ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO FUNDAMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – UM DIÁLOGO NA BUSCA DE UMA EXISTÊNCIA DIGNA

THEORY OF EXISTENTIAL MINIMUM AS THE FOUNDATION OF A DEMOCRATIC LAW STATE – A DIALOGUE IN SEARCH OF A WORTHY LIFE

Caio Ramon Guimarães de Oliveira*

RESUMO: O presente artigo propõe-se a discutir, sem pretender esgotar o tema, a teoria do mínimo existencial como forma de interpretação dos direitos sociais consentânea com a realidade política e social brasileira. Busca-se, com o presente trabalho, analisar o avanço na interpretação dos direitos sociais ao longo da história, tendo como problema de pesquisa a investigação acerca do alcance da teoria do mínimo existencial e a demarcação dos direitos mínimos que poderão ser exigidos judicialmente, objetivando oferecer relevantes argumentos para esses pleitos. Para esse intento, vale-se de pesquisa bibliográfica, arregimentando os ensinamentos da mais especializada doutrina. Ao final, pretende-se demonstrar que a teoria do mínimo existencial fornece fundamentação suficiente para os pleitos judiciais pautados nos direitos sociais, sendo capaz de romper os entraves fáticos e jurídicos que impedem a efetivação desses direitos mínimos.
Palavras-chave: Direito sociais. Mínimo existencial. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: This paper proposes to discuss, without claiming to exhaust the topic, the Minimum Existential Theory interpretation as a form of social rights in line with the political and social reality of Brazil. This paperessay intends to analyze the breakthrough in the interpretation of social rights throughout history, and how to demonstrate the extent of the problem of Minimum Existential Theory and the demarcation of the minimum rights that may be legally required. For this purpose, we draw on literature, gathering the teachings of the more specialized doctrine. At the end, we intend to demonstrate that the Minimum Existential Theory provides sufficient grounds for lawsuits guided social rights, being able to break factual and legal barriers that prevent the realization of these minimum rights.
Keywords: Social Rights. Minimum Existential. Human dignity.

* Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN e Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN. Advogado. Mossoró – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva demonstrar a compatibilidade da teoria do mínimo existencial, desenvolvida na Alemanha por Robert Alexy (2008), com a realidade jurídico-social brasileira, além de delimitar o seu alcance, promovendo as devidas adequações na teoria, quando necessárias, para que seja possível adaptá-la ao ordenamento jurídico pátrio e à realidade nacional, sem que desnature as premissas fixadas pelo seu mentor na origem. Nessa linha de pensamento, alguns questionamentos se impõem como problemas a ser resolvidos, modestamente, nesta pesquisa: quais os contornos jurídicos da teoria do mínimo existencial e por que se mostra como a melhor forma de interpretação dos direitos sociais? Sob o manto dessa teoria e da realidade pátria, quais seriam os direitos sociais efetivamente mínimos para uma existência digna?

Na tentativa de solucionar esses questionamentos, vale-se de pesquisa bibliográfica como metodologia, conjugando as preciosas lições dos maiores especialistas na temática, a exemplo de Ana Paula de Barcellos (2007, 2008), Ingo Sarlet (2007, 2009), Ricardo Lobo Torres (2009), entre outros, sem descurar de reflexões críticas oportunas.

De início, é imperioso destacar que a compreensão do estágio interpretativo atual dos direitos sociais – objetivo a que se propõe este artigo com a apresentação da teoria do mínimo existencial – pressupõe uma breve digressão histórica acerca da evolução na interpretação dos direitos sociais até se chegar ao estágio atual, em que o núcleo de direitos sociais mínimos ganha sobressalência sob o manto da teoria do mínimo existencial.

Aprioristicamente, o combate à pobreza e a fixação dos direitos mínimos dos cidadãos nunca ocuparam o cerne dos debates sociais e das ações estatais em nenhuma parte do mundo. De início, as ações cabiam à família do indivíduo, que cuidava do seu sustento como uma obrigação moral. A posteriori, a assistência voluntária passou a ser incentivada quando pessoas estranhas ao seio familiar auxiliavam os necessitados, situação que perdura até os dias atuais. A Igreja também exerceu importante papel assistencialista, porquanto pregava a caridade, a renúncia e a distribuição de riquezas àqueles que estavam à margem da sociedade.

Pode-se dizer que a primeira ação propriamente estatal surgiu na Inglaterra, em 1601, com a chamada Lei dos Pobres (poor relief act). Essa lei estabeleceu uma contribuição obrigatória arrecadada da sociedade, que teria como escopo a manutenção de um sistema protetivo em favor dos necessitados e das pessoas carentes (IBRAHIM, 2011). Até o advento da indigitada lei, não há registros de nenhuma outra ação estatal voltada ao combate à pobreza. Incumbia à Igreja e aos cristãos ricos dar assistência aos pobres, o que acabou por gerar um estímulo à mendicância. O Estado era, até então, essencialmente patrimonialista, de modo que até mesmo os pobres eram tributados sem qualquer progressividade, o que afrontava a dignidade da pessoa humana ao tolher a liberdade do indivíduo na disposição do seu patrimônio. No Brasil, por exemplo, ante a ausência quase total do Estado, a primeira manifestação de proteção social foi em 1543 com as Santas Casas de Misericórdia, mantidas pela Igreja (IBRAHIM, 2011).

Com a assunção por parte do Estado de sua responsabilidade em relação aos pobres, fato que ocorreu entre os séculos XVII e XVIII, imbuído, sobretudo, pela ideologia iluminista, o Estado Moderno passou a imunizar o mínimo existencial da incidência de tributos[1], estabeleceu a progressividade tributária, bem como extirpou a incidência tributária daqueles que não tinham riqueza mínima para o seu sustento (TORRES, 2009). O liberalismo, posteriormente, concretizou a transferência das medidas de combate à miséria para o Estado. Com isso, a mendicância passou progressivamente a ser desestimulada pelo próprio Estado, que passou a criminalizar tal conduta, a exemplo do Brasil (art. 60 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941)[2]. O *Welfare State*[3] consolidou o Estado Social, figurando como uma evolução do Estado Liberal, a partir dos postulados

1 Assim acontece quando, por exemplo, não se cobram taxas de prestações estatais positivas como educação, assistência médica etc., prática que, no contexto brasileiro, se estende até os dias atuais.

2 Cumpre frisar que tal previsão foi revogada pela Lei nº 11.983, de 16 de julho de 2009.

3 Estado de Bem-Estar Social (em inglês, *Welfare State*), também conhecido como Estado-Providência, é um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado como agente da promoção (protetor e defensor) social e organizador da economia. Nessa orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda vida e saúde social, política e econômica do país, em parceria com sindicatos e empresas privadas, em níveis diferentes, de acordo com o país em questão. Cabe ao Estado do Bem-Estar Social garantir serviços públicos e proteção à população.

da justiça social, defendendo a intervenção estatal para que se implementassem políticas públicas.

As Constituições brasileiras, desde a primeira, já tratavam do mínimo existencial, ainda que implicitamente. A Constituição de 1824, por exemplo, previa os "socorros públicos" em seu art. 179, uma espécie de benefício assistencial, além de prescrever que "a instrução primária é gratuita a todos os cidadãos". Todavia, tais disposições passaram por um ciclo de baixa normatividade e eficácia duvidosa, conforme preleciona Andreas Krell (1999, p. 240).

Hodiernamente, no Estado Democrático de Direito, nota-se um maior aprofundamento das discussões acerca do mínimo existencial e das problemáticas sociais, buscando solvê-las pela óptica universalista permitida pelos direitos humanos.

2 TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL ENQUANTO MEIO DE INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS CONSENTÂNEO COM OS NOVOS PARADIGMAS POLÍTICOS E SOCIAIS

A teoria do mínimo existencial é um subsistema da teoria dos direitos fundamentais e busca respaldar, juridicamente, as lutas sociais contra a exclusão social e a miséria, bem como fornecer teorização suficiente para amparar os pleitos processuais em face do poder público e elementos para fundamentação das decisões judiciais e das escolhas políticas. Mostra-se, pois, como uma verdadeira interseção entre os variados campos das ciências humanas, como o direito[4], a sociologia, a economia e as ciências políticas[5]. Frise-se que não se atém a profundidades filosóficas,

[4] As diversas ramificações do direito contribuem para a teoria do mínimo existencial. No direito tributário, por exemplo, sua interseção com a teoria transparece quando do estudo do *status negativus* ante a ausência de tributos sobre os direitos amparados pelo mínimo existencial. No direito financeiro, a seu turno, verifica-se quando da análise do *status positivus* que exige prestações positivas sujeitas à disponibilidade orçamentária.

[5] A colaboração da sociologia se dá em razão de ser um campo da ciência humana responsável pelo estudo das relações humanas e fenômenos sociais, em que a temática da pobreza constitui um dos objetos de estudo. A economia contribui para a teoria do mínimo existencial com os estudos sobre a origem da pobreza e da miséria. Já nas ciências políticas, a colaboração se dá, sobretudo, no campo das políticas públicas e da discussão que se trava acerca de sua "judicialização".

pois se preocupa com aspectos práticos, sem descurar das limitações políticas e orçamentárias que, corriqueiramente, afastam as teorias do plano social concreto, tornando-as verdadeiros dogmas utópicos.

Embora Norberto Bobbio (1992, p. 24) tenha proclamado que "o problema fundamental em relação aos direitos do homem hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los", não se pode escusar de um respaldo jurídico mínimo que ampare as lutas sociais e as demandas processuais, conferindo-lhes legitimidade. Daí a importância de descortinar, no ordenamento jurídico, a sua justificativa.

A legitimidade da teoria do mínimo existencial é retirada do direito natural, sendo, portanto, de natureza pré-constitucional. Em nosso contexto, a Constituição Federal de 1988, além da robusta doutrina multidisciplinar, fornece amparo à inserção da teoria em âmbito nacional. Dentro da *Lex Legum* de 1988, a própria teoria dos direitos fundamentais a legitima, em razão do positivismo que orienta a cultura jurídica interna[6].

Nota-se que, em verdade, o mínimo existencial encontra-se positivado, implicitamente, em diversos postulados constitucionais, máxime nas disposições atinentes aos direitos fundamentais. Estes, em razão do conteúdo fluido, são influenciados pelas variações culturais e políticas por que passa o Estado de Direito nas diversas formas que assume: no *Estado Liberal de Direito*, prevalecia uma exacerbação da liberdade, prevendo a quase completa isenção do Estado na vida dos indivíduos, que deveriam buscar *per si* os meios de subsistência; no *Estado Social de Direito*, preponderava posições intervencionistas de simbiose entre Estado e sociedade e entre direitos fundamentais e direitos sociais, havendo uma acentuada intervenção estatal na vida dos cidadãos e uma forte influência da justiça social, uma vez que previa a concessão de prestações além da disponibilidade financeira do Estado, acarretando um endividamento público, fato que contribuiu para a sua ruína (TORRES, 2009). Atualmente, no *Estado Democrático de Direito*,

[6] Ricardo Lobo Torres (2009, p. 36) informa que "o mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão".

afirmam-se os direitos mínimos e a democracia deliberativa como pilares da ordem jurídica e social, ao centralizar a dignidade da pessoa humana sem, contudo, retirar as conquistas sociais alcançadas pela via democrática.

Desse modo, calha acentuar as três teorias que tratavam os direitos sociais sob diferentes perspectivas políticas, a saber:

> (i) a tese da superioridade dos direitos sociais, de feição nitidamente socialista, vingou entre o fim do século XVII e início do século XVIII, momento em que as ideias socialistas estiveram em alta, imbuídas, sobretudo, pelos ideais que nortearam a Revolução Industrial. Seus defensores ressaltavam os direitos sociais sobre os direitos fundamentais individuais, atribuindo aos direitos sociais a nomenclatura de "direitos fundamentais sociais", plenamente "justiciáveis", isto é, podendo ser exigidos de forma judicial independentemente da atuação legislativa. Vigorava a máxima efetividade dos direitos constitucionais, os quais constavam de cláusulas genéricas;[7]
>
> (ii) a tese da indivisibilidade dos direitos humanos compreendia o intervencionismo estatal na qualidade de vida dos indivíduos a partir da fusão, no mesmo plano, entre os direitos fundamentais individuais e os direitos sociais sob um mesmo prisma ideológico e valorativo. Reconheciam que tais direitos não eram plenamente eficazes, bem como não eram plenamente "justiciáveis", exceto quando apresentavam clara contradição ao disposto na Constituição. Teve como defensor, além dos internacionalistas, o jusfilósofo Norberto Bobbio (1992), que fundia ambos e atribuiu a mesma retórica dos direitos humanos;
>
> (iii) a tese da redução dos direitos sociais ao mínimo existencial emergiu com a queda do socialismo, cujas concepções destoavam da realidade fática, na medida em que o Estado não dispunha dos recursos suficientes para concretização de todos os direitos sociais, bem como com o descrédito da tese da indivisibilidade dos direitos humanos, que não dispôs

[7] Conforme ressalta Ricardo Lobo Torres (2009, p. 46), a doutrina brasileira já teve defensores da referida tese, como o professor Paulo Lopo Saraiva, que falou em "mandado de segurança dos direitos sociais", considerando-os direitos plenamente sindicáveis, verdadeiros direitos subjetivos na acepção mais ampla da palavra.

> claramente a forma de efetivação de suas teorias. A tese do mínimo existencial ganhou contornos jurídicos a partir desta pilastra: redução dos direitos sociais ao mínimo existencial, o que permitiria uma otimização no uso dos recursos da parte que excedia o mínimo social (TORRES, 2009). De forma sintética, a teoria do mínimo existencial propõe a maximização dos direitos sociais abarcados pelo mínimo existencial e a minimização dos direitos sociais em sua extensão, os quais seriam assegurados após a garantia dos direitos mínimos pela via democrática.

Nos dias atuais, o modelo de Estado-Providência, tal como proposto pelo *Welfare State* – o qual defendia a tese da superioridade dos direitos sociais, ao prever que o Estado deveria ofertar a toda a população todos os bens sociais –, mostrou-se insustentável. A despeito de ser um modelo ideal, ocasionou um alto endividamento público e sequer conseguiu atender aos direitos básicos dos cidadãos, o que culminou em sua ruína com a queda do socialismo no final do século XX.

A ideologia socialista presente durante o *Welfare State*, que colocava o Estado como provedor de todos os direitos sociais a ser ofertados a toda a população, mostrou-se trágica e falha em razão da alta demanda de recursos financeiros necessários para a efetivação de todos os direitos prestacionais. José Joaquim Gomes Canotilho (2001) é um dos respeitáveis críticos ao modelo jurídico que pretende colocar na Constituição uma série de tarefas impossíveis de serem cumpridas pelo Estado, tal como proposto pela ideologia socialista, fato que o constitucionalista português denomina *omnicompreensão constitucional*. O renomado constitucionalista português amenizou o discurso do constitucionalismo dirigente para "defender um 'constitucionalismo moralmente reflexivo' em virtude do 'descrédito de utopias' e da 'falência dos códigos dirigentes', que causariam a preferência de 'modelos regulativos típicos da subsidiariedade', de 'autodireção social estatalmente garantida'" (KRELL, 1999, p. 248).

Com isso, emergiu a teoria do mínimo existencial, buscando equilibrar as necessidades mínimas da sociedade com a disponibilidade limitada de receitas, aproximando-se do pragmatismo, fugindo do plano ideal-abstrato. Assim, a teoria

busca selecionar, dentro do extenso rol de direitos sociais cristalizados no art. 6º da Carta Política, quais possuem maior relevância para lhes atribuir uma maior proteção sobre os demais, conferindo a esse núcleo de direitos mínimos contornos de direitos subjetivos, enquanto a parte remanescente (chamada "máximo social") seria obtida por meio do processo democrático de escolhas políticas e lutas sociais.

A definição do conteúdo prestacional de direitos sociais mínimos para a existência humana é desafio sobre o qual se debruçam os principais teóricos do mínimo existencial, que se valem, para alcançar tal conteúdo, da ponderação dos princípios e valores jurídicos de maior relevo, além de elementos incutidos na consciência coletiva daquilo que é minimamente necessário para garantir a subsistência humana e as condições iniciais de liberdade.

Atualmente, à luz da teoria do mínimo existencial, busca-se um equilíbrio entre as reservas financeiras finitas estatais e as necessidades infinitas da população, considerando-se que, no afã de oferecer todos os direitos sociais a todos os indivíduos, acabe por não oferecê-los ou fornecê-los de forma precária, como ora ocorre.

3 MÍNIMO EXISTENCIAL: UMA PROPOSTA DE CONCEITUAÇÃO

A noção de mínimo existencial encontra raízes no direito alemão. Como a Constituição alemã não possui um rol extenso de direitos sociais, os constitucionalistas, ao lado do Tribunal Constitucional alemão, debruçaram-se na construção de quais seriam os direitos mínimos a ser assegurados pelo Estado alemão aos seus cidadãos, afirmando existir "ao menos um direito fundamental social não-escrito", ao sustentar "a existência de um direito subjetivo ao mínimo existencial" (ALEXY, 2008, p. 437).

Ingo Sarlet (2009, p. 77) conceitua direitos fundamentais como sendo

> [...] posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu

> conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.

A importância de conceituar direitos fundamentais neste trabalho se dá devido à íntima relação que há com o mínimo existencial, que encontra na teoria dos direitos fundamentais sua legitimidade na ordem jurídica interna. Acresça-se a tanto que as características da teoria do mínimo existencial assemelham-se com os atributos da teoria dos direitos fundamentais, a saber: *normativa*, na medida em que se preocupa com a concretização e a eficácia dos direitos, escusando-se de grandes discussões filosóficas; *interpretativa*, posto que figura como uma forma de interpretação dos direitos fundamentais[8]; *dogmática*, visto que busca a concretização dos direitos mínimos a partir de uma construção teórica e jurisprudencial (TORRES, 2009), mesmo que não esteja amparada em fonte legislativa, uma vez que o mínimo existencial não necessita de positivação para ser implementado, encontrando substrato na *Lex Legum*, ainda que implicitamente.

De forma sumária, poder-se-ia sintetizar o conceito de mínimo existencial (também chamado mínimo social) como o direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas. É o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, em apertada síntese. O mínimo existencial constitui o núcleo dos direitos fundamentais. Tal delimitação visa a adaptar sua teoria ao ordenamento jurídico e à realidade político-social interna, conferindo a ele a coercibilidade e a segurança jurídica que a positivação lhe permite em maior grau.

A natureza jurídica do mínimo existencial é de regra jurídica, não obstante possua princípios e valores jurídicos como elementos justificantes do seu conteúdo, como será demonstrado. Não poderá ser considerado princípio, pois este não é absoluto, conforme enuncia Robert Alexy (2008) ao acentuar que os princípios podem ser ponderados. Seu conteúdo, destarte,

[8] Ricardo Lobo Torres (2009) ressalta que a teoria do mínimo existencial é mais uma forma de interpretar os direitos fundamentais e sociais.

não pode ser ponderado, posto que já se constitui dos direitos mínimos para a sobrevivência humana e para a garantia das condições iniciais de liberdade. Tais direitos mínimos já são frutos de ponderação de princípios e valores jurídicos mais relevantes. Portanto, o mínimo existencial é regra jurídica e imperativa (e não princípio), uma vez que comporta direitos definitivos e imponderáveis, estando situado na seara dos direitos fundamentais.

Nas Constituições contemporâneas, máxime pós-Segunda Guerra, é comum depararmo-nos com um conjunto de preceitos genéricos, aos quais a doutrina tradicional, com a devida vênia, de forma equivocada negava qualquer efeito vinculante, ao considerar que se tratava de valores e não propriamente imposições. Contudo, Ana Paula de Barcellos (2007, p. 5) disserta que a inserção desses preceitos genéricos veio como resposta ao contexto político opressor e autoritário vivido na maior parte do mundo durante o século XX, razão pela qual não há como excluir o caráter impositivo desses preceitos, como se pretendia. Tais disposições, ao serem positivadas, objetivavam "que formassem um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias". Prossegue mais à frente: "Essa esperança era reforçada – e continua a ser, pelo fato de tais elementos gozarem do *status* de norma jurídica dotada de superioridade hierárquica sobre as demais iniciativas do Poder Público". Continua discorrendo que, "por esse mecanismo, então, o consenso mínimo a que se acaba de se referir passa a estar fora da discricionariedade da política ordinária, de tal modo que qualquer grupo político deve estar a ele vinculado".

Ora, se o legislador constituinte quis utilizar tais preceitos genéricos – a exemplo da dignidade da pessoa humana positivada no art. 1º, III, da *Lex Legum* de 1988 – como instrumentos que evitassem a ocorrência de arbitrariedades, pretendeu, então, que tais princípios e regras fossem compreendidos como normas jurídicas e não puramente como valorações ou decisões políticas, quando estariam sujeitos à discricionariedade e sem efeito vinculante, permitindo que os mesmos desmandos que motivaram a sua positivação voltassem a ocorrer. Aliás, não é de outra ordem a manifestação maciça da doutrina constitucional moderna, a exemplo da própria Ana Paula de Barcellos (2007), que reforça o fato de estarmos atravessando uma fase do

"neoconstitucionalismo"[9], em que deve ser dado às normas constitucionais tratamento de norma jurídica tal qual as demais, dotada de imperatividade e, assim, capaz de ser efetivada pela via coercitiva caso seja descumprida, fulminando de vez a vetusta concepção de que a "Carta Magna representava tão-somente a vontade da classe dominante e em que pese o ordenamento tê-la como referencial, suas prescrições não tinha caráter normativo" (SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 44).

Se o mínimo existencial é o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é de se indagar: qual é esse conteúdo? A resposta dessa indagação é fundamental para a compreensão do próprio conceito de mínimo existencial, uma vez que este não prescinde sem tal definição.

4 O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: BREVES APONTAMENTOS PARA UMA DEMARCAÇÃO DOS DIREITOS MÍNIMOS

Perscrutar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é perquirir sobre o núcleo desses direitos, sem os quais a vivência humana livre se impossibilitaria, isto é, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é o seu cerne, aquilo que, se extraído, lhes desnaturaria, retiraria sua razão de existir. Na esteira de Andreas Krell (1999, p. 241), a Carta Magna traz no art. 6º um elenco de direitos sociais e, "bem distanciado dessa norma, o texto da Carta traz um capítulo especial sobre a Ordem Social (título VIII), fazendo com que o jurista deva extrair, daqui e de lá, aquilo que constitua o conteúdo dos direitos relativos a cada um daqueles objetos sociais".

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais constitui o limite para a atuação do Estado, limite este, diga-se, compreendido em duplo sentido:

[9] Nas lições de Dirley da Cunha Júnior (2011), o "neoconstitucionalismo" marcou a transição do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito. Naquele, havia prevalência do princípio da legalidade, porquanto as imposições legais, ainda que injustas, eram válidas. Sob esse manto, praticaram-se atrocidades como o holocausto, que culminou com o novo pensamento teórico acerca do ordenamento jurídico, denominado "neoconstitucionalismo", inaugurando o Estado Constitucional de Direito, no qual a Constituição Federal ocupa o centro do ordenamento jurídico, irradiando sua força normativo-vinculante para todo o sistema.

não ofender a esfera individual e não denegar algumas prestações. Em outras palavras, fornecer (*status positivus)* e não ofender (*status negativus*). Pode-se, então, compreender que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é limite à atuação do Estado. Desse modo, à medida que se demarca esse conteúdo essencial, limita-se a atuação estatal, posto que se impede que o Estado tenha liberdade na sua disposição (se fornece ou não, no caso do *status positivus*, ou se ofende ou não, no caso do *status negativus*). Entretanto, existem teorias que tratam da possibilidade de restrições a tais limites.

A teoria interna – no Brasil, defendida por Virgílio Afonso da Silva e, na Alemanha, por Robert Alexy (2008) – possui feição nitidamente intervencionista e admite a restrição do núcleo essencial dos direitos fundamentais, seja quando a própria Constituição restringe (restrição diretamente constitucional) ou quando autoriza a restrição (restrição indiretamente constitucional). A teoria externa, a seu turno, não admite restrição ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Exemplificando: um dispositivo constitucional diz: "assegura-se o direito à liberdade, nos termos da Lei" (BRASIL, 1988). Com a leitura permitida pela teoria interna, há, nesse dispositivo, um permissivo para a limitação do direito à liberdade por parte do Estado, mas também há um núcleo que é indisponível, pois não poderia uma lei regulamentá-lo, aniquilá-lo, devendo manter, ainda que minimamente, disposições liberalizantes, sob pena de inconstitucionalidade. Portanto, ter-se-ia nesse mínimo liberalizante o conteúdo essencial do direito fundamental, que seria definido, no que tange ao direito à liberdade exemplificado, pelo estágio de evolução da sociedade universal[10]. Um legítimo dispositivo de eficácia restringível. Com o entendimento da teoria externa, o mesmo dispositivo teria a seguinte leitura: não poderá haver qualquer restrição. A lei apenas viria a regulamentar como a liberdade será exercida, sem comportar qualquer conteúdo restringível, sob pena de inconstitucionalidade. Tal disposição constitucional já seria o próprio conteúdo essencial do direito fundamental, à luz da teoria externa. Desse modo, para essa teoria não há razão para se falar

[10] Se o conteúdo da restrição estiver fundado apenas em critérios políticos restritos àquele povo, não se terá mínimo existencial caso esses critérios ofendam os fundamentos jusnaturais da dignidade da pessoa humana. Entretanto, alguns respeitáveis autores, a exemplo de Fernando Faccury Scaff (2005), defendem que o mínimo existencial não é universal, variando de acordo com cada nação.

em mínimo existencial, pois já trabalharia com o máximo social, conferindo dimensões quase absolutas aos direitos.

Pelo exposto, percebe-se que até mesmo para os adeptos da teoria interna (que admitem restrições aos direitos fundamentais) há um último conteúdo essencial, irrestringível, intocável. Portanto, é este o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, isto é, o mínimo existencial.

A definição desse conteúdo último, por sua vez, deve ser orientada por razões universais, pela consciência universal do que é minimamente necessário para a vivência humana livre, fulcrado nos fundamentos jusnaturais da dignidade da pessoa humana. Entretanto, há aqueles que entendem que "o mínimo existencial não é uma categoria universal, variando de lugar para lugar e até dentro do mesmo país" (SILVA, 2007, p. 184).

Na busca pelo conteúdo essencial dos direitos fundamentais, Alexy (2008) propõe uma distinção a partir do grau de ponderação: direitos mínimos jusfundamentais sociais (ou mínimo existencial) *versus* direitos fundamentais sociais. Para tanto, atribui-se uma escala de 1 a 8, em que o grau 1 seria o direito subjetivo ao mínimo existencial, em que caberia o controle jurisdicional, e o grau 8, o grau máximo, em que não caberia qualquer controle judicial (os direitos fundamentais sociais, na denominação do autor)[11]. Para esse autor, a ponderação é que definirá o que será mínimo existencial. Tal ponderação consistirá em uma delimitação do conteúdo do direito e da eliminação de excessos. Por tal razão, é que foi dito que o mínimo existencial é imponderável, pois já é fruto de ponderação, visto que os excessos foram suprimidos.

Existem, advirta-se, direitos compreendidos no conteúdo essencial dos direitos fundamentais que não integrarão o mínimo existencial. O raciocínio, de forma simplória, é o seguinte: todos os direitos fundamentais têm um conteúdo essencial, mas nem todos os direitos fundamentais pertencem ao mínimo existencial. Logo, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é mais amplo que o do mínimo existencial. Assim dispõe Ingo

[11] Para Ricardo Lobo Torres (2009), Ana Paula de Barcellos (2007, 2008), entre outros, direitos fundamentais sociais são os direitos abarcados pelo mínimo existencial passíveis de controle judicial, caso haja alguma ofensa. Para Alexy (2008), os direitos protegidos pelo mínimo existencial são chamados direitos mínimos jusfundamentais sociais.

Sarlet (2007, p. 128) ao expor que "todos os direitos fundamentais possuem, como elemento comum, pelo menos um conteúdo mínimo em dignidade que, para além disso, poderá, ou não, coincidir com núcleo essencial do direito fundamental".

Discute-se se o conteúdo essencial dos direitos fundamentais teria caráter relativo ou absoluto. Pela teoria relativa, o conteúdo essencial poderia ser objeto de ponderação. A aplicação do princípio da proporcionalidade não ofenderia o conteúdo essencial, ou seja, encararia o conteúdo essencial dos direitos fundamentais como princípio, razão pela qual se admitia ponderação. Para os adeptos da teoria absoluta, o núcleo dos direitos fundamentais seria insuscetível de ponderação. Se não podem ser ponderados, é porque se constituem em verdadeiras normas jurídicas. A teoria mista, por sua vez, mescla ambas as teorias ao prever que, em situações normais, deve haver uma proteção absoluta, porém em razão da existência de "direitos que nunca são desprezados, nem em circunstâncias mais extremas – e apenas estes são direitos absolutos genuínos – pode ser considerada vinculantes para um indivíduo que tem a liberdade de se sacrificar por determinados princípios" (TORRES, 2009, p. 92). Ou seja, em princípio, o núcleo dos direitos fundamentais seria absoluto (imponderável), porém em circunstâncias excepcionais poderia ter características de direito relativo (ponderável).

Os adeptos da teoria moderada ou mista, como Alexy (2008), sustentam que a liberdade estatal na disposição dos direitos mínimos não é ilimitada, pois encontra limites na necessidade, no confronto com outros direitos e nas características essenciais do ser humano (SARLET, 2007), até porque uma liberdade absoluta acarretaria a ofensa ao mínimo existencial, ao permitir, por exemplo, que o Estado instituísse tributos sobre as prestações compreendidas nos direitos mínimos, sem admitir qualquer progressividade.

Mostra-se importante salientar que, ao se considerar o mínimo existencial direito absoluto, não se está dizendo que é direito ilimitado. Os direitos absolutos são aqueles protegidos nos limites da Constituição – que fixa vários limites em seu conjunto normativo, como as regras atinentes à separação dos poderes – e das limitações absolutas que não são limites propriamente jurídicos, mas, sim, limitações que as exigências da vida social

impõem a todos, em todas as circunstâncias, isto é, são limites exigidos pela própria vivência em sociedade, na qual a liberdade de um indivíduo não pode afrontar a liberdade do outro. O fato de o direito ser absoluto não o impede de ter limites, insista-se, ou seja, direito absoluto é aquele que é imponderável (e não ilimitado), pertencente à categoria das regras jurídicas e não dos princípios. Desse modo, o mínimo existencial não é ilimitado, embora seja um direito absoluto, uma vez que é resguardado pela Constituição Federal de qualquer desmando, sendo insuscetível de ponderação, à luz da teoria absoluta.

Por outra via, Ingo Sarlet (2007) ressalta que a dignidade da pessoa humana – e, portanto, o mínimo existencial – tem cunho relativo devido à sua violabilidade. O discurso da intangibilidade da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial vai à ruína diante da possibilidade de sua violação. O Estado, por vezes, viola os direitos mínimos quando não oferece serviços públicos essenciais, como saúde e educação básica. Os próprios indivíduos podem violar os direitos mínimos alheios quando, por exemplo, cometem delitos contra a vida. Diante da violabilidade desses direitos mínimos, compreende-se que eles são passíveis de limitação. Veja: se o indivíduo cometer homicídio, o próprio Estado poderá retirar-lhe a liberdade – compreendida dentro do mínimo existencial, em seu *status negativus*. Logo, o mínimo existencial seria relativo em razão da possibilidade de imposição de limites aos direitos mínimos dos cidadãos. No caso da limitação à liberdade, por exemplo, percebe-se que "a prisão não é ofensiva à dignidade, mas apenas restrição intensa da liberdade, que, no entanto, preserva íntegro o conteúdo em dignidade inquestionavelmente ínsito aos direitos de liberdade" (p. 131). Se todos os indivíduos são dignos por serem pessoas humanas e, portanto, merecedoras de igual tratamento, suas ações indignas podem colocar-lhes em situação desigual, mitigando a dignidade que lhes protege. O indigitado jurista conclui que, não obstante o seu cunho elementar, a dignidade da pessoa humana – incluindo-se o mínimo existencial – está sujeita a uma relativização, no sentido de que alguém (legislador, administrador ou particular) definirá qual o seu conteúdo e se houve ou não uma violação no caso concreto. O autor exemplifica os casos de pena de morte, mutilações

e prática da tortura existentes e legitimados em outras ordens jurídicas, de modo que a dignidade será o que o Estado diz ser.

Nessa senda, pode-se enquadrar perfeitamente o mínimo existencial em quaisquer das três teorias (absoluta, relativa ou mista). A teoria relativa admite a ponderação do mínimo existencial, excepcionalmente. Ora, se o mínimo existencial já é fruto de ponderação, a relativização desse conteúdo mínimo poderia significar o seu sacrifício ou aniquilação, razão pela qual demanda prudência dos intérpretes quando de sua ponderação. Ademais, a natureza jurídica do mínimo existencial é de regra jurídica e não de princípio, o que também lhe livra de ponderações desarrazoadas. Na visão de Ingo Sarlet (2007), a dignidade da pessoa humana – e, nesse cenário, o mínimo existencial – enquadra-se na teoria relativa em razão de sua violabilidade, máxime diante da colisão entre direitos mínimos de indivíduos, na qual se faz necessária a formulação de um juízo de valor (e, portanto, de uma ponderação) a respeito da existência ou não de uma violação à dignidade.

As teorias absoluta e moderada também se mostram razoáveis. A diferença básica entre ambas reside no fato de que a teoria moderada (ou mista) não admite uma liberdade total e ilimitada dentro do mínimo existencial, pois a liberdade, para os adeptos dessa teoria, necessita de uma delimitação, sob pena de afrontar a liberdade dos outros indivíduos. A teoria absoluta não admite ponderação do conteúdo dos direitos mínimos, porém, na visão de Winfried Brugger, essa teoria só seria possível de se aplicar aos casos em que a dignidade referir-se à capacidade de autodeterminação de cada indivíduo, pois, no plano das relações interpessoais concretas, não haveria como evitar a necessidade de estabelecer limites. Os adeptos da teoria absoluta, que é majoritária, partem de uma noção restrita de dignidade, no sentido de que apenas uma grave violação da condição de pessoa, de seu valor intrínseco como ser humano, efetivaria a violação da dignidade (SARLET, 2007).

Ingo Sarlet (2007), a seu turno, ressalta a relativização da dignidade da pessoa humana argumentando que, normalmente, coloca-se a vida sobre a dignidade, ao exemplificar a vedação da eutanásia, quando se opta por proteger a vida em detrimento da dignidade, uma vez que uma vida vegetativa não é digna. Assim, ao fazer tal opção, já se está relativizando e admitindo

uma ponderação da dignidade ao colocar a vida em supremacia axiológica sobre a dignidade.

Obviamente, haverá um conteúdo último da dignidade da pessoa humana que não poderá ser restringido, sob pena de causar a instrumentalização ou "coisificação" do ser humano. Tal conteúdo, em nosso entendimento, consistirá no próprio mínimo existencial, seguindo a linha de pensamento de Ana Paula de Barcellos (2008, p. 216), para quem o "mínimo existencial corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana". Ou seja, a autora compreende que o mínimo existencial é o núcleo da dignidade da pessoa humana. A seu turno, Ingo Sarlet (2007, p. 141) salienta que "não se está a sustentar a inviabilidade de impor certas restrições aos direitos fundamentais, ainda que diretamente fundadas na proteção da dignidade da pessoa humana, desde que, à evidência, reste intacto o núcleo em dignidade destes direitos". O referido núcleo da dignidade da pessoa humana ao qual Sarlet (2007) se reporta, e seguindo a orientação de Ana Paula de Barcellos (2008) supradestacada, será o mínimo existencial.

Desse modo, poder-se-ia concluir que o mínimo existencial não poderá ser restringido. Entretanto, o tema merece ser analisado sob a perspectiva dos limites a que está submetido. Analisemos por meio de um exemplo. Imagine-se a seguinte situação: o administrador público defronta-se com receitas extremamente limitadas para garantir o funcionamento de toda a máquina administrativa e dos serviços básicos. Diante desse cenário, fatalmente terá que fazer as chamadas "escolhas trágicas" (do inglês *tragic choices*), privilegiando umas prestações básicas em detrimento de outras também básicas, compreendidas dentro do mínimo existencial. Portanto, concluir que o mínimo existencial é inatingível ou que não poderá ser restringido não parece ser uma conclusão totalmente correta, uma vez que diante de certas situações – mormente diante de limitações fáticas – pode-se afetar o mínimo existencial, restringindo-o, por mais sensível e cauteloso que o administrador público seja às causas sociais.

A partir de tais ensinamentos e para fins de conclusão desse ponto – longe de pretender finalizar a complexa discussão, mas apenas manifestar opinião própria e adesão a uma linha de pensamento –, calha compreender

que o mínimo existencial é direito relativo12, no sentido de que, apenas excepcionalmente, poderá ser restringido – máxime com os limites fáticos que lhe são impostos, como a limitação de receitas –, eis que já se constitui de um mínimo, de modo que qualquer interferência indevida ou desarrazoada por parte do Estado ou de particular deve ser rechaçada. A própria Carta Magna de 1988, ao fixar as cláusulas pétreas, admitiu a ponderação dos direitos fundamentais e demais preceitos supremos da República por emenda constitucional, desde que não pretendam abolir tais matérias. Desse modo, qualquer ponderação desnecessária do conteúdo do mínimo existencial, sem que tenha baliza na razoabilidade, como as limitações a que está submetido, acarretará a aniquilação do seu conteúdo, que já é mínimo.

5 O CONTEÚDO JURÍDICO PRESTACIONAL DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial reveste-se dos direitos mínimos para uma existência digna, sem os quais não se teria um homem livre e com possibilidades de sobrevivência. Em que pese haver uma interseção com os direitos fundamentais, não há uma total coincidência entre o âmbito protetivo da teoria do mínimo existencial e os direitos fundamentais, posto que estes protegem também as pessoas jurídicas e o Estado, ao passo que apenas os direitos da pessoa humana estão abarcados pelo mínimo existencial.[13]

Configura-se, destarte, uma forma de declaração dos direitos fundamentais, uma nova roupagem, sem descurar de outras eventuais teorias que também busquem sua proteção jurídica. Entretanto, não se pode esquecer que o mínimo existencial é pré-constitucional, eis que fundado em raízes jusnaturalistas, não lhe sendo prejudicial o fato de o direito não encontrar previsão expressa no texto constitucional (TORRES, 2009).

Definir o conteúdo mínimo de direitos que devem ser assegurados a todas as pessoas perpassa por uma ponderação de valores e princípios

[12] Vale registrar que Ingo Sarlet (2007) reconhece que, majoritariamente, se entende que a dignidade não é passível de restrição, sob pena de sua violação.

[13] Há na doutrina entendimentos de que o direito de requisição seria um direito fundamental do Estado.

jurídicos, além de elementos metajurídicos incutidos na consciência coletiva. Tal como fora proposto por Robert Alexy (1999, p. 61), nas ponderações em busca do conteúdo do mínimo existencial, devem-se considerar carências e interesses cujas violações ou não satisfação significam a morte, o sofrimento ou diminuam a autonomia do indivíduo. Ainda na esteira de Alexy (2008), devem-se ponderar, para descortinar o conjunto de direitos mínimos, o princípio da liberdade fática, o princípio da separação de poderes, o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento), bem como os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem).

Para se chegar ao conteúdo do mínimo existencial, faz-se necessário ponderar valores e princípios. Pode-se dizer que tal ponderação leva à "jusfundamentação", isto é, à fundamentação dos direitos que serão abarcados pelo mínimo existencial, o que gera um atributo denominado *jusfundamentalidade*.

O mínimo existencial, objeto do presente trabalho, estabelece-se em duas espécies: os *direitos fundamentais de liberdade* (de primeira dimensão) e os *direitos fundamentais sociais* (de segunda dimensão) (TORRES, 2009). Entretanto, não abarca tais direitos em sua totalidade, mas apenas o seu núcleo intangível, que é capaz de garantir uma existência digna[14], podendo ser, de acordo com a prestação a ser conferida, em *status positivus* (destacadamente, os direitos de segunda dimensão) ou *status negativus* (sobretudo, os direitos de primeira dimensão). Possui faceta de direito subjetivo, conferindo aos cidadãos o poder de invocar os meios jurídico-processuais em sua defesa (*status positivus processualis)*.

Os elementos que compõem as prestações positivas do mínimo existencial, na esteira de Ana Paula de Barcellos (2008), após considerar os princípios e valores jurídicos mais relevantes anteriormente esboçados, além de elementos metajurídicos contidos na consciência coletiva, constituem-se de um elemento instrumental e três elementos materiais, a saber: *educação*

[14] A saúde está compreendida dentro do mínimo existencial. Contudo, nem todas as prestações relacionadas à saúde estarão compreendidas no núcleo dos direitos fundamentais, isto é, no mínimo existencial. Esse assunto será melhor abordado seguidamente.

fundamental, *saúde básica*, *assistência aos desamparados* e *acesso à justiça*. Este, por sua vez, é o elemento instrumental e indispensável à eficácia simétrica ou positiva dos elementos materiais do mínimo existencial. Uma vez integrando o rol de direitos mínimos, tais prestações recebem a proteção que a teoria do mínimo existencial lhes permite: tornam-se legítimos direitos subjetivos plenamente sindicáveis, afastando-se quaisquer recursos hermenêuticos e teóricos que venham a tolher a efetivação.

6 CONCLUSÃO

Feitas essas ponderações, evidenciou-se que a teoria do mínimo existencial mostra-se afinada com o novo contexto político e social por que passa o Estado brasileiro, na medida em que abandona a utópica pretensão de conferir contornos de direito subjetivo ao extenso rol de direitos sociais plasmados no art. 6º da *Lex Legum* de 1988, tal como propunha o modelo socialista do *Welfare State*. A teoria reconhece o contexto social atual, pois evidencia as limitações financeiras do Estado frente aos direitos mínimos dos indivíduos, perscrutando quais, dentro daquele extenso rol de direitos sociais, seriam efetivamente os direitos mínimos necessários para a existência humana e garantia das condições iniciais de liberdade.

Nesta investigação, ponderaram-se, com escólio em abalizada doutrina, os princípios e valores jurídicos de maior relevância, além de elementos metajurídicos incutidos na consciência coletiva, para encontrar quais os direitos mínimos necessários para a subsistência e autonomia dos seres humanos, os quais deverão ser ofertados pelo Estado com absoluta primazia, descabendo quaisquer subterfúgios para livrar-se desse encargo constitucional, sob pena de serem formuladas pretensões judiciais individuais ou coletivas.

Espera-se, com este estudo, terem sido promovidas reflexões e despertado o interesse na utilização dos argumentos ofertados pela teoria do mínimo existencial no embasamento dos pleitos judiciais, eis que fortalece a carga normativo-imperativa do núcleo dos direitos sociais: *educação fundamental*, *saúde básica*, *assistência aos desamparados* e *acesso à justiça*.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, A. P. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 3 set. 2011.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

IBRAHIM, F. Z. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011.

KRELL, A. J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: uma visão comparativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/545>. Acesso em: 23 nov. 2011.

SAMPAIO JÚNIOR, J. H. **Processo constitucional**: nova concepção de jurisdição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCAFF, F. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Revista de Interesse Público**, Porto Alegre, v. 6, n. 32, 2005.

SILVA, S. A. **Direitos sociais**: leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

TORRES, R. L. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Correspondência | Correspondence:

Caio Ramon Guimarães de Oliveira
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, Campus Universitário Central, Rua Professor Antônio Campos, s/n, BR 110, km 48, Bairro Costa e Silva, CEP 59.600-000. Mossoró, RN, Brasil.
Fone: (84) 3315-2207.
Email: caioramom@hotmail.com

Recebido: 19/12/2011.
Aprovado: 02/02/2013.