

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

YNES DA SILVA FÉLIX

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria dos direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini, Mariana Ribeiro Santiago, Ynes Da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-067-1

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos fundamentais.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos ao grande público a presente obra coletiva, composta por artigos brilhantemente defendidos, após rigorosa e disputada seleção, no Grupo de Trabalho intitulado Teorias dos Direitos Fundamentais, durante o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI/UFS, ocorrido entre 03 e 06 de junho de 2015, em Aracaju/SE, sobre o tema Direito, Constituição e Cidadania.

Ditos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, buscando uma leitura atual dos Direitos Fundamentais, muitos deles materializados na Constituição Federal, conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito e da dignidade humana.

De fato, a efetivação dos Direitos Fundamentais repercute diretamente na concretização da cidadania, possibilitando a participação integral do indivíduo na sociedade. Inegável, como consequência, a existência de uma forte relação entre os Direitos Fundamentais e a própria cidadania, enquanto instrumentos direcionados à emancipação humana.

Os temas tratados nesta obra mergulham nas teorias para revelar novas reflexões sobre os direitos fundamentais enfrentando os atuais desafios e aflições da sociedade, como podemos constatar nos conteúdos dos artigos, a saber: princípio da fraternidade; direitos humanos fundamentais; função dos direitos e das garantias constitucionais; concepção dos direitos inalienáveis; direito à educação básica; direito à imagem; direito e acesso à saúde; direito à água; direito às manifestações culturais; liberdade de imprensa e liberdade de expressão; colaboração premiada; relações não-monogâmicas e feminismo; mínimo existencial; dignidade da pessoa humana e pluralismo democrático.

Conforme destacado, a presente obra coletiva, de grande valor científico, demonstra uma visão lúcida e questionadora sobre os Direitos Fundamentais, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o exercício da cidadania e para a defesa de uma sociedade plural, tudo em perfeita consonância com os ditames da democracia, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica. Boa leitura!

O MÍNIMO EXISTENCIAL E A NORMATIVIDADE POSSÍVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

THE EXISTENCIAL MINIMUM AND THE POSSIBLE NORMATIVITY OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS

Karime Silva Siviero

Resumo

O presente estudo objetiva averiguar quais são os contornos atuais do conceito de mínimo existencial, bem como quais são os direitos que podem ser sindicados diretamente perante o Poder Judiciário, sem o intermédio da regulamentação legislativa. Para tanto, as primeiras linhas do presente artigo dedicam-se a apresentar o que se entende atualmente por mínimo existencial e suas características principais. Em seguida, estudam-se criticamente os conceitos de mínimo existencial formulados pelo professor Ricardo Lobo Torres e da professora Ana Paula de Barcellos. Com base nesse aporte teórico, Finalmente, chegou-se à conclusão de que existe um conjunto de direitos que devem ser efetivados independentemente de intermediação legislativa, posto que necessários à preservação do próprio Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Mínimo existencial, Direitos fundamentais sociais prestacionais, Ricardo lobo torres, Ana paula de barcellos.

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to investigate the concept of existential minimum, as well as which are the rights that can be syndicated directly on the Judiciary, without the intermediary of legislative regulation. Therefore, the first lines of this article intends to analyze the current meaning of existential minimum and its main feature. Then, it studies the concept of existential minimum formulated by Ricardo Lobo Torres and also the concept formulated by Ana Paula de Barcellos. Finally, it reaches the conclusion that there is a set of rights that must be hired regardless of legislative intermediation, since necessary for the preservation of the Democratic State.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Existential minimum, Social fundamental rights, Ricardo lobo torres, Ana paula de barcellos.

INTRODUÇÃO

O presente estudo começou a ganhar forma ainda no início de 2007. À época, estagiar em uma das varas da fazenda pública de Vitória possibilitou o contato diuturno com as mais variadas demandas envolvendo o direito de todos à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal (CF).

Ladeando as costumeiras ações individuais em que particulares buscam compelir a Administração ao fornecimento de um sem-número de medicamentos específicos e custosos, chamava particularmente a atenção uma ação civil pública proposta pelos Ministérios Públicos Estadual, Federal e do Trabalho em face do Estado do Espírito Santo¹.

Naqueles autos, relatos tão esdrúxulos quanto revoltantes – como os casos da gestante Janaína Corona Guimarães, de 27 anos, que morreu depois de esperar por cinco horas o atendimento móvel do SAMU que iria conduzi-la ao Hospital da Mulher e o de Geraldo Pedro Agostinho, de 43 anos, falecido após onze dias de espera por um leito na Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) – ilustravam tetricamente o drama humano de milhares de pessoas que dependem do sistema público de saúde, de uma forma como os números e relatórios que vinham na sequência jamais seriam capazes de fazer.

Como complemento, auditorias realizadas nos hospitais São Lucas e Dório Silva denunciavam o que todos estamos cansados de saber: a falta de atendimento digno na rede pública de saúde é extremamente humilhante, sendo que é a população pobre a mais penalizada com superlotação, falta de medicamentos, manutenção inadequada de equipamentos e com os longos períodos de espera por vagas para internações hospitalares.

Se, por um lado, o artigo 6º do Texto Maior proclama como 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”, por outro lado, o que vemos dia

¹ Referimo-nos ao processo no 024.070.308.457, em curso perante a 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória

após dia são os veículos de comunicação desfiarem o rosário do descaso do Poder Público para com as necessidades mais mezinhas da população.

Em uma época de absoluto ceticismo e de frustração coletiva, o Judiciário passa a ser visto como o último repositório de esperanças, uma espécie de Pitonisa de Delfos capaz de dar respostas satisfatórias para todos os reclamos sociais. Nesse cenário, cabe ao juiz situar-se entre as promessas constitucionais e o desanimador quadro social vigente, não seja por uma convicção sólida e segura acerca de seu papel em um Estado Democrático de Direito, possivelmente penderá para a concessão do que quer que lhe seja pedido com base em um direito social com assento constitucional.

Nesse contexto, questiona-se: como os juízes deverão responder às demandas sociais sem afetar as bases de um exercício democrático do poder? Qual o espaço destinado ao Poder Judiciário na tarefa de determinar as prioridades na distribuição dos bens sociais?

Essas são precisamente as perguntas a que pretendemos responder. Para tanto, partiremos da análise do conceito de mínimo existencial e da normatividade possível dos direitos fundamentais para, em seguida, analisarmos a formulação liberal do mínimo existencial do professor Ricardo Lobo Torres e a formulação substancial do mínimo existencial da professora da UERJ Ana Paula de Barcellos. Ao final, a última seção do artigo trará despretensiosamente a nossa conclusão sobre quais direitos podem ser realizados sem a necessidade de intermediação legislativa.

1. CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL

O **mínimo existencial** costuma ser identificado com a fração mais básica e elementar dos direitos fundamentais, sem a qual os indivíduos não alcançarão condições para viver e se desenvolver adequadamente.

Adentrando desde logo ao tema, é correto afirmar que a noção de um direito (garantia) fundamental a um conjunto mínimo de condições materiais aptas a assegurar uma vida com

dignidade teve a sua primeira elaboração temática e, como via reflexa, também um precoce reconhecimento jurisprudencial na Alemanha, ainda na primeira metade do século XX.

Com efeito, embora a Lei Fundamental de Bonn não consagrasse expressamente direitos sociais típicos – com algumas exceções pontuais relativas à proteção da maternidade e dos filhos, como também a obrigatoriedade de o Estado empenhar-se na compensação das desigualdades fáticas observadas no tratamento dispensado a mulheres e portadores de necessidades especiais – a problemática envolvendo as garantias indispensáveis para uma existência digna ganhou preeminência desde os primeiros trabalhos preparatórios no âmbito do processo constituinte, e mais ainda após a sua entrada em vigor, seja pelo desenvolvimento que alcançou na doutrina, seja pela posição de destaque que passou a ocupar na práxis jurisprudencial, administrativa e legislativa (SARLET, 1998, p. 564).

Em sede doutrinária, o primeiro autor de renome que sustentou a existência do direito subjetivo à proteção dos recursos mínimos necessários a uma existência com dignidade foi o publicista Otto Bachof, que já em 1950 o considerava como o desdobramento mais evidente da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso I, da Lei Fundamental da Alemanha. O respeitado doutrinador defendia que o direito à vida e à integridade corporal (artigo 2º, inciso II, da LF) não poderia ser entendido unicamente como a preservação da existência, ou seja, como um direito típico de defesa, reclamando, ao revés, também uma atitude pró-ativa do Estado de proteção à vida (SARLET, 1998, p. 564).

Cerca de um ano depois da paradigmática formulação teórica proposta por Bachof, o recém-inaugurado Tribunal Federal Administrativo da Alemanha reconheceu, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o direito subjetivo de um indivíduo carente ao recebimento de auxílio material por parte do Estado. Sustentou-se, com lastro no postulado da dignidade da pessoa humana, que todos os indivíduos, na posição de pessoas autônomas e responsáveis, seriam titulares do direito de usufruir de condições indispensáveis à existência.

Embora não se vá aqui refazer todo o caminho de sedimentação do conceito de mínimo existencial percorrido pioneiramente pelos alemães, importa assinalar mais um momento neste trajeto, antes de seguirmos em frente. Trata-se da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal que, quase duas décadas depois da decisão do Tribunal Federal

Administrativo acima referida, acabou por ratificar o reconhecimento do mínimo existencial. Reproduzimos a seguir um trecho da fundamentação desta emblemática decisão:

Certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. (...) Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, se encontram limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais (SARLET, 1998, p. 565).

Com algumas poucas alterações na fundamentação, a essência desta primeira decisão veio a ser reiteradamente chancelada pela Corte Constitucional, implicando no reconhecimento definitivo do mínimo existencial como uma garantia constitucionalmente assegurada.

Releva consignar, nessa quadra, que o mínimo existencial é percebido pelos doutrinadores alemães de escólio como uma espécie de “ajuda para a auto-ajuda” (*Hilfe zur Selbsthilfe*), importando não o estabelecimento da dignidade em si mesma, mas sobremaneira a sua proteção e promoção (SARLET, 1998, 566).

Desenvolvendo ainda mais o conceito de mínimo existencial, doutrina e jurisprudência alemãs unanimemente sustentavam que a dignidade da pessoa humana era um bem impassível de mensuração. Nessa linha, a fixação do valor correspondente à prestação assistencial garantidora das condições existenciais elementares dependeria do padrão sócio-econômico vigente, uma vez que não se pode ignorar que o atendimento desse *minus* prestacional está sujeito às flutuações não apenas das disponibilidades financeiras e econômicas de cada tempo, mas também a um aumento nas expectativas e necessidades das populações trazida no rastro do progresso.

Como quer que seja, certo é que uma garantia efetiva das condições mínimas para uma vida com dignidade abrange muito mais do que a pura e simples sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limiar da pobreza absoluta. Em outros termos, o mínimo existencial deve ser capaz de assegurar todos os pressupostos para uma vida humanamente digna, o que de longe supera as estreitas fronteiras do mínimo vital e a idéia correlata de sobrevivida.

Pois bem. É evidente que a experiência germânica no campo dos “mínimos sociais” não foi única, tendo repercutido decisivamente sobre o Direito Comparado. Contudo, pode-se afirmar com segurança que de todas foi a mais rica, e o acervo doutrinário que ela legou ao patrimônio mundial é decerto inestimável. É possível pinçar, dentre tantas outras, ao menos duas constatações de destaque que influenciaram todo o arsenal teórico desenvolvido posteriormente sobre o mínimo existencial.

A primeira delas diz respeito ao próprio conteúdo do mínimo existencial que, conforme já dissemos, não pode ser confundido com o assim chamado “mínimo de sobrevivência”, de vez que este último retrata tão-só a garantia da vida, encontrando-se fora de sua circunferência as condições para uma vida com qualidade. O que se quer dizer é que impedir que alguém viva ao relento ou morra de fome representa uma passada firme rumo à implementação do mínimo existencial, embora não seja – nem de longe, diga-se – suficiente para que se alcance integralmente aquele mister.

A outra constatação relaciona-se com a fundamentação do direito ao mínimo existencial. Conquanto parte expressiva dos doutrinadores europeus vincule o mínimo existencial à garantia da dignidade da pessoa humana e ao dever de sua concretização pelos Poderes Públicos a partir da cláusula geral intrínseca ao Estado Social, no mundo anglo-saxão há uma esmagadora aderência a uma fundamentação eminentemente liberal do mínimo existencial, como se ele fora uma garantia para o próprio exercício das liberdades individuais.

Trasladando o foco de nossos estudos para o cenário brasileiro, que particularmente nos interessa, é possível constatar que a clivagem na caracterização do mínimo existencial – ora como um desdobramento lógico da dignidade humana, ora como uma condição procedimental da liberdade – se repete, havendo inclusive quem refute veementemente qualquer das duas classificações.

Desta feita, a conotação liberal do mínimo existencial, salvo por alguns matizes conferidos pelo diálogo proveitoso com a experiência européia, acabou sendo reproduzida, entre nós, pelo professor Ricardo Lobo Torres, que defende o mínimo existencial como a garantia das condições materiais para o exercício das liberdades reais (que contrasta com as liberdades formais), embasando-o nos princípios de autonomia e liberdade, tal como precedentemente

fizeram John Rawls e Michael Walzer. Todavia, a irretorquível maioria dos doutrinadores pátrios considera o mínimo existencial como o núcleo duro dos direitos fundamentais sociais prestacionais, estes últimos entendidos como subprincípios da dignidade da pessoa humana.

Como seria impossível abordar satisfatoriamente todos os estudos existentes sobre o mínimo existencial no panorama brasileiro, optamos por minudenciar as idéias defendidas pelos professores Ricardo Lobo Torres e Ana Paula de Barcellos. Em primeiro lugar, em razão do lugar de destaque ocupado por suas dissertações; depois disso, porque representam correntes de pensamento em certa medida antagônicas, embora as diferenças conceituais quase não sejam sentidas na prática. Explica-se melhor.

Se por um lado pode-se afirmar seguramente que os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana, em que pese a íntima conexão entre ambos, não sejam conceitos equivalentes, também é verdade que a própria compreensão do princípio da autonomia dá margem a dissensos, variando conforme o “grau de liberalidade” de seu mentor. Por conseguinte, a caracterização do mínimo existencial como corolário da dignidade ou como pressuposto de liberdade nem sempre (embora quase sempre) significará diferenças substanciais práticas, e algumas vezes os conceitos desaguarão na foz comum da jusfundamentalidade, nela compreendidas todas aquelas prestações estatais relacionadas com a satisfação de um padrão de vida condigno. Essa constatação se tornará especialmente nítida quando estivermos diante das idéias do professor Ricardo Lobo Torres, que a despeito de fundamentar o mínimo existencial como uma exigência dos direitos de liberdade, o aproximará inexoravelmente do conceito de dignidade.

Contudo, esses casos pontuais onde duas vias de fundamentação tão díspares conduzem a resultados semelhantes não são capazes de invalidar a regra. Isto é: adoção de tal ou qual linha de abordagem poderá implicar em resultados absolutamente distintos, relacionados, *e.g.*, com a diferença entre o mínimo vital e o mínimo existencial e a extensão da margem de interferência do Poder Judiciário na proteção e efetivação desse mínimo, entre tantas outras incompatibilidades que poderíamos aqui apontar.

Desde já declaramo-nos favoráveis à corrente substancialista, firmando posição no sentido de que o mínimo existencial deverá guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente

adequada da dignidade da pessoa humana (princípio fundante da República brasileira). Nessa vereda, entendemos que a noção de dignidade da pessoa humana somente será efetivada quando a todos forem asseguradas as condições possíveis e disponíveis para que se leve uma vida honrada.

Assim, ainda que existam diferentes maneiras de realizar o mínimo existencial, cabendo ao legislador a função de escolher a forma como determinada prestação será atendida, omissões e desvios de finalidades por parte dos órgãos eleitos não podem ser tolerados – e essa é exatamente a área de atuação reservada ao Judiciário. Noutra giro, significa dizer que a liberdade de conformação do legislador encontra o seu limite no atendimento ao padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis para a promoção de vida com dignidade. Sempre que o legislador mantiver-se aquém dessa zona fronteira, poderá o Judiciário, quando provocado, determinar o cumprimento da prestação reclamada.

Tal orientação, de resto, é a mais prestigiada no continente europeu e começa a ser defendida também por doutrinadores e operadores de direito sul-americanos, especialmente em países como Argentina e Colômbia. No Brasil, há um inegável aumento no número de publicações e de decisões judiciais favoráveis à tese, sobretudo no que concerne ao direito à saúde.

2. UMA FUNDAMENTAÇÃO LIBERAL DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A PROPOSTA DE RICARDO LOBO TORRES

Na linha dos dissídios doutrinários, há que se fazer menção obrigatória às lições do Professor Ricardo Lobo Torres, para quem o mínimo existencial é direito pré-constitucional, derivado do direito fundamental à liberdade.

Adite-se, antes de prosseguir, que ao elaborar a sua tese o autor tinha como objetivo lastrear o conceito de mínimo existencial a esteios jurídicos mais fortes, capazes de evitar que a codificação de um largo espectro de direitos fundamentais sociais produzisse como efeito indesejado a neutralização desses mesmos direitos. Diagnosticando o mínimo existencial como parte integrante do conjunto de direitos fundamentais de liberdade, Torres simultaneamente estabelece um critério material para legitimar a atividade judicial e afasta

peremptoriamente os argumentos relacionados tanto com a programaticidade das normas quanto com a ausência de previsão orçamentária para os gastos necessários à sua implementação.

Retomando o raciocínio, pode-se dizer, em apertada síntese, que Ricardo Lobo Torres qualifica o mínimo existencial como uma “condição de procedibilidade” para o exercício efetivo da liberdade (autonomia privada). Nesse sentido, o autor lança mão dos termos liberdades positivas ou materiais (*freedom to*), por oposição às liberdades negativas ou formais (*freedom for*), estas últimas alheias às condições sociais da liberdade que permitem ao ser humano gozar efetivamente de livre-arbítrio para a tomada de decisões no âmbito da comunidade. Como condição pressuposta da liberdade, o mínimo existencial pode ser sindicado perante o Poder Judiciário, mesmo na ausência de políticas públicas.

Note-se que para o eminente professor os “mínimos sociais” representam o *prius* das prestações materiais a que todos têm direito, porque contidas na esfera das liberdades fundamentais, revestindo-se de obrigatoriedade e aplicabilidade imediata. Quanto às demais prestações não-essenciais (*máximo social*), integram os direitos sociais, cabendo aos poderes instituídos concretizá-los na medida do possível, sem desnaturar o necessário equilíbrio das finanças públicas. Na passagem textual abaixo colacionada o autor define os direitos sociais para, sem seguida, diferenciá-los do mínimo existencial. Senão vejamos:

Revestem eles, na Constituição, a forma de princípios de justiça, de normas programáticas ou de *policy*, sujeitos sempre à *interpositio legislatoris*, especificamente na via do orçamento público, que é o documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados. Esses direitos às vezes aparecem, principalmente na doutrina alemã, sob a denominação de *direitos fundamentais sociais*, em virtude de sua constitucionalização, principalmente através da cláusula do Estado Social; mas, segundo a maior parte dos autores germânicos que a adotam, subordinam-se à justiça social, encontram-se sob a ‘reserva do possível’ e constituem meras diretivas para o Estado, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade nem com o mínimo existencial (TORRES, 2007, pp. 282-283).

Ainda que os esforços empreendidos por Torres para assentar o mínimo existencial sobre terreno seguro sejam louváveis, sua teoria esvazia-se sensivelmente quando confrontada com o ordenamento jurídico brasileiro. Preliminarmente, pode-se objetar que no cerne da Constituição Republicana de 1988 não está a noção de autonomia privada – segundo a qual

cabe ao Estado garantir condições mínimas aos cidadãos para que estes possam perseguir livremente os seus projetos pessoais de vida –, mas a de dignidade da pessoa humana, elevada a fundamento da ordem constitucional brasileira (artigo 1º, III, CF), cuja latitude conceitual leva à insuficiência dos parâmetros adotados pelo autor. A crítica, como vimos, procede apenas parcialmente, pois apesar de Torres dissociar o mínimo existencial dos direitos fundamentais sociais prestacionais, jamais o afastou no postulado da dignidade.

Outra crítica costumeiramente endereçada à teoria desenvolvida por Torres relaciona-se com a fundamentalidade mitigada que ele reconhece aos direitos sociais, à maneira dos doutrinadores alemães e portugueses. Diferentemente dos ordenamentos constitucionais de Portugal e Alemanha – que não tutelam de forma plena nem prevêm instrumentos jurídicos para a efetivação dos direitos prestacionais sociais² –, a Constituição brasileira capitulou os direitos individuais, políticos e sociais sob o título genérico de “Direitos e Garantias Fundamentais”, tendo-lhes sido concedidos os mesmos mecanismos de proteção.

Como consequência dessa incompatibilidade entre a caracterização do mínimo existencial como condição de procedibilidade para o exercício da liberdade e os preceitos da Constituição Brasileira de 1988, muitos autores preferem conceituar o mínimo existencial como o aspecto material e mais visível do princípio da dignidade da pessoa humana.

3. UMA FUNDAMENTAÇÃO SUBSTANCIAL DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A PROPOSTA DE ANA PAULA DE BARCELLOS

Dentre as contribuições mais recentes e significativas a essa temática, merece destaque a dissertação apresentada por Ana Paula de Barcellos como requisito para a obtenção do título de mestre pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, intitulada de *A Eficácia Jurídica dos Princípios Fundamentais. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana*.

Para a eminente professora, tantas vezes lembrada no decorrer do presente trabalho, o mínimo existencial concentra a menor fração restante do princípio da dignidade da pessoa humana,

² Nesse sentido a posição de Vieira de Andrade, para quem “só o conteúdo mínimo dos direitos sociais fundamentais pode considerar-se, em regra, constitucionalmente determinado, em termos de ser judicialmente exigível”. (Apud FIGUEIREDO, 2007, p. 47).

quando confrontado em abstrato com outros princípios constitucionais (majoritário e da separação dos poderes) e com as limitações orçamentárias enfrentadas pelo Poder Público (reserva do possível).

Segundo a autora – amparada pelos fundamentos gerais da teoria da ponderação de Robert Alexy –, todos os princípios albergados pela Constituição Federal têm a sua dignidade normativa, sendo que o processo de ponderação entre os mesmos jamais poderá resultar na nulificação de uns em benefício de outros.

Partindo dessa premissa básica, inicialmente Ana Paula de Barcellos destaca a fundamentalidade jusfilosófica e jurídica da dignidade humana e esmiúça analiticamente todos os dispositivos constitucionais que versam diretamente sobre ela (subsistema temático), chegando à conclusão inicial de que o efeito isolado que a previsão jurídica da dignidade da pessoa humana pretende produzir é a mais ampla cobertura possível de todos os aspectos necessários à proteção e promoção de uma vida digna. Idealmente, portanto, deveria ser possível exigir-se perante o Poder Judiciário, como direitos subjetivos, toda a extensão dos efeitos isoladamente pretendidos pelos enunciados normativos constitucionais.

Em seguida, a autora empreende um concerto sistemático entre os dispositivos relacionados com a dignidade da pessoa humana e os princípios majoritário e da separação de poderes, tradicionalmente opostos como impedimentos absolutos à possibilidade de o Judiciário sindic qualquer efeito positivo do aspecto material da dignidade da pessoa humana. O resultado dessa operação lógica – que Ana Paula associa graficamente a uma soma vetorial – é a atribuição de “eficácia jurídica apenas ao núcleo da dignidade da pessoa humana, reconhecendo-se legitimidade ao Judiciário para determinar as prestações necessárias à sua satisfação” (BARCELLOS, 2008, p. 187).

Vencido o debate estritamente jurídico sobre a eficácia positiva dos princípios constitucionais que tratam da dignidade humana, a professora da UERJ demonstra como as condições materiais e financeiras dos Estados limitam a concretização dos comandos constitucionais e adverte, invocando as lições de Luís Roberto Barroso, que mesmo os preceitos de maior densidade estariam fadados à “insinceridade normativa” caso os recursos públicos fossem insuficientes para dar-lhes cumprimento. Ante essa constatação, Ana Paula argumenta que se

por um lado existe uma contingência de verbas públicas, por outro lado deve-se ter em mente que a finalidade do Estado, ao obter recursos, está exatamente em atender aos objetivos fundamentais traçados pela Constituição, dentre os quais figura como principal a garantia das condições materiais essenciais à dignidade da pessoa humana.

Por esse conjunto de fatores, Ana Paula conclui que o mínimo existencial compõe a parcela mais essencial da dignidade da pessoa humana, à qual se deve reconhecer a natureza biunívoca e a sindicabilidade próprias das regras. Quanto aos direitos situados fora desse núcleo, dependeriam de escolhas tomadas no âmbito das deliberações majoritárias. Nesse ponto, não poderíamos deixar de mencionar a alegoria dos círculos concêntricos de que se vale a autora para ilustrar, com precisão cirúrgica, o seu conceito de mínimo existencial. *In verbis*:

Recorra-se aqui a uma imagem capaz de ilustrar o que se afirma: a de dois círculos concêntricos. O círculo inferior cuida afinal do mínimo de dignidade, decisão fundamental do poder constituinte originário que qualquer maioria terá de respeitar e que, afinal, representa o efeito concreto mínimo pretendido pela norma e exigível. O espaço entre o círculo interno e o externo será ocupado pela deliberação política, a quem caberá, para além do *mínimo existencial*, desenvolver a concepção de dignidade prevalente em cada momento histórico, de acordo com as escolhas específicas do povo.

Não é necessário, portanto, determinar todo o conteúdo do princípio ou todas as suas pretensões, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana contém, de fato, um campo livre para a deliberação política. É possível e fundamental, todavia, investigar esse núcleo mínimo de efeitos pretendidos, de modo a maximizar a normatividade do princípio pela identificação do espaço de aplicação da eficácia positiva ou simétrica (BARCELLOS, 2008, pp. 282-283).

Ao final de sua exposição, Ana Paula de Barcellos se ocupou de construir os sentidos próprios de cada direito fundamental social prestacional, propondo “parâmetros ou *standards* específicos capazes de identificar o que deve ser considerado como prerrogativa essencial de cada direito”, isto é, qual o seu núcleo irreduzível, incluindo aí as garantias da educação fundamental, da saúde básica, da assistência aos desamparados e do acesso à justiça (BARCELLOS, 2008, p. 145)

Em que se pese o brilhantismo com que Ana Paula expôs a sua tese, ousamos censurar algumas proposições conformadoras de seu raciocínio, a começar pela suposta apuração do mínimo existencial como o resultado de uma “ponderação em abstrato” entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os princípios majoritário e da separação de poderes.

Ainda que a autora enquadre tecnicamente o mínimo existencial como o resultado de um processo de ponderação preventivo, em muitas passagens de sua obra Ana Paula afirma precisamente o oposto, *i.e.*, que o mínimo existencial, por sua fundamentalidade, corresponde ao núcleo rígido, à partícula irreduzível e imponderável do princípio da dignidade da pessoa humana, insuscetível de sofrer qualquer tipo de restrição.

O confronto dos trechos colacionados a seguir demonstra bem a contradição que se vem de ressaltar. *In verbis*:

Feita a digressão, e retornando ao ponto, é preciso reconhecer que, nada obstante o reconhecimento teórico da capacidade do Judiciário de syndicar positivamente os efeitos pretendidos pelas disposições que cuidam da dignidade humana, a questão mais grave continua a ser a definição da extensão dessa legitimidade. É evidente que o Judiciário não tem competência para fixar as políticas públicas de maneira ampla, nem cabe a cada Juiz impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada. Permitir que o Judiciário assumisse tal papel efetivamente representaria o colapso da separação dos poderes e a perigosa concentração de poderes na instância judicial.

Diante de mais essa questão, que se agrega a tudo que já se discutiu até aqui, pode-se concluir que a coexistência harmônica da eficácia positiva da dignidade de um lado e, de outro, da separação de poderes e do princípio majoritário, depende de atribuir-se eficácia jurídica positiva apenas ao núcleo da dignidade, ao chamado *mínimo existencial*, reconhecendo-se legitimidade ao Judiciário para determinar as prestações necessárias à sua satisfação. Cada idéia cede um pouco de seu espaço de modo que todas possam operar satisfatoriamente (BARCELLOS, 2008, p. 34)

Registrada as diferenças fundamentais entre princípios e regras, cabe um último registro acerca da indeterminação que, a rigor, caracteriza as duas categorias de princípios referidas acima. Ao longo do texto, e até aqui, falou-se sempre de efeitos relativamente (e não completamente) indeterminados, e o mesmo acontece com as condutas. E isso porque, a despeito de todas as indeterminações, é possível afirmar, com frequência, que certos efeitos estão contidos de forma inexorável na descrição do princípio, até por força da imposição lingüística, já que toda expressão haverá de ter um sentido mínimo. Esse conjunto de efeitos forma um núcleo essencial de sentido do princípio, com natureza de regra, uma vez que se trata agora de um conjunto de efeitos determinados. Igualmente, muitas vezes será possível afirmar que certas condutas são absolutamente indispensáveis para a realização do fim indicado pelo princípio (BARCELLOS, 2008, p. 67).

Certamente é corriqueiro que não haja consenso a respeito de muitos temas pontuais no âmbito da sociedade. No que diz respeito à dignidade da pessoa humana, isso também acontece. Superado o núcleo básico do princípio, é natural que haja diferentes concepções do que significa a dignidade e de como ela pode ser alcançada. Entretanto, se a sociedade não for capaz de reconhecer a partir de que ponto as pessoas se encontram em uma situação indigna, isto é, se não houver consenso a respeito do conteúdo mínimo de 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, um signo sem significado correspondente. Se não é possível vislumbrar a indignidade em nenhuma situação, ou todos os indivíduos desfrutam de uma vida digna – e aí sequer se cogitará do problema –, ou simplesmente não se conhece mais a noção da dignidade (BARCELLOS, 2008, p. 229).

Pois bem. Mesmo que não vislumbremos o processo de ponderação com o rigor matemático de Robert Alexy³, não se pode negar que a própria terminologia da palavra “ponderar” traduz a idéia de atribuição de graus de importância / prioridade distintos a dois ou mais elementos que se encontram em relação de tensão. É nesse sentido, aliás, como não poderia deixar de ser, que o dicionário Houaiss descreve a ponderação como o “ato de atribuir pesos a diversas grandezas para calcular a média ponderada; examinar com atenção e minúcia; avaliar, apreciar (p. as vantagens e desvantagens); levar em consideração; ter atenção sobre; sopesar (DICIONARIO HOUAISS, 2001, p. 2257).

Em razão do exposto, parece-nos que a distinta professora da UERJ assente com duas premissas absolutamente incompatíveis entre si. Não há como conceber que o mínimo existencial seja ao mesmo tempo o núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana e o resultado da ponderação em abstrato de princípios concorrentes. Se o mínimo existencial não pode sofrer qualquer tipo de restrição e está fora da equação, concluir que nada sobrar da parcela ponderável do princípio da dignidade da pessoa humana, quando confrontada em abstrato com a parcela ponderável dos outros dois princípios (majoritário e da separação de poderes), é no mínimo desnaturar a própria razão de ser do instituto da ponderação!

Mas não é só. A própria autora reconhece que o princípio tradicional de separação de poderes calcado na preeminência do Legislativo não mais atende às necessidades contemporâneas e precisa ser revisitado. Tal afirmação, diga-se, não a impede de ressaltar que, em essência, o princípio continua válido, notadamente por trazer em si “um componente não meramente instrumental, mas também valorativo, que é a fórmula da representação popular democrática (BARCELLOS, 2008, p. 247).

Considerando-se as assertivas acima expostas, resulta claro que a preservação do mínimo existencial, menos do que a ponderação entre os princípios, é uma exigência intrínseca da

³ De acordo com Alexy, “o papel da ponderação, na argumentação jurídica, deixa, somente então, compreender-se totalmente, quando sua estrutura é revelada completamente (...). A lei da ponderação diz: ‘quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro’. Na lei da ponderação, o não-cumprimento ou prejuízo de um princípio P_i e a importância do cumprimento do outro princípio colidente P_j estão face a face. A fórmula peso precisa a lei da ponderação pelo fato de ela distinguir, em cada lado, três fatores. Do lado de P_i , são esses: (1) a intensidade da intervenção (I_i) em P_i , (2) o peso abstrato (G_i) de P_i e (3) a certeza das suposições empíricas sobre isto, o que a medida a ser apreciada significa para a realização de P_j (S_j). Esses seis fatores somente se deixam pôr em relação com os meios da matemática”. (ALEXY, 2008, p. 15).

constitucionalização da dignidade humana, além de um pressuposto lógico da separação de poderes em um Estado Democrático de Direito. Não há qualquer diminuição do espaço idealmente pretendido pelo princípio da separação de poderes. Há unicamente o reconhecimento de que os tempos atuais exigem uma reformulação de seus antigos contornos.

Outro aspecto digno de nota está no fato de Ana Paula chamar a atenção para a diferença conceitual entre democracia e regra majoritária. Segundo a professora, democracia denota não apenas o respeito à vontade das majorias, como também e principalmente a proteção dos direitos fundamentais de todos os indivíduos, “façam eles parte da maioria ou não”. E conclui que os direitos fundamentais “apresentam-se como condições pressupostas do regime democrático e é nesse ponto que a regra majoritária, longe de ser absoluta, encontra seus principais limites” (BARCELLOS, 2008, p. 251).

Novamente, o que se vê não é a aplicação da técnica da ponderação, mas o reconhecimento de que mesmo o princípio da regra majoritária não prescinde da proteção da parcela mais essencial do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Ora, como seria possível falar em “dosimetria de princípios” quando o que existe é, de uma ponta, o esvaziamento do princípio da dignidade da pessoa humana até o limiar do admissível, enquanto que na outra ponta os princípios majoritário e da separação de poderes permanecem incólumes em toda a sua extensão? A alegação de que a garantia de um padrão de vida minimamente decente pelo Judiciário representaria um limite efetivo àqueles dois outros princípios soa absolutamente falaciosa, posto que essa garantia, além de uma exigência inata da judicialização da dignidade na forma de princípio, resulta da adequação dos princípios da Separação de Poderes e Maioritário a um Estado Democrático de Direito.

Quadra registrar que mesmo se a Constituição consagrasse um sem-número de princípios em tese colidentes com a dignidade da pessoa humana, ainda o núcleo essencial da dignidade permaneceria ileso, não cederia um centímetro sequer. A explicação para o fato é simples: mesmo em países onde inexistente previsão formal do “mínimo existencial”, como no Brasil, entende-se que os direitos fundamentais não podem ser restringidos para além de um limite universalmente aceito, a ponto de se tornarem “invólucros vazios de conteúdo, sobretudo em sistemas onde desfrutem do status de cláusulas pétreas” (BARCELLOS, 2005, p. 140).

Uma última observação relaciona-se com proposta de concretização do mínimo existencial apresentada por Ana Paula de Barcellos. A autora divide o núcleo rígido da dignidade da pessoa humana em 4 (quatro) sub-categorias – educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça –, sugerindo parâmetros para a identificação das possíveis prestações materiais contidas em cada uma delas.

Dentre todos os parâmetros propostos, sobressaem aqueles destinados à identificação do mínimo existencial na área da saúde. De acordo com Ana Paula de Barcellos, “se todos são igualmente dignos, não é possível proceder a qualquer distinção com base em argumentos pessoais ou particulares” (BARCELLOS, 2008, p.311). A partir dessa constatação inicial, a autora sugere a adoção de dois critérios utilitários capazes de permitir ao magistrado a identificação das prestações materiais diretamente sindicáveis perante o Judiciário.

O primeiro deles diz respeito à relação entre o custo da prestação de saúde e o benefício que ela poderá proporcionar para o maior número de pessoas. Por esse critério, fariam parte do “mínimo sanitário” as prestações que atendessem, pelo menor custo e de forma eficaz, o maior número possível de indivíduos.

O segundo parâmetro receitado pela autora é o da inclusão prioritária no mínimo existencial das prestações de saúde de que todos os indivíduos provavelmente necessitaram, necessitam ou necessitarão no futuro. A lógica é que um conjunto comum e básico de prestações de saúde seja assegurado indistintamente a qualquer cidadão. Isso, obviamente, sem considerar todas as demais prestações que venham a ser juridicizadas pelos grupos eleitos a cada mandato eleitoral.

Entendemos não ser possível listar, de maneira apriorística e taxativa, todos os elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um número fechado e pré-determinável de posições subjetivas (direitos públicos subjetivos) albergadas sob o rótulo de “mínimo existencial”, “sob pena de fecharmos de modo constitucionalmente ilegítimo (ou, pelo menos, problemático) o acesso à satisfação de necessidades essenciais” (SARLET, 1998, p.575). Obviamente, esta constatação não impede que os estudiosos do Direito procurem inventariar todas as conquistas sociais já sedimentadas, a fim de orientar os intérpretes na tarefa de

consolidação do mínimo existencial, desde que não reste excluída a possibilidade de reconhecimento futuro de novos direitos.

É justamente nesse sentido que interpretamos a proposta de A.P. de Barcellos. O critério utilitarista apontado pela autora apenas será válido enquanto não infirmar o reconhecimento de outras prestações contidas no mínimo existencial. Até porque se fosse diferente, *i.e.*, se aceitássemos o utilitarismo como o único critério possível para a identificação do mínimo existencial, a premissa fundamental de que todos são igualmente dignos cairia por terra. Vejamos o porquê.

O utilitarismo não trata adequadamente os direitos fundamentais como direitos situados acima dos interesses das maiorias. Para os adeptos desta corrente de pensamento, os direitos fundamentais somente poderão ser respeitados se isto for conveniente para a promoção do bem-estar do maior número de pessoas, isto é, dos interesses prevalentes em cada sociedade.

Acontece que a previsão constitucional de direitos fundamentais – e, mais do que isso, a sua cristalização na forma de cláusulas pétreas –, desvela, a nosso ver, do firme propósito do constituinte de preservá-los do comércio político, colocando-os acima dos desígnios e interesses das maiorias de cada momento. Dessa forma, os aspectos mais elementares da dignidade da pessoa humana devem ser protegidos mesmo quando contrariem os anseios da maioria dos membros da coletividade.

Nesse sentido o magistério de Daniel, *in verbis*:

Na verdade, o utilitarismo parece equiparar as sociedades a indivíduos – aproximando-se neste ponto do organicismo. Isto porque, a justiça, para as teorias utilitaristas, equivalerá à procura da medida mais favorável ao bem-estar geral, que será definido através do cômputo dos interesses de todos os membros da sociedade. Só que, com isso, essas teorias justificam a perda de direitos sofridos por uns, desde que em benefício de um bem-estar maior usufruído por outros. Não há uma preocupação com a distribuição deste bem-estar dentre os diferentes componentes da sociedade, mas apenas com a maximização geral do bem-estar. Tal como no organicismo, os indivíduos acabam sendo tratados como partes no todo, e não como fins em si, porque não se atribui relevância moral à separabilidade e independência das pessoas (SARMENTO, 2006, p. 280).

Esse foi igualmente o tom da inobjetével crítica que John Rawls dirigiu aos utilitaristas. Senão vejamos:

Each person possess an inviolability founded on justice that even the welfare of the society as a whole cannot override. For this reason justice denies that the loss of freedom for some is made right by a greater good shared by others. It does not allow that the sacrifice imposed on a few are outweighed by the larger sum of advantage enjoyed by many. Therefore in a just society the liberties of equal citizenship are taken as settled; the rights secured by justice are not subjected to political bargaining or to the calculus of social interests (RAWLS, 1971, pp. 3-4).

Por tudo o que foi exposto, concordamos integralmente com o professor adjunto de Direito Constitucional da UERJ no sentido de que “nenhum indivíduo pode ser tratado como meio para o atingimento dos fins sociais, por mais relevantes que sejam estes” (SARMENTO, 2006, p. 280).

A parcela da dignidade da pessoa humana com natureza de regra biunívoca e sindicável (mínimo existencial) deve ser capaz de abrigar todas as situações fáticas em que a dignidade estiver sendo desrespeitada em seu núcleo mínimo de sentido, e é evidente que o aspecto material da dignidade não se restringe às prestações reclamadas pelas maiorias.

Como bem ressaltou Ana Paula de Barcellos, estima-se que 80 % das doenças e mais de 1/3 (um terço) da taxa de mortalidade mundiais decorram da má qualidade da água utilizada pela população ou da falta de esgotamento sanitário adequado (BARCELLOS, 2008, p. 317). Ora, esse é um argumento que reforça a situação de indignidade daqueles que sofrem de doenças como hepatite A, dengue, cólera, febre tifóide e paratifóide, infecções intestinais e esquistossomose, mas não impede o magistrado de reconhecer a indignidade em situações igualmente trágicas, ainda que irrefletidas nos aterradores índices acima mencionados.

A dignidade, repita-se, não está sujeita às flutuações das necessidades das maiorias!

4. NOSSO POSICIONAMENTO ACERCA DA FUNDAMENTAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Para nós, o mínimo existencial exsurge como o *plus* normativo de qualquer Estado Democrático de Direito, consequência do liame indissolúvel que há entre democracia e direitos fundamentais. Nesse sentido, pedimos *vênia* para transcrever as seguintes palavras do professor Lenio Luiz Streck:

Mais do que uma classificação ou forma de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais.

A essa noção de Estado se acopla o conteúdo material das constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança do status quo da sociedade. Por isso, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-compromissário-valorativo-principiológico.

(...)

Desse modo, a teoria da Constituição deve conter um núcleo (básico) que albergue as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito, assentado, como já se viu à saciedade, no binômio democracia e direitos humanos fundamentais. Esse núcleo derivado do Estado Democrático de Direito faz parte, hoje, de um núcleo básico geral-universal que comporta elementos que poderiam confortar uma teoria geral da Constituição e do constitucionalismo do Ocidente (STRECK, maio/ago. 2003, p. 261).

Os Direitos Fundamentais foram sendo incorporados gradualmente ao patrimônio jurídico-constitucional dos países civilizados em geral e do Brasil em particular como resposta aos reclames sociais de cada momento histórico. Nesse panorama inserem-se os direitos sociais, lançados ao ápice da pirâmide normativa com o fito de resguardar os homens de quaisquer ingerências indevidas dos governantes em suas esferas mais essenciais. Como fechamento desse sistema protetivo, conferiu-se à dignidade da pessoa humana a insígnia de valor-fonte⁴ da Constituição Federal.

Mas não é só. Além de juridicizada na forma de princípio, a dignidade da pessoa humana encontra aporte nos postulados humanistas e democráticos que pautam as sociedades contemporâneas, eis que o funcionamento regular da democracia, tanto quanto o efetivo controle social das políticas públicas endossadas pelos congressistas depende de proteção minimamente adequada aos direitos fundamentais dos cidadãos. Se não for assim, isto é, se os direitos fundamentais mais primários forem desrespeitados, simplesmente os indivíduos não terão condições de exercer plenamente sua liberdade, muito menos de participar conscientemente do processo de deliberação democrática.

A afirmativa é especialmente verdadeira quando tratamos de países emergentes como o Brasil, em que a desigualdade chega a níveis alarmantes. É suficiente consultar o endereço eletrônico do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome para constatar a

⁴ A expressão é de Miguel Reale.

gravidade de nosso quadro social. De acordo com os dados oficiais disponibilizados, o Bolsa-Família – programa assistencialista do governo que beneficia famílias em situação de pobreza (com renda mensal de R\$ 60,01 a 120,00) e extrema pobreza (até 60,00) mediante transferência direta de dinheiro – atende atualmente a 11,1 milhões de famílias brasileiras (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL).

O site informa ainda que os valores pagos pelo programa variam entre R\$ 20,00 (vinte reais) e R\$182,00 (cento e oitenta e dois reais), segundo a renda *per capita* de cada família beneficiada. Os números são desalentadores. Supondo que cada família seja formada em média por 04 (quatro) membros, somam-se pelo menos 44,4 milhões de pessoas vivendo em condições de miserabilidade! Isso sem mencionar aqueles que ainda não tiveram acesso ao programa ou que vivem com pouco mais do que R\$ 120,00 (cento e vinte) reais mensais.

Evidentemente, os indivíduos que vivem em situações extremas de pobreza não terão acesso aos níveis mais básicos de educação e, como resultado, sua capacidade para fazer escolhas e tomar decisões na vida adulta restará seriamente comprometida. Sob uma perspectiva coletiva, os efeitos desse abandono serão ainda mais nefastos, pois as políticas públicas implementadas pelos poderes Executivo e Legislativo correrão soltas, sem que a população possa exercer qualquer julgamento crítico sobre a conveniência daquelas escolhas, quanto menos reivindicar posturas e práticas governamentais ajustadas. Pode-se dizer, sem medo de errar, que a proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos é inversamente proporcional à chance de governos corruptos e clientelistas se instalarem no poder.

Nesse ponto, reafirmamos opinião contrária à da professora Ana Paula de Barcellos. Diferentemente da respeitável autora, pensamos que não existe uma ponderação em abstrato entre os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e os Princípios Majoritário e da Separação de Poderes.

O que existe, a bem da verdade, é uma proteção integral ao núcleo duro do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e que essa proteção é corroborada pelos Princípios da Separação dos Poderes e da Maioria sempre que estivermos diante de um Estado Democrático de Direito que consagre a dignidade da pessoa humana como o epicentro axiológico de seu ordenamento jurídico.

A necessidade de proteção de um núcleo duro de direitos permite inclusive conjecturar sobre os motivos que levaram o Constituinte de 1988 a juridicizar os principais valores e objetivos da República na forma de princípios e não de normas. Senão vejamos.

Sabemos que todos os Estados sofrem limitações orçamentárias, não importa o quanto arrecadem de impostos ou quanto em dinheiro possuam nos cofres públicos. Logo, é fácil perceber que a consagração de um extenso rol de direitos na forma de regras representaria nada menos do que incorrer na famigerada insinceridade normativa a que alude Luís Roberto Barroso, e todo o sistema jurídico seria reduzido a um arcabouço de promessas vazias.

À vista desse fato é que a Constituição Republicana brasileira de 1988, seguindo a tendência constitucional européia, consagrou compromissos ético-humanitários no texto constitucional não na forma de regras – porque afinal de contas o orçamento público jamais permitiria a concretização de tais comandos normativos em sua plenitude –, mas na forma de princípios.

Com essa sistematização estratégica, pôde-se garantir que a parcela mais essencial da dignidade da pessoa humana, o núcleo de sentido do princípio, fosse incorporada ao patrimônio de direitos subjetivos de todos os cidadãos, podendo ser oposta inclusive aos interesses da Administração Pública. Contra a efetivação dessa parcela mínima de direitos, nem mesmo o argumento da reserva do possível seria capaz de surtir efeitos, seja porque ela constitui o menor sentido que se pode dar ao significante “dignidade”, seja porque não representa uma ameaça à estabilidade fiscal dos Estados. Ao revés, pode-se afirmar que quase toda dotação orçamentária é capaz de afiançá-la, se bem que umas com mais facilidade que outras.

E mesmo considerando-se que as dotações orçamentárias não fossem capazes de assegurar todas as prestações necessárias à manutenção de um núcleo duro de direitos, deve-se ter em mente que

embora a idéia de escassez de recursos possa parecer verdadeiramente assustadora, é preciso recolocá-la em seus devidos termos. Isso porque, em primeiro lugar, afora países em que os níveis de pobreza da população sejam extremos, faltando mesmo capacidade contributiva, os Estados têm, em geral, uma capacidade de crédito bastante elástica, tendo em vista a possibilidade de aumento de receita. Em um curto espaço de tempo, pouco mais de um ano no caso brasileiro, a autoridade pública tem condições técnicas de incrementar suas receitas, com a majoração de tributos, por exemplo. (...)

Ora, a despesa pública é exatamente o mecanismo pelo qual o Estado, além de sustentar sua própria estrutura de funcionamento, procura realizar seus fins e atingir seus objetivos. Do ponto de vista formal, as despesas públicas deverão estar previstas no orçamento, nos termos constitucionais e legais; mas o que deverá constar do orçamento? Em que se deverá investir? Em que os recursos públicos deverão ser aplicados? Com muito maior razão, também o conteúdo das despesas haverá de estar vinculado juridicamente às prioridades eleitas pelo constituinte originário (BARCELLOS, 2008, p. 266).

Quanto às demais prestações sociais, situadas fora desse núcleo mínimo e indivisível de direitos, dependem das opções políticas adotadas pelos grupos instalados no poder a cada mandato eleitoral. Contudo – e aí está a grande vantagem da constitucionalização de direitos na forma de princípios –, tais políticas públicas eleitas pelas “maiorias de plantão” deverão estar sempre vinculadas ao atendimento das metas constitucionais prioritárias.

Em resumo: uma vez que as verbas públicas são escassas, não há meios de prover todos os anseios e necessidades da população brasileira. Desse modo, a Constituição protege o cerne dos direitos fundamentais e delega aos Poderes Executivo e Legislativo – que possuem um conhecimento mais amplo sobre as limitações orçamentárias do Estado e podem identificar como cada política pública interferirá com o equilíbrio financeiro do país – a tarefa de planejar a forma como os investimentos públicos atenderão às diretrizes constitucionais. Por fim, como forma de evitar que todas as cautelas adotadas fossem em vão, o Constituinte conferiu ao Judiciário o poder-dever de fiscalizar a constitucionalidade das políticas públicas adotadas pelos órgãos representativos, fechando hermeticamente o sistema protetivo dos Direitos Fundamentais Sociais Prestacionais.

Essa proteção triplamente qualificada que a Constituição confere aos Direitos Fundamentais Sociais Prestacionais (mínimo existencial + políticas públicas escolhidas pelos órgãos com legitimação democrática e visão holística do panorama orçamentário estatal + controle judicial dos atos emanados dos Poderes Representativos), sobre não ser o modelo perfeito de exercício democrático do poder, constitui o meio mais eficiente de que temos conhecimento. Não é outra a opinião de Ronald Dworkin, *in verbis*:

Deste modo, não é antidemocrático, mas parte de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são pré-requisitos da própria legitimidade deste, não serão violados. Naturalmente os juízes, como os legisladores, podem cometer erros em relação aos direitos

individuais. Mas a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação dos juizes pelo Executivo provou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política no longo prazo (DWORKIN apud APPIO, 2008, p. 36)

Contudo, uma questão remanesce sem resposta: quais são afinal as prestações contidas sobre a designação genérica “mínimo existencial”?

4.1. O conteúdo do Mínimo Existencial

Entendemos o mínimo existencial como o núcleo irreduzível do princípio da dignidade da pessoa humana, que em um Estado Democrático de Direito é corroborado tanto pelo Princípio da Separação de Poderes quanto pela Regra Majoritária, posto que ambos pressupõem a proteção de um conjunto irrestringível de direitos.

No que concerne ao conteúdo do mínimo existencial, corresponderá precisamente ao sentido mínimo que o significante dignidade assumirá em determinada época (condicionante temporal).

Ora, como o conceito de mínimo existencial é vaporoso – tende a expandir-se de acordo com as conquistas de cada tempo, levando-se em conta a elevação do padrão de vida mundial, as disponibilidades financeiras e econômicas, as novas necessidades trazidas no rastro do progresso etc. –, e ante a impossibilidade de se listar exaustivamente todas as situações violadoras em tese da dignidade da pessoa humana, caberá ao magistrado, em cada caso concreto, avaliar se a dignidade da pessoa humana estará sendo ameaçada no seu mais alto grau, isto é, ferida em núcleo mínimo de sentido.

Sempre que isso ocorrer, haverá aí um direito subjetivo da parte a receber a prestação material pleiteada. Note-se que a análise do juiz cingir-se-á unicamente ao grau de fundamentalidade do direito pleiteado. Não há qualquer ponderação entre Princípios.⁵

⁵ A ressalva é fundamental, principalmente se levarmos em conta que grassa em sede doutrinária uma acirrada polêmica sobre o significado da garantia do conteúdo do mínimo existencial. Formaram-se em doutrina duas concepções distintas sobre o assunto: as teorias absolutas e relativas.

De uma maneira bastante simplificada, a teoria absoluta postula a existência de um reduto inexpugnável dos direitos fundamentais, impassível de sofrer qualquer tipo de restrição. Essa teoria concebe os direitos como

Obviamente, sempre que o magistrado pender para a concessão da prestação requerida, fundamentará rigorosamente a sua decisão com argumentos sólidos e consistentes, conforme determinam a razão prática e o mantra entoado pelo artigo 93, IX, da CF.

Sabemos de antemão que a proposta de concretização do mínimo existencial aqui defendida poderá sofrer uma série de retaliações.

Alguns dirão, na linha defendida por Lenio Luiz Streck,⁶ que a possibilidade de o Juiz delimitar casuisticamente qual o núcleo duro da dignidade da pessoa humana fomenta uma ideologia do caso concreto e reproduz em nível jurídico algo próximo do Estado de Natureza descrito por Hobbes, a que se poderia rebatizar de “Estado de Natureza Hermenêutico”. Certamente é um exagero. Expressões como “panprincipiologia jurídica” e “neopentecostalismo do Direito”, cunhadas pelo gênio crítico e provocativo do professor Lenio, são menos para serem aceitas como presságios de um tempo sem leis do que como manuais de prudência a serem seguidos por juízes togados, que devem exercer com seriedade e comprometimento a tarefa de dar concretude ao conteúdo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana.

A reabilitação do constitucionalismo discursivo, o rearranjo de relações entre os três poderes, a projeção da Filosofia Jurídica a novos patamares cognitivos, o custeio das liberdades

círculos concêntricos, sendo que a auréola circular externa demarca a área de expansão dos direitos e o círculo interno o seu núcleo essencial, a esfera intocável do direito, cuja afetação poderia desnaturá-lo ou implicar na perda de seu sentido útil. A crítica que se faz a essa teoria é que seria praticamente impossível delimitar a essência do núcleo fundamental, discernindo-a do campo periférico de proteção.

Por outro lado, os adeptos da teoria relativa sustentam que o conteúdo essencial de um direito só pode ser alcançado diante de um caso concreto. Reconduzem, destarte, o problema da delimitação do núcleo fundamental a uma questão de ponderação. Para eles, o mínimo existencial é um conceito fluido e dinâmico que somente será visualizado diante das circunstâncias fáticas examinadas. Seus adversários argumentam que a noção de núcleo flexível fragiliza a proteção dos direitos que a idéia de núcleo deveria assegurar, uma vez que ela acaba se confundindo com a própria noção de ponderação. Se o núcleo essencial foi imaginado para atuar como um limite à ponderação, como ele poderá ser um resultado dela?

Essa é uma controvérsia bizantina e difícil de ser superada. Contudo, e por tudo o que vimos até aqui, arriscamos a endossar a teoria absoluta e manifestar o nosso entendimento no sentido de que o mínimo existencial, conceito móvel e dependente dos consensos sociais de cada época sobre o que seja minimamente digno, somente pode ser capturado pelo intérprete à luz do caso concreto. A imponderabilidade do núcleo duro do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana decorre da própria concepção de Estado Democrático de Direito, onde o Homem e a sua dignidade encontram-se no epicentro axiológico dos ordenamentos jurídicos.

⁶ Palestra proferida pelo professor Lenio Luiz Streck no II Congresso Internacional de Direito Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro - Um balanço dos 20 anos da Constituição de 1988, realizado nos dias 06, 07 e 08 de outubro de 2008 na EMERJ, sob a organização de Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha, coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional.

subjetivas e dos direitos elementares dos cidadãos pelo Estado, tudo sinaliza para uma aposta no papel civilizatório do Direito, principal correia de transmissão dos sistemas democráticos. Nessa linha, deverão os juízes, sempre que provocados, prover as prestações mínimas necessárias a uma vida com dignidade, sem que isso importe em violação aos espaços reservados ao Legislativo e ao Executivo.

A título de conclusão, endossamos as palavras do professor Daniel Sarmiento, para quem

Negar a supremacia do interesse público sobre o particular e afirmar a superioridade *prima facie* dos direitos fundamentais sobre os interesses da coletividade pode parecer para alguns uma postura anticívica. Numa “sociedade de indivíduos”, em que os laços sociais afrouxaram-se, esta perspectiva pode soar como um estímulo para o egocentrismo; como um combustível para as tendências centrífugas já tão disseminadas no mundo contemporâneo. E, no contexto brasileiro, a fragilidade das nossas tradições republicanas e o ambiente cultural de patrimonialismo e de rarefação do civismo podem ser vistos um solo que, germinado por idéias tão liberais – que dêem tanta ênfase ao discurso dos direitos –, produza como fruto certo, ainda que indesejado, a consagração da “Lei de Gerson” como regra maior da nossa moralidade social.

Mas esta visão não se justifica. O bom civismo, cujo cultivo interessa ao Estado Democrático de Direito, não é o do nacionalismo à *outrance* – que tanto mal já fez à Humanidade –, nem o que prega a entrega incondicional do indivíduo às causas da coletividade. O civismo que interessa é o do “patriotismo constitucional”, que pressupõe a consolidação de uma cultura dos direitos humanos. Afinal, numa sociedade pluralista como a nossa, não parece possível fundar a lealdade ao Estado exclusivamente no compartilhamento de alguma identidade cultural. O engajamento em causas comuns e a cooperação solidária carecem também de outros alicerces. E um destes alicerces pode ser a percepção de cada pessoa de que vive sob a égide de um regime constitucional que trata a todos com o mesmo respeito e consideração; a compreensão de que não se é súdito do Estado, mas cidadão; partícipe na formação da vontade coletiva, mas também titular de uma esfera de direitos invioláveis; sujeito e não objeto da História. Só que isto requer um Estado que respeite profundamente os direitos de seus cidadãos (SARMENTO, 2006, p. 318).

5. CONCLUSÃO

O presente artigo ocupou-se da problemática envolvendo a correta conceituação e o dimensionamento do mínimo existencial, bem como de investigar quais são os direitos que podem ser reivindicados diretamente em juízo, sem necessidade de regulamentação legislativa.

No transcorrer do estudo, verificou-se que o mínimo existencial corresponde precisamente ao sentido mínimo que o significante “dignidade” assume em cada tempo, levando-se em consideração a elevação do padrão de vida mundial, as disponibilidades financeiras e econômicas, as novas necessidades trazidas pelo progresso etc. Dessa forma – e uma vez que não há como antecipar todas as situações violadoras em tese do núcleo da dignidade da pessoa humana – deverá o magistrado avaliar, em cada caso concreto, se o demandante faz jus à prestação positiva pleiteada.

Caso o magistrado vislumbre a violação ao núcleo duro da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, resolva-se pelo deferimento do pedido, deverá fundamentar rigorosamente a sua decisão, conforme determina o artigo 93, IX, da CF, aduzindo para tanto argumentos que possam ser aceitos como legítimos por toda a comunidade.

O resguardo de um conjunto mínimo e elementar de direitos fundamentais, longe de atentar contra a ordem democrática, funciona como um elemento fortificador da representação popular. Constitui a engrenagem mais importante do maquinário constitucional, voltada à preservação do próprio Estado Democrático de Direito, com todas as conquistas humanitárias que ele representa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert, *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*, 1a ed. 5a reimpr. Curitiba: Juruá, 2008.

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

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FIGUEIREDO, Mariana. *Direito fundamental à saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME. Programa Bolsa Família. [online]. Disponível na Internet no seguinte endereço eletrônico: <http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/o_programa_bolsa_familia/o-que-e>. Acesso em 01.10.2014.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: _____; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. In: *Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 8, No 2, maio/ago. 2003

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Legitimação dos direitos humanos. 2a ed. São Paulo: Renovar, 2007.