítico sobre o conteúdo que se tem atribuído ao mínimo existencial pelos tribunais pátrios, a fim de verificar se há dita compreensão adequada.

5.4 DETERMINAÇÃO DO CONTEÚDO MÍNIMO

Há diretrizes oferecidas pela doutrina e pelo ordenamento jurídico para, por exemplo, cotejar o mínimo existencial frente à reserva do possível, às relações firmadas entre particulares e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, permanece latente a problemática que está no fundo de todas essas questões: como definir o que integra o mínimo existencial, para serem aplicadas as normas adequadas, lidar com a reserva do possível e determinar o que deve ser proporcionado e observado pelo Estado e pelos particulares para respeitar a dignidade?

O objetivo deste item é examinar o conteúdo atribuído pelo Judiciário brasileiro à noção de mínimo existencial, ou seja, o que ou como têm sido definidas as condições materiais indispensáveis para a vida humana.

5.4.1 Sobrevivência e existência

Importa referir que não se encontrou julgado que considerou o mínimo existencial como sendo apenas o mínimo vital. Trata-se de aspecto positivo, pois se percebe que o ser humano precisa de mais do que apenas manter seu corpo perambulando pelas ruas.

Certamente ter um teto sobre a cabeça e a fome saciada é importante, mas não é o único objetivo de todas as pessoas. Elas querem proteção à saúde, educação, previdência que lhes garanta rendimentos, enfim, meios para o desenvolvimento integral de suas potencialidades. Em última análise, querem a possibilidade de exercer livremente suas capacidades, desenvolver sua personalidade.

Potyara Pereira prefere o conceito de “básico” ao invés de “mínimo”, pois entende que a palavra “básico” expressa melhor a essencialidade do que se protege, visando não a uma satisfação inicialmente ínfima, mas a uma projeção rumo ao ótimo:

Mínimo e básico são, na verdade, conceitos distintos, pois, enquanto o primeiro tem a conotação de *menor*, de *menos*, em sua acepção mais ínfima, identificada com patamares de satisfação de necessidades que beiram a desproteção social, o segundo não. O *básico* expressa algo *fundamental, principal, primordial*, que serve de base de sustentação indispensável e fecunda ao que a ela se acrescenta. [...] Em outros termos, enquanto o *mínimo* nega o “ótimo” de atendimento, o básico é a mola mestra que impulsiona a satisfação básica de necessidades em direção ao *ótimo*.⁸¹⁹

Entretanto, como bem adverte Fachin, a “sustentação do mínimo não quantifica e sim qualifica o objeto.”⁸²⁰ Portanto, “o mínimo não é referido por quantidade, e pode muito além do número ou da cifra mensurável. Tal mínimo é valor e não metrificação, conceito aberto [...]. O mínimo não é menos nem é ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo.”⁸²¹ É um conceito complexo, que não pode ser tomado em sentido reducionista.

Se o mínimo existencial envolvesse apenas o necessário para a subsistência, certamente grande parte da controvérsia acerca de sua extensão estaria resolvida. Todavia, o conteúdo que interessa aqui é a vida humana, entendida não como algo abstrato, mas como modo de realidade do sujeito⁸²². Assim, considera-se “desde o nível físico-biológico, histórico-cultural, econômico-político, ético-estético, político-social, místico-transcendental”⁸²³:

A ‘vida humana’ não tem como referência um universo abstrato, um conceito de vida ou uma definição. É a ‘vida humana’ concreta, empírica, de cada ser humano. É a vida que para ser vivida necessita comer, beber, vestir-se, ler, pintar, criar música, dançar, cumprir ritos e extasiar-se com experiências estéticas e místicas. Vida humana plena, biológica, corporal, gozosa, cultural, que se realiza nos valores supremos das culturas – mas, como temos dito, não se identifica com os valores, senão os origina, ordena-os em hierarquias, de distintas maneiras em cada cultura popular.⁸²⁴

⁸¹⁹ PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. **Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 26-27.

⁸²⁰ FACHIN, op. cit., p. 291.

⁸²¹ Ibid., p. 300-301.

⁸²² A vida humana é o modo de realidade do sujeito ético; é o que “dá o conteúdo a todas as suas ações, que determina a ordem racional e também o nível das necessidades, pulsões e desejos, que constitui o marco dentro do qual se fixam fins” (DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 131).

⁸²³ LUDWIG, Celso Luiz. Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a filosofia de Enrique Dussel. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 289.

⁸²⁴ DUSSEL, Enrique. **Hacia una filosofía política crítica**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001. p. 118. Tradução livre. A citação tem por objetivo frisar a riqueza da existência humana e a diversidade de prestações requeridas para a sua plenitude. Todavia, não se acredita que o mínimo existencial envolva prestações imateriais, além daquelas materiais. O que está em jogo, no tema do mínimo existencial, é o que se pode proporcionar ao ser humano por meio do direito e, por outro lado,

Esse modo de realidade define as necessidades e referências do sujeito e traça os limites dentro dos quais a vida é possível. A vida é condição de possibilidade de tudo o mais (fonte de todos os direitos), por isso deve-se mantê-la. A vulnerabilidade da vida impõe conteúdo (requer diversas prestações materiais) e pede que sejam respeitados limites.

Como o mínimo existencial supera o mínimo vital, a determinação dos seus contornos se torna tarefa muito difícil, tendo em vista a complexidade da própria existência. E como se observou no capítulo anterior, o Judiciário depara-se com essa dificuldade freqüentemente.

A Constituição Federal de 1988 acreditou no Poder Judiciário, que notadamente assume perfil singular nas democracias ocidentais. A sociedade exige uma atuação judicial mais consistente para a efetivação dos direitos fundamentais. Recorrer aos juízes é visto como a salvação frente (i) à ausência de legislação específica e adequada e/ou (ii) à omissão ou atuação insuficiente do Executivo em determinadas searas. E cientes ou não de sua responsabilidade social, os julgadores efetivamente têm atuado para a proteção dos direitos fundamentais.

No campo da ação judicial envolvendo normas de conteúdo impreciso, como a maioria dos direitos fundamentais⁸²⁵, são suscitadas diversas questões. Quem define o conteúdo de cláusulas abertas insuscetíveis de serem reduzidas a apenas uma definição em uma sociedade democrática, plural, com diferentes visões de mundo e concepções morais? O juiz, ou a sociedade através do processo legislativo? No segundo caso, não seria inverter a hierarquia normativa, submetendo a Constituição à lei⁸²⁶?

Quanto ao primeiro caso, teria o Judiciário capacidade técnica para decidir sobre as prestações devidas, considerando a limitação do debate nas demandas

o que pode ser exigido. Nessa esteira, não parece possível, por exemplo, que o Estado deva garantir a alguém receber amor de outrem, ter um bem que vá lhe trazer felicidade ou encontrar paz interior. É verdade que todas essas necessidades são importantes para a vida. Mas o que se defende não é garantir todos os aspectos materiais e imateriais da vida, e sim que, ao analisar questão envolvendo o mínimo existencial, seja considerada a plenitude da existência humana. Se o mínimo existencial fosse expandido a ponto de abarcar também prestações imateriais, seria uma noção com pouca solidez e quase nenhuma valia para lidar com os dilemas do constitucionalismo.

⁸²⁵ Não se olvide o fato de que há direitos fundamentais estruturados como regras no texto constitucional, deixando pouco espaço à definição judicial de seu conteúdo. É o caso da educação fundamental, por exemplo.

⁸²⁶ “O pensamento jurídico clássico ensina que interpretar a Constituição a partir da lei (e, *mutatis mutandi*, a lei a partir do regulamento) constitui grave equívoco hermenêutico; esta assertiva, que parecia fadada à gradual consagração, hoje tem recebido intrigante e surpreendente oposição” (GOUVÊA, **O controle judicial das omissões administrativas...**, p. 63).

individuais? Qual a abrangência do papel do Judiciário na guarda da Constituição e dos direitos fundamentais? Esse é o momento de problematizar.

Observou-se em alguns julgados uma freqüente falta de cuidado conceitual e metodológico quanto à noção de mínimo existencial e sua invocação como expressão de efeito. Parte dessa postura pode ser explicada pela dificuldade de se estabelecer, de forma apriorística e taxativa, um rol dos elementos indispensáveis à existência, o que permite o manejo da noção de modo nem sempre adequado⁸²⁷.

5.4.2 Abertura do mínimo existencial

No terceiro capítulo, conferiu-se a preocupação de vários autores com o tema do mínimo existencial, bem como seus importantes esforços para identificar as prestações que envolvem esse conjunto de condições materiais para a vida. Contudo, a doutrina referida evidenciou ter ciência de que um conceito definitivo de mínimo existencial é inalcançável – e mesmo indesejável⁸²⁸.

Frisou que o conteúdo do mínimo existencial varia conforme o lugar, a época e outros fatores (sociais, econômicos, históricos, culturais, políticos, religiosos, morais etc.). Até em um mesmo país, as diferentes realidades regionais pedem mínimos diferenciados.

Nesse sentido, cabe tocar na questão da (im)possibilidade de se defender um mínimo existencial formado por prestações materiais exigíveis em qualquer cultura. Refere-se ao debate entre as tendências universalistas e relativistas (particularistas ou contextualistas).

Embora a teoria do relativismo cultural tenha muitos significados⁸²⁹, a idéia central de sua vertente radical defende que a cultura é a única fonte de validade de

⁸²⁷ Isso não significa, contudo, que estabelecer de forma apriorística e taxativa um rol de elementos indispensáveis à existência seja o modo adequado de manejar a noção de mínimo existencial.

⁸²⁸ Ana Paula de Barcellos considera como elementos do mínimo existencial a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Ingo Sarlet interpreta tal proposta como guia para o intérprete e os órgãos vinculados à concretização do mínimo existencial. É preciso proporcionar o arejamento da construção de Barcellos; caso contrário, haveria fechamento constitucionalmente ilegítimo ou problemático em relação à satisfação das necessidades não arroladas. Cf. SARLET, FIGUEIREDO, **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde...**, p. 186. n. 51.

⁸²⁹ Esclarece Fernando Tesón que o relativismo não é nem mesmo um termo legal. Mas no contexto dos direitos humanos, “o relativismo cultural pode ser definido como a posição de acordo com a qual tradições culturais locais (incluindo práticas religiosas, políticas e legais) propriamente determinam a existência e o escopo dos direitos civis e políticos desfrutados pelos indivíduos em uma

uma regra moral. Os sistemas morais só possuem validade relativa, não podendo, por conseguinte, reivindicar validade universal, supratemporal e invariável de cultura para cultura. Na direção oposta, o universalismo radical sustenta que a cultura é irrelevante para a validade das regras morais, podendo-se cogitar de bens protegidos independentemente do meio. A doutrina divide-se⁸³⁰.

Certo é que tanto o relativismo quanto o universalismo, em suas vertentes radicais, não oferecem respostas adequadas. Destaca-se a proposta intermediária e coerente de Wolfgang Kersting⁸³¹.

Inicialmente, o autor traça a importante diferença entre relativismo cultural e multiculturalismo. A coexistência de diferentes sistemas morais (multiculturalismo) *pode* ensejar o relativismo, mas não necessariamente significa a afirmação da impossibilidade de princípios de validade universal.

Kersting defende que universalismo e particularismo não são mutuamente excludentes. Propõe um “universalismo sóbrio” ou minimalismo rigoroso no tocante

dada sociedade. O princípio central do relativismo é que não existem padrões legais ou morais transnacionais em relação aos quais práticas de direitos humanos podem ser julgadas aceitáveis ou não. Então, relativistas afirmam que os padrões substantivos dos direitos humanos variam entre diferentes culturas e necessariamente refletem idiosincrasias nacionais” (TÉSÓN, Fernando R. *International Human Rights and Cultural Relativism*. In: HAYDEN, Patrick. **The Philosophy of Human Rights**. Saint Paul: Paragon House, 2001. p. 380. Tradução livre).

⁸³⁰ Para citar alguns exemplos, Norberto Bobbio filia-se à corrente relativista, afirmando que os direitos humanos são históricos, inexistindo um fundamento absoluto universal que lhes dê sustentação (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 1992). Por sua vez, Boaventura de Sousa Santos procura fugir da dicotomia relativismo/universalismo divulgando uma perspectiva multicultural dos direitos humanos, afirmando ser impossível pretender universalizar valores e interesses, pois cada contexto cultural tem suas peculiaridades (SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____ (Org.). **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 427-461). Para Fernando Tesón (op. cit., p. 382), o relativismo cultural não é a resposta para as preocupações que envolvem os direitos humanos. Dizer que as identidades culturais devem ser respeitadas não significa que os direitos humanos internacionais sejam destituídos de um núcleo substantivo. Charles Taylor, por sua vez, investiga a possibilidade de um consenso mundial sobre direitos humanos, que envolveria um acordo sobre normas de conduta (cultura legal) e não necessariamente sobre os valores e justificativas (atribuídos por grupos, países, comunidades, religiões, etc.) subjacentes a essas normas (TAYLOR, Charles. *A world consensus on human rights?* In: HAYDEN, op. cit., p. 409-423).

Em solo brasileiro, Paulo Bonavides promove uma nova universalidade, considerando como titular dos direitos humanos um indivíduo que pertence ao gênero humano, antes de pertencer a um determinado país (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 526-527). Flávia Piovesan também se mantém no universalismo, alegando que postura diferente justificaria violências em nome de tradições locais (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997). Carlos Frederico Marés de Souza Filho fixou a noção de universalidade parcial ou relativa, afirmando não existirem direitos humanos universais, e sim um direito universal de cada povo de elaborar seus direitos humanos (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A universalidade parcial dos direitos humanos. In: GRUPONI, Luís Donisete Benzi; VIDAL, Lux; FISCHMANN, Roseli (Orgs.). **Povos indígenas e a tolerância**. São Paulo: Edusp, 2001. v. 1. p. 253-262).

⁸³¹ KERSTING, Wolfgang. Em defesa de um universalismo sóbrio. Trad. Luís Marcos Sander. In: _____ **Universalismo e direitos humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 79-102.

aos direitos humanos. Trata-se de desenvolver uma noção de direitos humanos resistente ao particularismo (que seja reconhecida além-fronteiras), mas que ao mesmo tempo o respeite.

Para alcançar esse universalismo sóbrio, importa evidenciar o ser humano dos direitos humanos, e para tanto se recorre a argumentos antropológicos. Há elementos comuns, pré-culturais, a todos os seres humanos. É na própria natureza (biológica) humana que estão esses elementos comuns. O ser humano a quem se atribui direito humano é o ser humano *natural*.

O que vincula os seres humanos de todas as culturas é o fato de todos serem humanos, mortais e vulneráveis. Assim, a noção de direito humano tem validade intersubjetiva e primazia sobre qualquer outra ordem (ordens jurídicas estatais, círculos culturais históricos, interpretações morais, religiosas ou metafísicas do ser humano e da conduta humana). Tem-se que “a proteção dos direitos humanos baseia-se na simples evidência da vulnerabilidade humana e na preferenciabilidade, não menos evidente, de um estado de ausência de assassinato e homicídio, dor e violência, tortura, miséria e fome, opressão e exploração.”⁸³²

Kersting evoca a distinção entre o *esse* e o *bene esse* humano. Conforme essas orientações, a pretensão universal do direito humano só é possível se interpretada como direito do *esse* humano. Para ser (*esse*) humano, as condições pré-culturais da existência devem ser satisfeitas. Já a formulação do ser humano com bem-estar (*bene esse*) depende da satisfação de outras condições, relacionadas ao ambiente cultural, ao tempo e ao espaço.

Para atribuir maior precisão a essa separação, distinguem-se os elementos condicionais e programáticos dos direitos humanos. Os direitos humanos condicionais dizem respeito às condições para que o ser humano *viva*: direito à vida, integridade física, segurança. Já os direitos programáticos permitem uma *vida melhor*, envolvendo o direito à liberdade e igualdade políticas, democracia, autodeterminação política, Estado de Direito e constitucionalismo⁸³³.

Conforme Kersting, há três interesses que sustentam um universalismo sóbrio em matéria de (conteúdo dos) direitos humanos e obriga todos à sua satisfação

⁸³² Ibid., p. 94.

⁸³³ “Os direitos humanos condicionais atendem à necessidade antropológica, existencial; os programáticos projetam o marco institucional do cumprimento em termos de ética cidadã. Representam o máximo daquilo que se pode realizar coletivamente, por meios políticos, através do estabelecimento de ordens e instituições, a fim de os indivíduos poderem levar uma vida bem-sucedida em liberdade e responsabilidade própria” (Ibid., p. 96).

(seja mediante omissões ou prestações positivas); formam uma noção mínima. São existência (não ser vulnerado), subsistência (ser suprido de bens materiais) e desenvolvimento (aprender, refletir e desenvolver capacidades).

O universalismo é qualificado como sóbrio (não enfático) por três razões: restringe-se à esfera do direito; distancia-se de concepções/fundamentações problemáticas, como valores e o princípio da dignidade da pessoa humana⁸³⁴; e compatibiliza-se com o relativismo moral, pois a satisfação dos interesses enunciados é dever universal, mas necessita de contextualização e particularização para ser eficaz⁸³⁵.

Em resumo, há interesses comuns a todos os seres humanos pelo simples fato de serem humanos. Esses interesses, segundo Kersting, são existência, subsistência e desenvolvimento. Já as questões sobre o que é necessário para a existência, o quanto se deve ofertar para garantir a subsistência, qual grau de desenvolvimento e o que abarcaria esses três interesses requerem análises menos universais e mais contextualizadas.

É nesse sentido que, apesar de defender a abertura do conceito de mínimo existencial, Ana Carolina Lopes Olsen admite ser possível detectar um mínimo existencial irreduzível, calcado nas necessidades humanas e que, ao mesmo tempo, reconheça peculiaridades em relação a essas necessidades.

⁸³⁴ Kersting (Ibid., p. 102) considera inúteis as noções de valor e dignidade como fundamentos para os direitos humanos, pois não possuem conteúdo delimitado nem explicação satisfatória. E caso possuam tal explicação, virá da interpretação dos interesses protegidos pelos direitos humanos (existência, subsistência e desenvolvimento), quando justamente o inverso seria desejado: a definição de direitos humanos proveniente da interpretação do valor e da dignidade.

⁸³⁵ Nesse aspecto, cite-se interessante proposta de Manfred Max-Neef, economista chileno que se dedica, dentre outros temas, ao estudo das necessidades humanas básicas. Sua principal contribuição é a compreensão da distinção entre necessidades e satisfatores. Os satisfatores referem-se a tudo aquilo que contribua para a realização de necessidades humanas. Explica que “as necessidades humanas fundamentais são atributos essenciais que se relacionam com a evolução; os satisfatores são formas de ser, ter, fazer e estar que se relacionam com estruturas” (MAX-NEEF, Manfred; ELIZALDE, Antonio; HOPENHAYN, Martín. **Desarrollo a escala humana: una opción para el futuro**. Santiago de Chile: Cepaur y Fundación Dag Hammarskjöld, 1986. p. 38. Tradução livre). Feita a distinção entre necessidades e satisfatores, Max-Neef afirma ser possível destacar alguns postulados. As necessidades humanas fundamentais são poucas, delimitadas e classificáveis (diferente do senso comum de que são infinitas e insaciáveis). Ademais, são constantes em todas as culturas e períodos históricos. O que muda com o tempo e os modos de vida é a maneira como essas necessidades são satisfeitas. “O que está culturalmente determinado não são as necessidades humanas fundamentais, senão os satisfatores dessas necessidades” (Ibid., p. 27). “A forma em que se expressam as necessidades através dos satisfatores varia ao longo da história, de acordo com culturas, referências sociais, estratégias de vida, condições econômicas, relações com o meio ambiente. Estas formas de expressão tocam tanto ao subjetivo quanto ao objetivo, mas estão permeadas pela situação histórica do viver das pessoas” (Ibid., p. 37. Tradução livre).

Assim, o mínimo existencial “poderia ser formado de um núcleo homogêneo, com tendência à universalidade, no que toca à existência humana, a vida humana; o qual seria envolvido por porções heterogêneas abertas às características particulares de cada sociedade.”⁸³⁶ Para a autora, o referido núcleo seria formado pelas necessidades vitais de sobrevivência⁸³⁷; em seu entorno estariam os diferentes modos de satisfação dessas necessidades, além de outras necessidades consideradas imprescindíveis conforme as diversas culturas⁸³⁸. Pensa-se que alimentação, saúde, abrigo e educação básica seriam necessidades universais; a forma de satisfazê-las e o que significam dependeria do contexto dos textos.

Sobre a questão da fixação do conteúdo do mínimo existencial, considerando as particularidades pergunta-se, por exemplo, se há como saber, de antemão, o que compõe o direito à moradia. Quais os bens indispensáveis na residência para que a família desenvolva-se plenamente? Em relação à saúde, integram o mínimo existencial apenas as prestações necessárias para garantir a sobrevivência do paciente e os medicamentos contidos nas listagens oficiais ou também tratamentos que proporcionem melhor qualidade de vida, embora sua carência não acarrete a morte do demandante?

É nesse sentido que se retoma a afirmação de Nagibe de Melo Jorge Neto, sobre a impossibilidade de se esboçarem, fora do caso concreto, os contornos do mínimo existencial. “Por mais esforço que se faça, por mais próximo que se chegue, é impossível listar, de modo convincente, um conjunto de prestações materiais

⁸³⁶ OLSEN, op. cit., p. 355.

⁸³⁷ No mesmo sentido, José Carlos Francisco admite certa dose de universalismo na definição do mínimo existencial ao afirmar que “há aspectos que objetivamente se caracterizam como mínimo existencial ou essencial em qualquer sociedade contemporânea, até porque se mostram como valores ou prerrogativas-meios imprescindíveis para a concretização de outros direitos essenciais à vida digna, como é o caso do acesso à saúde e à educação, sem os quais não é possível falar em igualdade e em liberdade (p. ex.)” (FRANCISCO, op. cit., p. 860).

⁸³⁸ Por exemplo, pensa-se que o serviço de energia elétrica é indispensável para a vida em centros urbanos, mas não se poderia falar que ofende a dignidade humana ou o mínimo existencial a ausência de fornecimento de energia em lares de determinadas áreas rurais. Há diferentes modos de vida. Não se pode sustentar que se vivia em situação de indignidade antes do surgimento da energia elétrica. A utilização dessa fonte de energia é necessidade derivada da dinâmica social e que varia conforme a época e o lugar. Nesse sentido, é pertinente a observação de David Harvey: “Mesmo uma coisa elementar como a fome não pode ser medida independentemente de alguma situação social. Marx, por exemplo, sugere que: ‘A fome é a fome. Mas a fome que é satisfeita com alimentos cozidos e talheres é uma outra fome, diferente daquela que se satisfaz com alimentos crus, com a ajuda das mãos, das unhas e dentes. *O modo de produção produz, ao mesmo tempo, objetivamente e subjetivamente, não somente o objeto consumido, mas também o modo de consumo*’. [...] A consciência da necessidade é um produto social; ela é apenas parte da superestrutura ideológica que repousa sobre o funcionamento da base econômica. O nível da necessidade varia de sociedade para sociedade e de época para época; ela é contingente ao próprio modo de produção” (HARVEY, David. **A justiça social e a cidade**. São Paulo: Hucitec, 1980. p. 186).

mínimas que o Estado estaria obrigado face ao cidadão por imposição do princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.”⁸³⁹

E como bem notou Carlos Bernal Pulido, “mesmo que se pudesse saber com certeza científica quais são as posições jurídicas que constituem o mínimo dos direitos sociais, pode ocorrer que em certos casos existam algumas razões que impeçam ou desaconselhem cumprir esse mínimo”⁸⁴⁰. A indeterminação continuaria a rondar o tema.

Na análise do mínimo existencial, é preciso ter em mente a distinção trazida por Eros Grau, apoiado nas lições de Jean Paul Sartre, entre conceito e noção. O conceito é atemporal. A noção, por sua vez, é histórica. Enquanto o conceito dificilmente pode ser apreendido, a noção determina-se em cada momento histórico. Veja-se a explicação de Sartre:

O conceito é atemporal. Pode estudar-se como os conceitos se engendram uns aos outros no interior de categorias determinadas. Mas nem o tempo nem, por conseqüência, a história podem ser objecto de um conceito. Aí há uma contradição nos termos. Desde que se introduz a temporalidade, deve considerar-se que no interior do desenvolvimento temporal o conceito se modifica. A *noção*, pelo contrário, pode definir-se como o esforço sintético para produzir uma idéia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas.⁸⁴¹

Desta feita, chega-se ao que vem a ser uma noção de algo: “*idéia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas* (Sartre).”⁸⁴² Assim, pode-se compreender que o mínimo existencial é uma noção, pois varia conforme o momento histórico, o lugar e demais fatores. Sendo noção, determina-se em cada caso concreto. O mínimo existencial contém a abertura que possibilita sua redefinição constante, pelo movimento das contradições e superações sucessivas.

⁸³⁹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas:** concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 154.

⁸⁴⁰ PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, SARMENTO, **Direitos sociais...**, p. 167.

⁸⁴¹ SARTRE, Jean Paul. Entrevista. In: COELHO, Eduardo Prado. **Estruturalismo:** Antologia de textos teóricos. Barcelos: Portugália, 1968. p. 134. apud GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 119.

⁸⁴² GRAU, op. cit., p. 119.

5.4.3 Tensão com o princípio democrático

Em razão da plasticidade da noção de mínimo existencial, os julgadores atribuem conteúdo às prestações mínimas, estabelecendo a norma a ser aplicada a determinado caso, e tomam decisão de política pública ao definirem prioridades na alocação dos recursos públicos escassos. Ainda, podem controlar a atuação do administrador e do legislador quanto à razoabilidade do conteúdo conferido ao mínimo existencial. Desse modo, o Judiciário interfere nas atividades legislativa e administrativa.

Esse campo de atuação judicial “contraria a lógica clássica da separação de poderes, segundo a qual, referidas tarefas competiriam ao Legislativo e ao Executivo, que, por terem sido eleitos, representariam melhor a vontade da maioria e, por conseguinte, o princípio democrático.”⁸⁴³ Entra em cena, assim, a tensão entre a jurisdição constitucional⁸⁴⁴ e o princípio democrático.

O debate (que não é banal) a respeito dessa tensão tradicionalmente desloca-se entre dois eixos: a defesa (i) do procedimentalismo e (ii) do substancialismo para a realização do princípio democrático. Cabe traçar as linhas gerais desses posicionamentos.

Autores como John Hart Ely⁸⁴⁵, Jürgen Habermas⁸⁴⁶ e Carlos Santiago Nino⁸⁴⁷, por exemplo, apesar das diferenças entre seus pensamentos, comungam na afirmação de que o papel da jurisdição constitucional é apenas garantir o procedimento democrático, sendo-lhe vedada manifestação acerca dos valores substantivos das escolhas democráticas.

⁸⁴³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 18.

⁸⁴⁴ Uma das vertentes da jurisdição constitucional é a interpretação das normas: “Com a expressão jurisdição constitucional, queremos significar não só o controle de constitucionalidade exercido pelas cortes constitucionais, mas, de modo geral, o papel do Poder Judiciário na implementação dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões e das escolhas políticas assumidas pelo poder constituinte originário” (JORGE NETO, op. cit., p. 72). No mesmo sentido, André Ramos Tavares indica que uma das funções da “justiça constitucional” é interpretativa e de enunciação constitucional. Por esta função, é possível que o intérprete não apenas aplique a norma, mas que também, de alguma forma, complete-a. É nessa perspectiva que a jurisdição constitucional promove e garante os direitos fundamentais. Cf. TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 221-244.

⁸⁴⁵ ELY, John Hart. **Democracy and distrust**. Fourteenth printing. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

⁸⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 113-168.

⁸⁴⁷ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

À jurisdição constitucional, portanto, reserva-se um papel procedimental, prestigiando o resultado da deliberação democrática. Em relação às cláusulas abertas, não haverá apenas uma interpretação, mas muitas e igualmente sustentáveis. Por isso não cabe ao juiz – que não é rei filósofo, que tudo sabe – definir determinada interpretação como a correta.

Mas para que o processo democrático seja legítimo e justo para validar as normas que regem a sociedade, devem estar asseguradas algumas pré-condições, tais como liberdade, igualdade e dignidade dos cidadãos. Uma vez que o Judiciário deve garantir o procedimento democrático, exige-se que proteja tais pré-condições. E ao permitirem a atuação judicial para a proteção dos direitos fundamentais necessários ao funcionamento da democracia, os adeptos da teoria procedimental possibilitam que o Judiciário realize julgamentos substantivos sem que haja violação ao princípio democrático.

Noutro eixo, autores como Ronald Dworkin⁸⁴⁸ e John Rawls⁸⁴⁹, por exemplo, defendem que o Judiciário deve proteger os direitos fundamentais porque representam os valores escolhidos pela sociedade no momento constituinte, aos quais os magistrados teriam acesso direto. Os direitos fundamentais estariam fora do processo deliberativo público para resguardar a substância da democracia. Resta evidente a defesa de uma atuação jurisdicional substantiva.

Percebe-se, então, que ambas as vertentes apresentadas possibilitam a atuação do Judiciário na proteção dos direitos fundamentais (inclusive de sua

⁸⁴⁸ Conferir, por exemplo: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁸⁴⁹ RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Org. Erin Kelly. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Explica Estefânia Barboza (op. cit., p. 68-69) que Rawls, “apesar de dar importância a uma concepção procedimental de democracia, prioriza a supremacia dos direitos básicos de liberdade e igualdade, ou seja, seja, apesar de falar em procedimento, há uma nítida preocupação de substância em sua teoria, quer seja porque para ele a Constituição deve resultar em um sistema de legislação justo e eficaz, quer seja porque vê na busca de justiça e equidade o fundamento de legitimação da jurisdição constitucional. [...] sua teoria da justiça como equidade se aproxima muito mais de uma teoria substantiva de democracia, pois para ele, a Constituição é dotada de conteúdo moral substantivo, que justamente funciona como limitação ao procedimento democrático, ou seja, na sua interpretação de justiça como equidade, ele pressupõe elementos pré-políticos ao priorizar a liberdade individual em detrimento do processo democrático. Com a idéia inicial de igual liberdade para todos os cidadãos, ele chega numa concepção substantiva de justiça, na medida em que prioriza os resultados justos, que necessariamente demonstram uma valoração substantiva do que são os resultados justos, como também defende a proteção dos tribunais aos direitos fundamentais, que, por sua vez, estariam fora do processo deliberativo público, e na escolha destes direitos está clara uma concepção substantiva.” Assim, apesar da freqüente classificação de Rawls como um teórico do procedimentalismo, as considerações tecidas no primeiro capítulo desta pesquisa, ainda que breves, permitem enxergar nos estudos do autor preocupação com aspectos materiais, com direitos e condições básicas para as pessoas que vivem em sociedade.

dimensão prestacional), seja por estes serem condições para a democracia ou limites a ela, representando os valores essenciais escolhidos pela sociedade. Em resumo:

[...] justifica-se a realização dos direitos fundamentais sociais quer seja do ponto de vista de uma democracia procedimental ou de uma democracia substantiva. Ou seja, segundo uma democracia procedimental, os direitos sociais devem ser assegurados, na medida em que permitem aos mais necessitados condições reais de participação na vida política e social do país, e, portanto, são pré-condições de um processo democrático. Por outro lado, tendo em vista que os direitos fundamentais, inclusive os sociais, são valores escolhidos pelo povo num momento de real participação democrática, como aquele estabelecido no momento constituinte, no qual realmente há uma discussão mais comprometida pela sociedade, então também – sob uma concepção substantiva de democracia – se fundamenta a legitimidade democrática da jurisdição constitucional na sua realização, pois não está fazendo nada mais do que proteger as escolhas feitas pelo próprio povo.⁸⁵⁰

Portanto, é lícito partir da premissa de que o Judiciário pode definir e proteger os direitos fundamentais. A proteção desses direitos é ainda mais necessária em sociedades como a brasileira, marcada pelas tristes estatísticas já apontadas, pelos altos níveis de desigualdade e pela ausência de condições materiais de vida para muitas pessoas.

Evidente que a jurisdição constitucional é incapaz de erradicar sozinha a pobreza e propiciar autonomia e dignidade a todos. Entretanto, tem importante papel para que esse anseio se transforme em realidade possível. As decisões “comprometidas com esse objetivo, além de representarem avanços em relação à situação anterior, podem ter efeito pedagógico para os demais poderes constituídos e mesmo para a população, que, ciente das exigências constitucionais, pode cobrar postura equivalente de seus representantes políticos.”⁸⁵¹

Frente à ausência de legislação específica em relação a determinados temas e à omissão ou atuação insuficiente do Executivo, cabe ao Judiciário realizar os direitos garantidos na Constituição, “mesmo que isto implique interpretação de valores substantivos ou imponha a adoção de medidas concretas que possam intervir nas funções dos Poderes Legislativo ou Executivo.”⁸⁵²

⁸⁵⁰ BARBOZA, op. cit., p. 210-211.

⁸⁵¹ MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 293-294.

⁸⁵² Ibid., p. 86.

Afinal, deve-se considerar que a democracia desenhada pela Constituição Federal de 1988 vai além do respeito à vontade da maioria; requer compromisso com os direitos também das minorias:

A democracia exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária. É preciso que, juntamente com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não. Na verdade, como já se referiu, os direitos fundamentais – e não apenas os individuais e políticos, mas também os sociais – apresentam-se como condições pressupostas do regime democrático e é nesse ponto que a regra majoritária, longe de ser absoluta, encontra seus limites principais.⁸⁵³

O Judiciário pode ser um fórum democrático que permite àqueles que não têm acesso ao processo político terem seus direitos reconhecidos ao menos judicialmente. A atuação do Judiciário na seara dos direitos fundamentais – principalmente quanto à sua dimensão prestacional –, preenchendo seu conteúdo e determinando sua implementação, ao invés de afrontar a democracia, pode fortalecê-la⁸⁵⁴. A democracia requer a satisfação dos direitos mais básicos das pessoas, pois a autonomia privada e pública depende de condições materiais. Ao efetivar tais condições – o mínimo existencial –, a jurisdição constitucional reveste-se de legitimidade democrática.

Nessa esteira, como sustenta Estefânia Maria de Queiroz Barboza, é possível defender “um ativismo judicial comprometido com os valores substantivos escolhidos pela sociedade brasileira, [...] sem que isso afronte o princípio da separação de poderes ou mesmo a democracia, pois só será possível pensar em um processo democrático ‘justo’ a ser realizado entre cidadãos livres e iguais, se estes cidadãos tiverem seus direitos sociais básicos garantidos.”⁸⁵⁵

Defende-se que, quando o mínimo existencial estiver em risco, a intervenção do Judiciário será mais do que possível; será obrigatória. “Não há aqui usurpação dos direitos da maioria, a quem caberia a implementação do projeto constitucional. Há, antes sim, a garantia de condições sociais de vida sem as quais a própria idéia

⁸⁵³ BARCELLOS, op. cit., p. 250-251.

⁸⁵⁴ Os direitos fundamentais, como nota Alexy, são profundamente democráticos e antidemocráticos. São democráticos ao assegurarem o desenvolvimento e a existência das pessoas, possibilitando o funcionamento e a estabilidade do procedimento democrático. Por outro lado, são antidemocráticos ao retirarem determinados temas do debate democrático, representando certa desconfiança em relação ao procedimento. Cf. ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 38.

⁸⁵⁵ BARBOZA, op. cit., p. 132-133.

de cooperação social perde completamente o sentido.”⁸⁵⁶ A não atuação é que seria desastrosa.

A proteção do mínimo existencial está na esfera lícita de atuação do Poder Judiciário. Trata-se de concretização da eficácia mínima dos direitos fundamentais. A atuação judicial para além do mínimo existencial, todavia, abala a divisão de poderes, sendo campo de configuração legislativa. Mas como saber quando a atuação judicial é legítima, considerando a abertura da noção de mínimo existencial?

5.4.4 Medida da atuação judicial

Como visto, a atuação jurisdicional possível e defensável no âmbito do mínimo existencial encontra limites para que seja, ao mesmo tempo, compatível com o princípio democrático e adequada à proteção dos direitos fundamentais.

Nessa seara, refere-se aos enfoques da auto-contenção e do ativismo judicial. A doutrina da auto-contenção judicial “procura, principalmente, limitar a atividade do Judiciário a questões estritamente jurídicas, não aceitando que o Judiciário se manifeste sobre questões políticas”⁸⁵⁷, para dessa forma ser compatível com a democracia.

Todavia, como afirma Canotilho, “a doutrina das questões políticas não pode significar a existência de *questões constitucionais* isentas de controlo.”⁸⁵⁸ O autor expõe suas razões:

Em primeiro lugar, não deve admitir-se uma *recusa de justiça ou declinação de competência* do Tribunal Constitucional só porque a questão é política e deve ser decidida por instâncias políticas. Em segundo lugar, como já se disse, *o problema não reside em, através do controlo constitucional, se fazer política, mas sim em apreciar, de acordo com os parâmetros jurídico-materiais da constituição, a constitucionalidade da política*. A jurisdição constitucional tem, em larga medida, como objecto, apreciar a constitucionalidade do ‘político’. Não significa isto, como é óbvio, que ela se transforme em simples ‘jurisdição política’, pois tem sempre de decidir de acordo com os parâmetros materiais fixados nas normas e princípios da constituição. Conseqüentemente, só quando existem parâmetros jurídico-constitucionais para o comportamento político pode o TC apreciar a violação desses parâmetros.⁸⁵⁹

⁸⁵⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129\(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129(3).pdf)> Acesso em: 11 nov. 2008, p. 32-33.

⁸⁵⁷ MORO, op. cit., p. 89.

⁸⁵⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 1309.

⁸⁵⁹ Id.

A complexidade das sociedades contemporâneas faz com que surjam cada vez mais questionamentos, que são também complexos, envolvendo questões jurídicas e políticas. “Não há, nas sociedades atuais, uma questão que seja exclusivamente política ou exclusivamente jurídica. [...] O problema, portanto, deixa de ser uma delimitação prévia do que pode e do que não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário.”⁸⁶⁰ Nessa esteira, o desafio do Judiciário, ao apreciar uma controvérsia, “é buscar preservar os princípios que fundamentam a ordem jurídica, ainda que esses princípios incidam sobre uma controvérsia que tenha ou possa ter grande repercussão em uma abordagem política.”⁸⁶¹

Ademais, “Não se pode perder de vista que a Constituição é um documento político e, portanto, é inevitável que sua interpretação recorra a valorações políticas”⁸⁶². Desse modo, não se pode barrar a atuação judicial em temas com nuances políticas.

Em outra banda, o ativismo, em linhas gerais, propugna atuação bastante incisiva do Judiciário, principalmente na concretização dos direitos fundamentais, suprindo lacunas deixadas pelo legislador ou pelo administrador.

No senso comum, considera-se que o ativismo judicial é a postura mais adequada ao tempo presente, em que se requer efetiva atuação do Estado na realização das promessas constitucionais. A compreensão não é acertada, entretanto. A história mostra exemplos de cortes altamente ativistas em que se atuou justamente contra a proteção dos direitos fundamentais, como a “Era Lochner” da Suprema Corte Norte-americana⁸⁶³.

⁸⁶⁰ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 337.

⁸⁶¹ Id.

⁸⁶² BARBOZA, op. cit., p. 203.

⁸⁶³ “A ‘Era *Lochner*’ é considerada como exemplo de ativismo judicial conservador, porquanto, sob a égide do Estado Liberal, admitia a imparcialidade do Estado e aceitava como natural as diversidades existentes na sociedade, sendo considerada ativista na medida em que interveio nas políticas tomadas pelo Executivo e Legislativo, declarando as leis inconstitucionais, mas conservadora, uma vez que atuava de acordo com o Estado Liberal” (Ibid., p. 100). “A decisão mais famosa deste período foi em 1905, no caso *Lochner vs. New York*, que envolvia uma lei de Nova York que limitava as horas de trabalho dos empregados de padaria em sessenta horas semanais e dez horas diárias. A Suprema Corte declarou inconstitucional a lei por entender que a mesma violava a liberdade contratual protegida pela cláusula do devido processo legal da Emenda Quatorze”, e não porque era prejudicial aos trabalhadores (Ibid., p. 97-98).

Ainda, o ativismo pode comprometer o engajamento das pessoas na arena política, pois o Judiciário proporcionaria a satisfação de direitos que deveriam ser reivindicados junto aos poderes legitimados pelo voto popular.

Frente a isso, pode-se cogitar a técnica minimalista de decisão, que busca resolver apenas o caso concreto, evitando a formulação de normativas amplas. Por meio dessa técnica, “o juiz constitucional deve evitar a formulação de princípios abrangentes ou a teorização profunda de temas constitucionais, limitando-se a decidir o necessário para o julgamento do caso que se apresenta.”⁸⁶⁴

Na atuação minimalista, certas questões devem ser deixadas sem decisão; deve-se evitar generalizações abstratas; cabe o raciocínio por analogia e não por princípios gerais amplos, e impõe-se decisões cautelosas, considerando cada caso.

Rodolfo Arango defende o minimalismo judicial no que concerne aos direitos sociais. Explica que a realização judicial máxima desses direitos deixaria muito pouco a ser realizado no campo político. “O exercício de democracia pressupõe áreas de não-definição material que precisamente requerem a deliberação calma e o confronto de idéias.”⁸⁶⁵

O autor que mais tem defendido o posicionamento minimalista é Cass Sunstein. Contra aqueles que crêem que o ativismo judicial na área da dimensão prestacional dos direitos fundamentais significa necessariamente violar o princípio democrático, afirma que assumir compromissos com as prestações fundamentais pode ajudar a promover a deliberação democrática, ao invés de debilitá-la.

Sem defender o protagonismo judicial na definição dos direitos e liberdades, Sunstein defere respeito às prerrogativas democráticas. Traz a interessante observação de que o minimalismo proporciona flexibilidade em relação a fatos e valores dinâmicos, abrindo espaço para decisões futuras diferentes e mais amadurecidas⁸⁶⁶.

O minimalismo judicial é indicado para “casos em que o juiz constitucional não se sinta seguro para o julgamento, oportunidade em que é conveniente evitar decisão ampla ou abrangente. Trata-se de técnica de decisão que apela para a

⁸⁶⁴ MORO, op. cit., p. 218.

⁸⁶⁵ ARANGO, Rodolfo. Basic social rights, constitutional justice and democracy. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 2, jun. 2003. p. 150.

⁸⁶⁶ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 259. O posicionamento do autor é reforçado também na obra **Radicals in robes: Why extreme Right-Wing Courts are wrong for América**. New York: Basic Books, 2005. p. 01-23 e 81-173.

prudência dos juízes, bem como para a humildade destes quanto ao acerto de suas próprias convicções.”⁸⁶⁷

Apesar de suas vantagens, a técnica minimalista não é apropriada para todos os casos, pois há oportunidades que exigem que o Judiciário se lance no mar das considerações mais amplas, gerais e profundas.

Surge, então, uma pergunta: qual a postura do Judiciário mais adequada para a democracia brasileira atual? A Constituição Federal de 1988 exige um Judiciário ativista ou que atua de forma mais cautelosa, no campo da autocontenção judicial, prestando deferência aos demais poderes?

Sustenta-se não haver lugar nem para a defesa de um Judiciário ativista nem para aquele que presta deferência. A questão, em verdade, não se trata de saber *que tipo* de Judiciário, mas sim *quando*. Há momentos em que o Judiciário deve desempenhar função protagônica; em outras ocasiões, deve se recolher. Trata-se de dinâmica própria dos poderes políticos.

Há que se “encontrar um lugar de equilíbrio, sensível à percepção de que o juiz, estando comprometido com a efetividade da Constituição, não pode, no entanto, ultrapassar certos limites, sob pena de colocar em risco os postulados do Estado democrático de direito.”⁸⁶⁸

Aparecem, então, mais questionamentos: quando o Judiciário deve atuar de um ou outro modo? Aqui não é o espaço de uma ciência matemática; direito é razão prática, requer sensibilidade (além de conhecimento).

O ideal é que se assegure uma sociedade livre, em que as próprias pessoas, através do processo de deliberação, possam decidir a propósito de seus destinos, de modo que todos aqueles que possam ser afetados por uma decisão possam se manifestar e ser ouvidos. Esse é o ideal de uma sociedade em que todos devem ter condições de participar da deliberação. O Judiciário atuará para satisfazer as condições materiais para tanto.

Mas como definir essas condições materiais? É preciso considerar que quanto mais se amplia o conteúdo do mínimo existencial, para se reconhecer direitos subjetivos independentemente das opções políticas, mais se diminui o

⁸⁶⁷ MORO, op. cit., p. 220.

⁸⁶⁸ CLÈVE, op. cit. p. 158. Na mesma linha, evitando posicionamentos estanques incompatíveis com o sistema constitucional, político e social, Sergio Fernando Moro (op. cit., p. 202) defende “contextos nos quais seria recomendável a auto-contenção e outros nos quais seria apropriada atuação mais incisiva.”

espectro de assuntos deixados para a deliberação democrática. Nesse sentido, cabe o exemplo apresentado por Carlos Santiago Nino:

Se um juiz, como guardião do apropriado funcionamento deste processo [democrático], decide que um cidadão deve ter adequada atenção médica para que não seja prejudicada sua participação livre e igual no processo, o juiz indubitavelmente contribuiria a um melhor funcionamento desse processo democrático. Não obstante, estaria simultaneamente apartando da democracia a possibilidade de decidir acerca de como deveriam distribuir-se os recursos médicos.⁸⁶⁹

É necessário senso de equilíbrio e prudência. A atuação na definição do conteúdo dos direitos fundamentais é necessária e imbuída de criatividade, o que não significa arbitrariedade⁸⁷⁰. Não se pode, por exemplo, desconsiderar as políticas públicas já existentes, “concedendo, de forma irracional e individualista, medicamentos, tratamentos de saúde ou vagas em salas de aula a todo aquele que recorrer ao Judiciário.”⁸⁷¹

A igualdade aparece também como importante baliza para a adjudicação de prestações estatais, no sentido de que se deve conceder apenas o que pode ser concedido para todos. Nota Ricardo Lobo Torres que “A insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada, tem levado à predação da renda pública pelas elites”⁸⁷².

⁸⁶⁹ NINO, op. cit., p. 302.

⁸⁷⁰ Conforme salienta Mauro Cappelletti, “o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos”, pois se subordina a limites processuais e substanciais decorrentes do próprio sistema constitucional. Por exemplo, a Constituição enuncia as competências de cada Poder, bem como os objetivos e fundamentos do Estado brasileiro. “Por isso, deve ser firmemente precisado que os limites substanciais não são completamente privados de eficácia: criatividade judicial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente ‘direito livre’, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 23-26).

⁸⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, SARMENTO, **Direitos sociais...**, p. 588.

⁸⁷² TORRES, **O direito ao mínimo existencial...**, p. 129. Continuando o ensinamento, o autor sustentar ser “preciso, pois, distinguir entre o mínimo do mínimo existencial em seu *status positivus libertatis*, que admite a proteção individual dos pobres e miseráveis na defesa das condições de sua liberdade, e a maximização do mínimo existencial, que se abre para a política pública universalista e para as ações coletivas” (Id.).

No mesmo passo, caso existentes leis e sistemas estruturados de prestação dos bens ou serviços solicitados, o juiz deve conhecê-los para verificar se foi respeitado ao menos o nível mínimo de proteção do direito fundamental em jogo⁸⁷³.

Ainda, adverte-se que o mínimo existencial não pode servir de lastro teórico para esvaziar a aplicação da dimensão prestacional dos direitos fundamentais, sob pena de desvirtuar-se o instituto. É preciso ter em mente que a finalidade não é dar ao brasileiro apenas o mínimo. Requer-se “um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta, a Constituição, portanto, para a idéia de máximo, mas de máximo possível”⁸⁷⁴. Por conta dessa diretiva, o mínimo existencial significa a satisfação ao menos mínima dos direitos, mas rumo a níveis mais altos.

Há, então, que se pensar em parâmetros à atuação judicial na efetivação das prestações básicas, para que não se peque nem pelo excesso nem pela insuficiência. Parte-se em busca dessas balizas para a atuação do Poder Judiciário na efetivação da dimensão prestacional dos direitos fundamentais.

Cláudio Pereira de Souza Neto propõe alguns critérios para o aperfeiçoamento da atuação judiciária, atribuindo-lhe maior racionalidade⁸⁷⁵. Os parâmetros materiais seriam a legitimidade da atuação judicial, em regra, (i) circunscrita à esfera da fundamentalidade material e (ii) aos hipossuficientes; (iii) a possibilidade de universalização da prestação a ser concedida; (iv) o dever de considerar o sistema de direitos sociais em sua unidade; a prioridade para (v) a opção técnica da Administração e (vi) a solução mais econômica; e (vii) a variação da intensidade do controle jurisdicional de acordo com os níveis de investimento em políticas sociais.

Os parâmetros formais, por sua vez, seriam (i) a prioridade para as ações coletivas; (ii) a legitimidade das decisões em ações individuais, em regra, apenas nas hipóteses de (a) dano irreversível e (b) inobservância de direitos conferidos pelo legislador e pelo administrador, em lei ou programa já instituído; (iii) a atribuição à Administração do ônus da prova de que não há recursos materiais e (iv) a ampliação do diálogo institucional.

⁸⁷³ MORO, op. cit., p. 283.

⁸⁷⁴ CLÈVE, op. cit., p. 160.

⁸⁷⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, SARMENTO, **Direitos sociais...**, p. 535-546.

Interessa especificamente o primeiro parâmetro material esboçado, pois reforça a defesa de que o essencial deve ser concedido obrigatória e legitimamente pelo Judiciário. Ainda que Souza Neto tente desvencilhar tal critério da noção de mínimo existencial, não se pode negar que há forte vínculo com a temática.

Para o autor, “A atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se circunscrever à garantia das ‘condições necessárias’ para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública).”⁸⁷⁶ Mas quais são essas condições necessárias? Na definição deve-se conjugar os demais parâmetros apresentados pelo autor.

Daniel Sarmento também esboça elementos relacionados à sindicabilidade dos direitos prestacionais consagrados de forma vaga e principiológica na Constituição. Afirma que o mínimo existencial é critério importante para a adjudicação desses direitos, cujo conteúdo será definido no caso concreto.

Sustenta que, em uma ordem jurídica centrada na dignidade da pessoa humana, existem prioridades (decorrentes de princípios constitucionais revestidos de elevado teor moral), como a de realizar as providências e os gastos necessários para o atendimento das necessidades materiais básicas dos mais carentes⁸⁷⁷. Todavia, esse mínimo existencial não seria assegurado de forma incondicional, visto submeter-se à ponderação.

Gustavo Amaral igualmente preocupa-se em identificar critério que solucione a questão de quais direitos devem ser obrigatoriamente prestados pelo Estado, considerando a escassez dos recursos públicos. Oferece proposta baseada na conjugação de duas variáveis: o grau de essencialidade da prestação e a excepcionalidade da ação estatal.

Em linhas gerais, a essencialidade diz respeito à necessidade de um bem para a manutenção de uma existência digna. Quanto maior for essa necessidade, maior será o grau de essencialidade do bem⁸⁷⁸. O autor prefere o termo “essencialidade” em detrimento da expressão “mínimo existencial”, porque lhe “parece um tanto contraditório estabelecer gradação do superlativo absoluto sintético

⁸⁷⁶ Ibid., p. 535.

⁸⁷⁷ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, SARMENTO, **Direitos sociais...**, p. 578.

⁸⁷⁸ AMARAL, **Direito, Escassez & Escolha...**, p. 215.

de pequeno.”⁸⁷⁹ O outro eixo a ser considerado é a excepcionalidade, que diz respeito às razões para que o Estado não proporcione determinada prestação.

Resumindo, “Caberá ao aplicador ponderar essas duas variáveis (essencialidade e excepcionalidade), de modo que se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a escolha estatal será legítima.”⁸⁸⁰ Novamente, deixa-se aberto o campo da decisão sobre o que é essencial.

Apesar das diferenças entre as propostas, há convergência no sentido de que as condições materiais mínimas indispensáveis à vida constituem o campo do que deve ser obrigatoriamente garantido pelo Estado – se necessário, por meio de determinação judicial. Mas apesar das importantes contribuições doutrinárias, cumpre aceitar que faltam critérios firmes para a atuação judicial frente ao mínimo existencial⁸⁸¹.

Considerando as proposições examinadas no terceiro capítulo, sabe-se que alguns elementos são inafastáveis da noção de mínimo existencial, como saúde, alimentação regular, vestuário básico, moradia, educação fundamental, algum rendimento mínimo e acesso à justiça para que esses bens sejam proporcionados. Mas em cada uma dessas áreas a definição de condições materiais indispensáveis recai, em algum momento, num espaço de subjetividade.

A alimentação regular satisfaz-se com o acesso efetivo à quantidade dos nutrientes necessários para o bom funcionamento do organismo. O vestuário básico diz respeito a roupas e calçados adequados ao clima da região. A educação

⁸⁷⁹ Ibid., p. 216.

⁸⁸⁰ Id.

⁸⁸¹ Nem mesmo o apoio nas necessidades humanas básicas serve de pauta segura para a definição do mínimo existencial, pois as necessidades não podem ser completa e definitivamente definidas. Falar que as necessidades essenciais são aquelas supridas por elementos essenciais significa recair na imprecisão conceitual. Cf. MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **A eficácia dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 419.

Para Len Doyal e Ian Gough, por exemplo, as necessidades humanas mais elementares são a saúde e a autonomia; sem elas, há prejuízos graves ao ser humano. A saúde deve ser entendida como mais do que a mera sobrevivência. Os autores firmam definição pela negativa: saúde é a ausência de enfermidades biológicas. No que se refere à autonomia, é a capacidade de formular objetivos e estratégias conforme seus interesses e colocá-los em prática. “Três variáveis-chave afetam os níveis de autonomia individual: o grau de *compreensão* que uma pessoa tem sobre si mesma, sua cultura e o que se espera dela como indivíduo inserido nessa cultura; a *capacidade psicológica* que possui para formular opções para si; e as *oportunidades* objetivas que possibilitem atuar em conformidade com aquelas opções” (DOYAL, Len; GOUGH, Ian. **A theory of human need**. New York: The Guilford Press, 1991. p. 125. Tradução livre). Mesmo com essa possível definição das necessidades, constata-se caberem universos nas noções de autonomia e saúde física, permanecendo a indeterminação.

fundamental corresponde aos nove primeiros anos de escolaridade, sendo garantido, também, o acesso a creches e pré-escolas. Também compõem a educação prestações de apoio ao educando, como transporte, merenda e material didático. Mas qual tipo de transporte? Quanto de merenda? O material didático incluiria livro em Braille para deficiente visual? Em relação ao rendimento mínimo, basta o valor previsto em lei ou deve-se garantir o rendimento mínimo para satisfazer as necessidades familiares básicas, nos termos calculados pelo DIEESE, por exemplo? Sobre o mínimo em saúde, sabe-se que as discussões são infundáveis, considerando que a própria noção de saúde é controversa.

A subjetividade parece algo a ser rechaçado. Todavia, importa deixar clara a impossibilidade de total controle das decisões judiciais. O intérprete projeta-se na decisão. São pessoas que julgam, situadas em determinados ambientes físicos, sociais, temporais, com formações educacionais, pré-compreensões, conflitos mesmo inconscientes. Esses fatores, em maior ou menor medida, influenciam as decisões.

É inevitável a abertura do sistema jurídico provocada pelos direitos fundamentais e a subjetividade. Michel Rosenfeld afirma que “um texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis.”⁸⁸² Seja por não abarcar todas as matérias que deveria idealmente contemplar, seja por não ser capaz de exaurir todas as questões que podem ser levantadas a partir do que acolhe. Sendo assim, há sempre uma abertura para a interpretação. O mínimo existencial sequer é, em si, um texto, como já mencionado; é um conjunto de noções expressas em textos.

Considere-se que “Difícilmente um direito prestacional é previsto na legislação de forma absolutamente livre de ambigüidades e, mesmo nestes casos raros, óbices típicos do contexto de aplicação do direito – tais como a reserva do possível e a colisão de princípios – acabam por exigir do juiz algo além de técnica imparcial.”⁸⁸³ Caso não se admita a inevitabilidade da participação substantiva do juiz, pode-se correr o risco de conviver acriticamente com tal participação.

Cabe, então, admitir a subjetividade – salutar, em um sistema que requer equilíbrio e sensibilidade –, mas sem descuidar da exigência de racionalidade das

⁸⁸² ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 18.19.

⁸⁸³ GOUVÊA, **O controle judicial das omissões administrativas...**, p. 265.

decisões. Entram em cena, por exemplo, os excelentes aportes teóricos sobre o tema, cujas linhas gerais restaram apresentadas no terceiro capítulo.

Todavia, notou-se nos julgados que as lições acadêmicas são muito pouco aproveitadas pelos tribunais. Houve remissão às lições de Ricardo Lobo Torres, considerando ser o autor que mais produz sobre o tema. Encontrou-se referência também a Luis Roberto Barroso, ao considerar o mínimo existencial como núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana. A obra de Ana Paula de Barcellos foi igualmente referida, principalmente para definir os elementos que compõem o mínimo existencial.

Sublinhe-se que os julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais foram os mais cuidadosos, referindo as lições de José Joaquim Gomes Canotilho, Ingo Sarlet, Luís Roberto Barroso e Gustavo Amaral para refletir sobre a atuação do Judiciário na determinação da atuação dos demais poderes, bem como para cotejar a proteção do direito à saúde com a escassez dos recursos públicos. Mas em geral foram poucas as decisões que se referiram à doutrina sobre o mínimo existencial.

Cumpra ao Judiciário aproveitar as propostas lançadas pelos autores que tratam a noção de mínimo existencial com o devido cuidado, preocupando-se com seu conceito e razão de ser. Eis um modo de balizar as decisões.

Em relação ao mínimo existencial, não é possível encontrar respostas apenas no quadro normativo vigente. A determinação do mínimo existencial “não pode ocorrer de forma insulada, apenas na esfera jurídica, reclamando uma exegese orientada pela realidade do mundo circundante (considerando fatores climáticos, culturais, econômicos, etc.)”⁸⁸⁴. Abre-se espaço para opções hermenêuticas. Por isso, “as teses contemporâneas mais aprofundadas acerca do balizamento dos poderes dos juízes recorrem a argumentos extralegais.”⁸⁸⁵

“Inexistindo uma fórmula unívoca capaz de definir com precisão o âmbito do mínimo existencial amparável juridicamente, deverá o magistrado construir um encadeamento deontológico, tomando como alicerces a doutrina, a jurisprudência e

⁸⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 376.

⁸⁸⁵ GOUVÊA, **O controle judicial das omissões administrativas...**, p. 144.

mesmo contributos de outros ramos do conhecimento (filosófico, científico).⁸⁸⁶ Além dos elementos do caso concreto, certamente.

O desenho do conteúdo do mínimo existencial, apesar de não ser unívoco nem objetivo, é dotado de racionalidade. “Cuida-se de um processo legitimado *a posteriori* por instâncias de controle institucional e social, em que as decisões discrepantes tendem a diluir-se.”⁸⁸⁷

Além do dever do Judiciário de ser sensível à ordem constitucional vigente, às decisões anteriores, à doutrina e ao caso concreto, outro balizamento para a decisão judicial é a existência de um potencial controle social e jurídico do julgado. Críticas acadêmicas, repercussão social e possibilidade de reforma em segunda instância desempenham importante papel.

O mínimo existencial delineado judicialmente deve se submeter a testes de aceitação intersubjetiva. “Fatores como a opinião pública, a opinião da comunidade jurídica, decisões anteriores e a literatura jurídica, filosófica e científica ajudam a manter a homogeneidade das decisões, garantindo-as de subjetivismos indesejáveis.”⁸⁸⁸ Mais do que uma introspecção moral, o que leva o juiz a julgar um caso da melhor forma possível é a existência de um potencial controle social e jurídico de sua decisão.

Exemplo de subjetivismo indesejável seria um cenário de “embriaguez mínimo-existencialista”, em que qualquer prestação é acriticamente atrelada ao mínimo existencial. Em sentido contrário, o subjetivismo poderia manifestar-se pela adoção de interpretação muito restritiva da noção de mínimo existencial, de modo a esvaziá-la na prática. São necessárias balizas para que o Judiciário não caia na omissão nem na atuação excessiva em relação ao mínimo existencial.

Salientou-se que reduzir a uma fórmula abstrata todas as prestações que compõem a noção de mínimo existencial não parece ser tarefa possível. Isso não significa, contudo, a impossibilidade de buscar uma definição que terá sentido e operacionalidade para o caso concreto. Observou-se que em todos os julgados a noção de mínimo existencial foi construída a partir dos próprios elementos do caso concreto, observando parâmetros normativos e em algumas (poucas) oportunidades considerando aportes doutrinários.

⁸⁸⁶ Ibid., p. 263.

⁸⁸⁷ Ibid., p. 267.

⁸⁸⁸ Ibid., p. 266.

Com sensibilidade, prudência e buscando critérios para que a decisão seja racional⁸⁸⁹, mantém-se a saudável – ainda que desconfortável – abertura da noção de mínimo existencial, sem descuidar do equilíbrio e da segurança que se requer da atuação judicial.

O mínimo existencial envolver um hiato é preocupante, mas também encorajador⁸⁹⁰. É preocupante porque o que é aberto e incompleto provoca ansiedade, e também porque os esforços para delimitar a noção de mínimo existencial podem resultar em retrocesso ou obstáculo. Mas é encorajador porque sempre haverá espaço para aprimoramento e oportunidade para realizar as promessas constitucionais.

⁸⁸⁹ Aqui se refere à importância dos estudos sobre a argumentação jurídica. Confira-se, por exemplo, ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2. ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

⁸⁹⁰ A idéia dos aspectos encorajador e preocupante da abertura é de Michel Rosenfeld (op. cit., p. 109), ao tematizar a identidade do sujeito constitucional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo navegado nas águas escolhidas, eis o momento de subir ao mirante, a fim de verificar se a viagem contribuiu para impulsionar o estudo do tema do mínimo existencial e se o objetivo traçado ao partir foi alcançado, além de salientar algumas constatações surgidas com a chegada.

Em fragmentos dos estudos elaborados por John Rawls (defesa do mínimo social), Friedrich Hayek (garantia de uma renda mínima, mesmo em cenário ultraliberal), Michael Walzer (identificação de uma moralidade universal apesar da ênfase ao comunitarismo), Jürgen Habermas (há direitos básicos que são pressupostos para a autonomia privada e pública) e Carlos Santiago Nino (da autonomia decorrem condições materiais) localizou-se preocupação com as necessidades inerentes à existência humana.

Também por meio de pronunciamento do próprio Estado restou afirmado um dever de proporcionar condições básicas. Observou-se decisões proferidas pelo Tribunal Federal Administrativo e pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que fixaram a origem do debate sobre o mínimo existencial na atividade judicial.

Constatou-se a possibilidade de sustentar também no Brasil a necessidade da atuação estatal para garantir às pessoas condições de existência, mediante referência ao contexto constitucional brasileiro, à introdução da temática do mínimo existencial pela via doutrinária e à relevância do instituto no cenário nacional.

A atuação estatal defendida encontra fundamentos normativos. Foram examinados alguns pactos internacionais que o Brasil se comprometeu a respeitar, normas da Constituição Federal de 1988 e exemplos de disposições infraconstitucionais relacionadas ao mínimo existencial. Apesar da falta de dicção normativa expressa sobre a tutela do mínimo existencial, o sistema jurídico brasileiro permite concluir pela defesa e promoção de condições indispensáveis para a existência humana digna.

O mínimo existencial recebeu importantes aportes doutrinários, que foram sistematizados para melhor compreender o instituto objeto da pesquisa.

Em seguida, foi observado o tratamento conferido pelos tribunais pátrios à noção de mínimo existencial. Foram pinçadas decisões (do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados) que mencionaram a expressão “mínimo

existencial”. A opção pelo Judiciário nacional não impediu que fossem trazidas contribuições do direito estrangeiro, na medida em que contribuem para melhor pensar o tema no Brasil. Nessa esteira, foram mencionadas decisões provenientes da Colômbia, com sua ampla jurisprudência sobre o mínimo vital, da Alemanha e de Portugal, ressaltando o princípio da dignidade humana, da África do Sul, com forte defesa dos direitos sociais, ainda que não de um mínimo, e da Índia, com a compreensão da vida em sua plenitude.

Assentados esses elementos, teve-se a oportunidade de rumar à terra aqui prometida: lançar um olhar sobre o tratamento atribuído pelo Judiciário brasileiro à noção de mínimo existencial. Com esse norte, o capítulo final dedicou-se a traçar um paralelo entre as decisões judiciais examinadas e os elementos apresentados anteriormente. Algumas constatações decorrentes desse paralelo merecem ser salientadas.

Os julgados trazidos à colação comprovaram que o mínimo existencial tem sido suscitado para contornar alguns óbices opostos à concretização dos direitos básicos (notadamente em sua dimensão prestacional), o que reforça a relevância do debate no cenário brasileiro.

As decisões examinadas conferiram efetividade às normas constitucionais, enunciando direitos sindicáveis desde logo. Quando reconhecido que determinado direito integra o mínimo existencial, os julgadores frisaram estar-se diante de direito subjetivo, não aceitando que se alegasse, por exemplo, a ausência de recursos para efetivar as prestações estatais (reserva do possível).

No que tange às relações entre particulares, observou-se que a eficácia dos direitos fundamentais recebe contornos mais precisos com a noção de mínimo existencial. Sempre que estiver em jogo elemento vinculado a esse mínimo, há de se reconhecer sua aplicabilidade direta aos particulares e incidência imediata nas relações que travam entre si.

Notou-se que, apesar de as decisões trazidas concluírem favoravelmente à horizontalidade dos direitos fundamentais, não dispensaram maiores cuidados à problemática. Simplesmente, tomaram como dada a aplicação do mínimo existencial às relações entre particulares, o que, se tem o aspecto positivo de fortalecer a efetividade, por outro lado denota uma aplicação um tanto acrítica dos direitos básicos.

Sobre o fundamento normativo atribuído ao mínimo existencial, tem-se que o mais citado foi o princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade tem sido a principal justificativa para a proteção de direitos básicos no entendimento do Judiciário brasileiro. Novamente se apresentam dois aspectos: o positivo, de valorização da pessoa, colocada como razão de ser do direito; e o negativo, de alicerçar a noção fugidia do mínimo existencial em princípio um tanto etéreo, muitas vezes transformando a questão em um jogo de palavras vazias.

Nessa toada, aponta-se que, na maioria das decisões examinadas, o mínimo existencial foi apenas um tema levemente tangenciado; um simples recurso retórico. A aplicação acrítica acaba por fechar o debate: se uma prestação relaciona-se à dignidade e se aparece a expressão “mínimo existencial”, o pedido é prontamente deferido.

Pensa-se que o mínimo existencial deve ser protegido com elementos plausíveis e não tomado como expressão de efeito, sob pena de descrédito das conquistas advindas do manejo do instituto. Para tanto, é necessária sua adequada compreensão, o que se procurou realizar nesta pesquisa.

A respeito do conteúdo que se tem atribuído ao mínimo existencial pelos tribunais pátrios, não se encontrou julgado que considerou o mínimo existencial como apenas o mínimo vital. Trata-se de ponto positivo, pois se percebe que o ser humano, para ter sua dignidade respeitada, sua autonomia propiciada, necessita muito mais do que apenas sobreviver a cada dia. Constatou-se que a existência supera qualitativamente a sobrevivência.

Importa frisar que este estudo não se voltou à existência de um sujeito abstrato, mas sim de um sujeito de carne e osso, que sente a dor da ausência de condições materiais para a vida, que expressa no rosto sua condição. Dessa forma, buscou-se recuperar um sentido antropológico perdido pelo dualismo moderno (desde Descartes até Kant⁸⁹¹), que é definir o ser humano em primeiro lugar como

⁸⁹¹ O dualismo é a exaltação da dimensão puramente racional em detrimento do corpo, entendido como objeto e instrumento da razão. Descartes estabelece um dualismo corpo-alma. A certeza da existência derivava apenas da razão. O corpo, para ser vivo, deveria estar unido à alma, entendida como a razão típica do homem branco europeu. Assim, aqueles que fugissem a esse estereótipo, poderiam ser destruídos, porque não se enquadravam como *ser*. O repúdio ao corpo, em Descartes, provém da suficiência ontológica do homem consciente de si mesmo. No homem cartesiano, há uma identidade solitária, cíclica, entre a consciência de si mesmo e a razão. Estar consciente de si mesmo é rejeitar o corpo e aceitar a razão como identidade de si. Os impulsos viscerais, todas as curvas e voltas do baixo ventre, a fome, a sede, a necessidade, são rejeitadas em nome de uma suficiência quase sagrada de um fantasma que habita a máquina física do corpo. Assim é com Kant: é a razão que eleva o homem aos estratos metafísicos, que reflete os aspectos

corporalidade, como ser vivo e, por isso, vulnerável e impregnado de necessidades⁸⁹². A recuperação da corporalidade é importante, porque há carências que só são sentidas no corpo (como a fome e a doença, por exemplo). Todavia, não se trata de um materialismo simplista, um mero fisiologismo e sim do integral conteúdo da vida humana (considerando níveis físico, espiritual e cultural)⁸⁹³.

Justamente pela riqueza da existência, pelo fato de o mínimo existencial superar o mínimo vital, a determinação dos seus contornos se torna tarefa difícil. E como se pôde observar, o Judiciário depara-se com essa dificuldade freqüentemente.

O mínimo existencial é noção que varia conforme o momento histórico, o lugar e demais fatores. Reduzir a uma fórmula abstrata todas as prestações que compõem o mínimo existencial não pareceu ser tarefa possível. Isso não significa, contudo, a impossibilidade de buscar uma definição que terá sentido e operacionalidade para o caso concreto. O mínimo existencial contém a abertura que possibilita sua redefinição constante.

Em razão da plasticidade da noção, os julgadores atribuem conteúdo às prestações mínimas, estabelecendo a norma a ser aplicada a determinado caso, e tomam decisão de política pública ao definirem prioridades na alocação dos recursos escassos. Ainda, podem controlar a atuação do administrador e do legislador ao analisar a razoabilidade do conteúdo conferido ao mínimo existencial. Desse modo, o Judiciário interfere nas atividades legislativa e administrativa. Tomando decisões para a (ou pela) sociedade, mencionou-se uma tensão entre a jurisdição constitucional e o princípio democrático.

laicizados do divino na ação humana, desde o transcendental até o mundo. O corpo insuficiente de Kant é a prisão de sua razão, que se agarra para ascender ao sublime. Não mais sua fome, sua sede, sua demanda física. Seu ser mínimo é o templo de sua consciência.

⁸⁹² DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 132-133.

⁸⁹³ Ibid., p. 133. Há a necessidade de afeto, por exemplo. As necessidades humanas superam o palpável. Nesse sentido, houve situação muito discutida. Um estudante, à época com vinte e quatro anos, aforou medida judicial contra seu pai, objetivando, com fundamento no dever de possibilitar desenvolvimento humano aos filhos, receber indenização por abandono afetivo. Sustentou que aos seis anos de idade, por ocasião do nascimento de sua irmã (fruto de novo relacionamento conjugal do pai), seu pai teria rompido a relação de convivência familiar de que desfrutavam. O estudante sempre recebeu pensão alimentícia, mas sentia a falta do amor e do reconhecimento como filho, pois não percebia em seu pai qualquer acolhida, mesmo em datas como aniversários, aprovação no vestibular e formatura. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça afastaram o dever do pai de indenizar o filho por abandono afetivo, entendendo não ser possível obrigar alguém a amar. Cf. Recurso Especial nº 757411-MG, julgado em 29/11/05 pela 4ª Turma do STJ, sendo relator o Min. Fernando Gonçalves. DJ de 27/03/06, p. 299.

Notou-se que quando uma condição indispensável à vida estiver em risco, a intervenção do Judiciário será mais do que possível; será obrigatória. Trata-se de atuar para possibilitar a própria democracia e a cooperação social. A não atuação do Judiciário no campo do mínimo existencial é que seria desastrosa.

Portanto, defendeu-se que a proteção do mínimo existencial está na esfera legítima de atuação do Poder Judiciário. Trata-se de concretização da eficácia mínima dos direitos fundamentais. A atuação judicial para além desse mínimo, todavia, abala a divisão de poderes, sendo campo de configuração legislativa. A pergunta que fica é como saber quando a atuação judicial é legítima, considerando a abertura da noção de mínimo existencial.

Questão que se relaciona com as observações apontadas é qual a medida da atuação judicial, se ativista ou cautelosa e prestando deferência aos demais poderes. Defendeu-se não haver resposta pronta. Há momentos em que o Judiciário deve desempenhar função protagônica; em outras ocasiões, deve se recolher. Trata-se de dinâmica própria dos poderes políticos.

“A complexidade que se abateu sobre as relações jurídicas não mais dá espaço para o conforto racional das respostas simples e acabadas”⁸⁹⁴; requer-se sensibilidade aliada a conhecimento, com pitadas de responsabilidade. É preciso reconhecer que muitas vezes a solução não pode ser aprioristicamente dada. Nessa descoberta diária, nos desafios, no potencial construtivo reside muito da beleza do direito.

A pesquisa realizada trouxe relação interessante e, ao mesmo tempo, problemática, que é a aproximação entre direito e política. Procurou-se buscar uma fundamentação do mínimo existencial no direito, para que o debate não fosse reduzido à questão de, por exemplo, conceder ou não a bolsa família. Manteve-se o foco no direito, sem, contudo, fechar os poros a outros campos.

Cabe admitir a subjetividade que envolve o tema do mínimo existencial, mas sem descuidar da exigência de racionalidade das decisões. Entram em cena, por exemplo, os excelentes aportes teóricos, que oferecem parâmetros à atuação

⁸⁹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 250. Em outro texto, o autor retoma a idéia: “O momento está mais para interrogações que para respostas, embora cada questão contenha, em si mesmo, o gérmen de sua própria redarguição. Os fatos continuam a surpreender o Direito” (FACHIN, Luiz Edson. A tríplice paternidade dos filhos imaginários. In: ALVIM, Tereza Arruda (Coord.). **Direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 185).

judicial na efetivação das prestações básicas, para que não se peque nem pelo excesso nem pela insuficiência.

Constata-se que quando baterem à sua porta reclamando a garantia do mínimo existencial, o Judiciário pode e deve responder, pois é possível e muito relevante afirmar um dever do Estado de proporcionar o mínimo existencial, com base no quadro normativo e social vigente.

Há de responder com cuidado, respeitando o espaço da democracia, das políticas públicas, das escolhas orçamentárias. Ao mesmo tempo, com a coragem de ir além da sobrevivência humana, aproveitando as contribuições da doutrina, os erros e acertos de outras decisões, explorando com equilíbrio, prudência, sensibilidade e conhecimento a abertura inerente ao mínimo existencial, para que a vida seja repleta de todas as cores.

Ainda, o julgador deve responder tendo em mente, também, que a proteção do mínimo existencial não se trata da afirmação de uma existência solitária. Parte-se da compreensão de que o eu constitui-se apenas enquanto relação com o outro. A existência ganha sentido na co-existência.

O eu está em meio a eus e coisas, carrega alteridades. “O ser humano só pode ser apreendido em sua dimensão coexistencial, uma vez que a vida sem os outros nada mais é que uma abstração, afastada a realidade. Existir é, pois, estar no mundo juntamente com os outros e com as coisas.”⁸⁹⁵ Pensar e aplicar o mínimo existencial requer essa pluralidade de laços e o respeito ao outro⁸⁹⁶.

Colorido, portanto, é o olhar aqui lançado sobre julgados brasileiros a respeito do mínimo existencial, com nuances fortes e fracas, que se espera tenha contribuído para o estudo do tema. Fez-se o possível⁸⁹⁷ para descer na terra prometida, localizada em um arquipélago de desejos.

⁸⁹⁵ FACHIN, **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo...**, p. 49.

⁸⁹⁶ A responsabilidade para com o outro é um tema fascinante. Citem-se dois belíssimos trabalhos de Emmanuel Levinás: **Totalidade e infinito**. Lisboa: Edições 70, 1980 e **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. Petrópolis, Vozes, 1997.

⁸⁹⁷ A relação entre possível e impossível recebe análise interessante por Franz Hinkelammert. O autor parte do princípio da impossibilidade formulado por Karl Popper: toda ação social humana é limitada pelo fato de que o conjunto dos conhecimentos humanos não é centralizável em uma só cabeça ou instância. Assim, é impossível o conhecimento perfeito de todos os fatos da relação social humana interdependente. A ação humana depara-se com impossibilidades. O sujeito aproxima-se da realidade e atua pretendendo determinados fins. À medida que se perseguem os fins, as impossibilidades são experimentadas. Apenas conhecendo essas impossibilidades pode-se falar do possível. O sujeito, assim, transcende a realidade e encontra nela o limite do possível. Sem essa transcendência, fica-se limitado ao existente. “Desse modo, transcender o possível é condição para conhecer o possível e, ao mesmo tempo, conhecer o possível é condição para transcender a

Muitas terras ainda estão à espera de olhares e descobertas. A via processual de proteção do mínimo existencial, outras contribuições teóricas para a fundamentação dos direitos básicos, a configuração do mínimo existencial como direito fundamental (e todas as implicações daí decorrentes) e os vários modos de atuação do Estado para proteger e promover o mínimo existencial, como as políticas públicas, os serviços públicos, a atividade normativa (especialmente o tema da reforma constitucional e seus limites), a tributação e a atividade jurisdicional (destacando-se o controle das omissões), são apenas algumas das inúmeras peças do mosaico do mínimo existencial que podem ser trabalhadas.

Por fim, importa salientar que, embora se tenha defendido que o Estado deve garantir o mínimo existencial (deve proporcionar meios materiais para que pessoas *sem condições de prover a própria existência* tenham sua dignidade e autonomia propiciadas e respeitadas), não se acolhe uma situação de dependência das pessoas ao Estado, ou que o Estado deve sustentar todos, distribuindo casas e cestas básicas. É preciso se desvencilhar da idéia de que o Estado é um pai que deve tudo prover a seus filhos.

Importa assumir que a vida deve ser preservada em primeiro lugar por aquele que a vive; que cabe a cada um, prioritariamente, cuidar da sua existência. Estar apto a buscar seu sustento mas esperar um salvador ou depositar o presente e as esperanças do futuro em recursos vindos do Estado significa ser eterno servo à espera de recompensa. Assumir as rédeas da própria vida é certamente muito difícil. Mas a condição de humanidade requer a luta de cada um e de todos por seu lugar ao sol. O Estado atuará para demarcar esse lugar apenas subsidiariamente.

Nesse viés, defende-se que o mínimo existencial não deve ser simples questão de receber algo do Estado e nem mesmo constituir-se em um fim. Trata-se de *meio* para o exercício das capacidades humanas e o desenvolvimento da personalidade das pessoas. Uma possibilidade de ser livre para fazer escolhas e de construir um Estado não de dependentes, mas de uma comunidade que tem por objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as

realidade no marco do possível" (HINKELAMMERT, Franz. **Crítica da razão utópica**. São Paulo: Paulinas, 1986. p. 256). É tentando superar limites que se conhecem verdadeiramente os limites; e para ir além dos limites deve-se considerar os limites existentes.

desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

As considerações aqui tecidas, apesar de denominadas finais (por sua localização), são, em verdade, início de outras reflexões. Alcançou-se uma porção de terra. Mas a chegada é sempre um novo ponto de partida. Há, ainda, muitas águas para navegar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: ABRAMOVICH, Victor; AÑON, María José; COURTIS, Christian (Org.). **Derechos sociales**: instrucciones de uso. México: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003. p. 55-78.

_____. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 31-47.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2. ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 99-120.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983.

_____. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 271-297.

ANTÓN, Fernando Serrano. Derecho comparado: panorámica general. In: FERNÁNDEZ, Javier Martín (Coord.). **El mínimo personal y familiar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas**: análisis de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, a la luz del Derecho comparado. Madrid, Barcelona: Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, 2000. p. 55-70.

ARANGO, Rodolfo. Basic social rights, constitutional justice and democracy. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 2, p. 141-154, jun. 2003.

_____. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Legis, 2005.

_____. **La jurisdicción social de la tutela en Colombia.** Disponível em: <<http://www.cedha.org.ar/docs/doc154-spa.doc>> Acesso em: 28 jul. 2008.

_____. O direito à saúde na jurisprudência constitucional colombiana. Trad. Bruno Stigert. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 721-754.

_____; LEMAITRE, Julieta (Dir.). **Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital.** Estudio de caso: despido injusto de mujer embarazada. Bogotá: Centro de Investigaciones Sociojuridicas, Uniandes, 2002.

ARRUDA, JR., Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica:** alternativas para o direito. Florianópolis: CESUSC, 2002.

_____; _____. GONÇALVES, Marcus Fabiano. Globalização, direitos humanos e desenvolvimento (sociologia jurídica da eficácia do direito). In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de; BARBOSA, Leila Carioni (Org.). **Direitos humanos e desenvolvimento.** Florianópolis: OAB/SC, 2005. p. 09-45.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família:** com comentários à Lei 8.009/90. 5. ed. rev., ampl. e atual. com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 315-345.

BARBOSA, Ana Paula Costa. A legitimação moral da dignidade humana e dos princípios de direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 137-168.

BARBOSA, Leila Carioni. Direitos humanos, exclusão social e globalização. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de; BARBOSA, Leila Carioni (Orgs.). **Direitos humanos e desenvolvimento.** Florianópolis: OAB/SC, 2005. p. 83-97.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional:** entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 97-135.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: _____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. III.

_____. (Org.). **A nova interpretação constitucional** – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, p. 31-61, nov./dez. 2007.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 225, p. 05-37, 2001.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. III.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Interesse Público**, Porto Alegre, v. 5, n. 19, p. 51-80, mai./jun. 2003.

BECKER, Lauro da Silva; KESTRING, Silvestre; SILVA, Marlene Dierschnabel da. **Elaboração e apresentação de trabalhos de pesquisa: no ensino médio, na graduação, na pós-graduação**. Blumenau: Acadêmica, 1999.

BERTOZZI, Itália Maria Zimardi Arêas Poppe. **O mínimo existencial e sua efetivação**. Rio de Janeiro: 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Público), Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 293-320.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 1992.

BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. Rawls e seus críticos: revisitando a teoria da justiça. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 10, n. 40, p. 183-204, jul./set. 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. O direito das crianças à plena fruição dos direitos econômicos, sociais e culturais: o direito a ter direitos no futuro. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 831-854.

BRAGA, Leonardo Carvalho. **A justiça internacional e o dever de assistência no “direito dos povos” de John Rawls**. Rio de Janeiro, 2003. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAMPBELL, Tom. **La justicia: los principales debates contemporáneos**. Trad. Silvina Álvarez. Barcelona: Gedisa, 2002.

CAMPOS, Maria Aparecida Pourchet. Alimentação (introdução ao direito da). In: FRANÇA, Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 6.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra, São Paulo: Coimbra, Revista dos Tribunais, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano II, n. 8, p. 151-161, jul./set. 2003.

_____. **Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 152-160.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Maria de Fátima Machado da. **Michael Walzer: a teoria da guerra justa e o terrorismo**. Braga, 2005. Dissertação (Mestrado em Filosofia), Departamento de Filosofia e Cultura da Universidade do Minho.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CHRISTIANSEN, Eric C. Decidindo sobre direitos não-justiciáveis: direitos sócio-econômicos e a Corte Constitucional Sul-africana. Trad. Leonardo Carrilho Jorge. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 641-695.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 87-136.

DANIEL, Denise de Cássia. **O imposto sobre a renda das pessoas jurídicas e a composição dos prejuízos fiscais**. Curitiba, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

DIAS, Maria Clara. **Os direitos sociais básicos: uma investigação filosófica da questão dos direitos humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

DOYAL, Len; GOUGH, Ian. **A theory of human need**. New York: The Guilford Press, 1991.

DUSSÁN, Carlos Parra; ROMERO, Alejandro Quintero. El mínimo vital y los derechos de los adultos mayores. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, n. 9, p. 236-261, abr. 2007.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação – na idade da globalização e da exclusão**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Hacia una filosofía política crítica**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**. Fourteenth printing. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

FABO, Diego Marín-Barnuevo. **La protección del mínimo existencial en el ámbito del I.R.P.F.** Madrid: Colex, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNÁNDEZ, Javier Martín. Regulación en España. In: _____ (Coord.). **El mínimo personal y familiar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas: análisis de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, a la luz del Derecho comparado**. Madrid, Barcelona: Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, 2000. p. 17-54.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 165, p. 39-50, jan./mar. 2005.

FOUCAULT, Michel. **A vontade de saber.** Rio de Janeiro: Graal, 1993.

_____. **História da sexualidade 1: vontade de saber.** Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 859-873.

GARCIA, Emerson. **O direito à educação e suas perspectivas de efetivação.** Disponível em: <<http://www.acaoeducativa.org.br/portal/images/stories/geral/13odireitoaeducacaoesuas perspectivas de efetividade.pdf>> Acesso em: 07 out. 2008.

GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 207-227.

GOHIL, Abhay. **“Life” as enshrined in the Constitution and expounded by courts.** Disponível em: <<http://www.cili.in/article/view/2170/1433>> Acesso em: 17 out. 2008.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **A eficácia dos direitos sociais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 199-254.

GRAU, Eros Roberto. **A Constituinte e a Constituição que teremos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito.** São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, ano VII, n. 9, p. 379-397, dez. 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2. v.

HARVEY, David. **A justiça social e a cidade**. São Paulo: Hucitec, 1980.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. São Paulo: Visão, 1985. v. 2 – A miragem da justiça social.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 827-858.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HINKELAMMERT, Franz. **Crítica da razão utópica**. São Paulo: Paulinas, 1986.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

HORTA, Raul Machado. Constituição e direitos sociais. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, n. 86, p. 07-47, jan. 1998.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. A previdência social como direito fundamental. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1053-1082.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2008.

KERSTING, Wolfgang. Em defesa de um universalismo sóbrio. Trad. Luís Marcos Sander. In: _____ **Universalismo e direitos humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 79-102.

KOTHARI, Jayna. **Right of Housing: constitutional perspective on India and South Africa**. Disponível em: <http://www.escri-net.org/usr_doc/kothari_article.doc> Acesso em: 17 out. 2008.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.

_____. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KROL, Heloísa da Silva. **Reforma constitucional: fundamentos e limites no cenário democrático-constitucional.** Curitiba, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>> Acesso em: 26 jun. 2007.

LUDWIG, Celso Luiz. Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a filosofia de Enrique Dussel. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a Teoria do Estado.** Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 283-325.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao código tributário nacional.** São Paulo: Atlas, 2003. v. I.

MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (Orgs.). **A idéia de justiça de Platão a Rawls.** Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MALISKA, Marcos Augusto. Educação, Constituição e democracia. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 789-800.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ‘ações afirmativas’ em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 185-222.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **A eficácia dos direitos sociais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 379-424.

MAX-NEEF, Manfred; ELIZALDE, Antonio; HOPENHAYN, Martín. **Desarrollo a escala humana: una opción para el futuro.** Santiago de Chile: Cepaur y Fundación Dag Hammarskjöld, 1986.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais.** 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MILANEZ, Daniela. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, p. 197-221, jul./set. 2004.

MILLÁN, Emilio Cencerrado. **El mínimo exento** – en el sistema tributario español. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1999.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Aspectos materiais e processuais do direito fundamental à alimentação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1083-1121.

MOLINA, Pedro M. Herrera. Derecho comparado: especial análisis del caso alemán. In: FERNÁNDEZ, Javier Martín (Coord.). **El mínimo personal y familiar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas**. Madrid e Barcelona: Instituto de Estudios Fiscales e Marcial Pons, 2000. p. 71-98.

_____. Fundamento y configuración del mínimo personal y familiar. In: FERNÁNDEZ, Javier Martín (Coord.). **El mínimo personal y familiar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas: análisis de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, a la luz del Derecho comparado**. Madrid, Barcelona: Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, 2000. p. 01-16.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 167-190.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOSCHETTI, Francesco. **El principio de capacidad contributiva**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. A ética do discurso como justificação dos direitos fundamentais na obra de Jürgen Habermas. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 521-566.

_____. Concretizando a utopia: problemas na efetivação do direito a uma vida saudável. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 905-924.

NEUMANN, Franz. **Estado democrático e estado autoritário**. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

NINO, Carlos Santiago. Autonomia y necesidades básicas. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 7, 1990. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630233495944102257/index.htm>> Acesso em: 11 out. 2007.

_____. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. ampl. y rev. Buenos Aires: Astrea, 2007.

_____. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 219, p. 237-251, jan./mar. 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Curitiba, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192.

_____. Princípios morais e direitos humanos na obra de Carlos Santiago Nino. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 385-419.

PEREIRA, Potyara Amazoneida. **Necessidades Humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Lecciones de Filosofía del Derecho: presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica**. Sevilla: Mergablum, 1998.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O “mínimo existencial” no contrato: desenhando a autonomia contratual em face dos direitos fundamentais sociais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, Curitiba, n. 8, p. 49-66, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PORT, Otávio Henrique Martins. **Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da Administração Pública**. São Paulo: RCS, 2005.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 137-175.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 165-216.

QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**. Barueri: Manole, 2004.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Org. Erin Kelly. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O direito dos povos**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **O liberalismo político**. 2. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

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

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978.

RIBEIRO, Gustavo Moulin. A cidadania jurídica e a concretização da justiça. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 321-383.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005.

ROCHA, Sonia. **Pobreza no Brasil: Afinal, de que se trata?** 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. **Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución Española**. Granada: Comares, 1996.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SADY, João José. **O Judiciário e o conflito entre DH e reserva do possível**. Disponível em:

<<http://www.camara.rj.gov.br/vereador/comissoes/cdca/estudos/conflito.htm>> Acesso em: 30 jul. 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In: _____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 161-186.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____ (Org.). **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 427-461.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Algumas considerações a respeito do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 20 jul. 2008.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 16, n. 61, p. 90-125, jan./mar. 2007.

_____. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Orgs.). **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 4. p. 137-191.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 30, p. 96-124, abr./jun. 1999.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 171-213, out./dez. 2007.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; _____ (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 294-341.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 7, n. 32, p. 213-226, jul./ago. 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a EC 45: aspectos problemáticos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 509-514.

_____. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista A & C – Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-165. abr./jun. 2005.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Setor de saneamento básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, p. 119-141, jul./set. 2004.

SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideú: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. Rev. Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. **Elementos de direito comparado**. Ciência, política integrativa, legislação e prática judiciária. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **XV Conferência Nacional da OAB**, Foz do Iguaçu, p. 107-110, 4 a 8 set. 1994.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 1, p. 173-180, jan./jun. 2005.

_____. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A universalidade parcial dos direitos humanos. In: GRUPONI, Luís Donisete Benzi; VIDAL, Lux; FISCHMANN, Roseli (Org.). **Povos indígenas e a tolerância**. São Paulo: Edusp, 2001. v. 1. p. 253-262.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551.

_____. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.). **Arquivos de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 4. p. 17-61.

_____. **Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129\(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129(3).pdf)> Acesso em: 11 nov. 2008.

STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 11-53.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

_____. **Radicals in robes: Why extreme Right-Wing Courts are wrong for América**. New York: Basic Books, 2005.

SURESH, H. **Socio-economic rights and the Supreme Court**. Disponível em: <<http://www.ambedkar.net/ACJP%20Activities/News%20-%20Socio-Economic%20Rights%20And%20The%20Supreme%20Court.html>> Acesso em: 17 out. 2008.

TAMER, Sergio Victor. **Atos políticos e direitos sociais nas democracias: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006.

_____. Direito fundamental à educação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 771-788.

_____. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TAYLOR, Charles. A world consensus on human rights? In: HAYDEN, Patrick. **The Philosophy of Human Rights**. Saint Paul: Paragon House, 2001. p. 409-423.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 865-885.

TÉSÓN, Fernando R. International Human Rights and Cultural Relativism. In: HAYDEN, Patrick. **The Philosophy of Human Rights**. Saint Paul: Paragon House, 2001. p. 379-396.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multifuncional na era dos direitos. In: _____. (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 243-342.

_____. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. In: BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 349-372.

_____. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 01-46.

_____. Normas gerais anti-elisivas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 4, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 23 jul. 2008

_____. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 313-339.

_____. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: NUNES, António Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 447-471.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula. (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86.

_____. O princípio constitucional orçamentário da não-afetação. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, p. 229-246, abr./jun. 2007.

_____. Os mínimos sociais, os direitos sociais e o orçamento público. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Câmara Municipal do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 1(2), p. 121-133, 1997.

_____. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário, volume III: os direitos humanos e a tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na Constituição**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TREISCH, Corinna. **Existenzminimum und Einkommensbesteuerung**. Aachen: Shaker, 1999.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 299-338.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A atuação da jurisprudência pátria na materialização de um mínimo existencial. **Revista do programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, n. 15, p. 69-99, jul./dez. 2007.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Thick and Thin: moral argument at home and abroad**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos políticos, cidadania e a teoria das necessidades. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 31, n. 122, p. 275-280, mai./jul. 1994.

_____. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

ZILVETI, Fernando Aurelio. **Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.