

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

ILTON GARCIA DA COSTA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

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

Diretoria - CONPEDI

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa

Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-039-8

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

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O I Evento Virtual do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa que ocorreu nos dias 24, 25, 26 27, 29 e 30 de junho de 2020, cujo tema foi: CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISE

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum ao mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I, coordenado pelos professores Lucas Gonçalves da Silva e Ilton Garcia Da Costa foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1- A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ÂMBITO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA – IRDR

2 - A DECRETAÇÃO DA PRISÃO DE CONDENADOS APÓS O JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

3 - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL NO ÂMBITO DOS TRIBUTOS

4 - A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA LEITURA A PARTIR DE BOBBIO

5 - A POLÍTICA DA MEMÓRIA NO BRASIL E O PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

6 - A PROPRIEDADE PRIVADA E SUA FUNÇÃO NA CONSTRUÇÃO DAS GARANTIAS DE LIBERDADE

7- A TECNOLOGIA COMO INSTRUMENTO DEMOCRATIZADOR DO DIREITO À EDUCAÇÃO NOS TEMPOS DA PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19

8 - A TUTELA DO DIREITO DE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA, COMO DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE HUMANA

9 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: VIDA E MORTE EM CASOS DE TETRAPLEGIA

10 - DIREITO À PRIVACIDADE: GESTÃO PREVENTIVA DA EXPOSIÇÃO VOLUNTÁRIA DO SUJEITO NA ERA DA INFORMAÇÃO

11 - DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA COMO EFETIVAÇÃO DO ART. 1º, INCISO III DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

12 - DIREITOS HUMANOS VERSUS DIREITO PENAL DO INIMIGO: É POSSÍVEL NEGAR A DIGNIDADE HUMANA?

13 - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA COM SEGURANÇA E EFICIÊNCIA – UM DIREITO FUNDAMENTAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS?

14 - INTERFACE ENTRE SEGURANÇA PÚBLICA E SEGURANÇA PRIVADA NO BRASIL: CONCORRÊNCIA OU COMPLEMENTARIEDADE.

15 - LEI Nº 13.010/2014 E A INTERVENÇÃO DO ESTADO EM RELAÇÕES FAMILIARES

16 - LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DISCURSO DE ÓDIO: CONTRAPONTO ENTRE A PRIMEIRA EMENDA NORTE-AMERICANA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

17 - MANDADO DE INJUNÇÃO: ALCANCE PRÁTICO DA SUA APLICAÇÃO

18 - NOVOS DIREITOS – O DIREITO DE ACESSO À INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL

19 - O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO DE RONALD DWORKIN E A DIGNIDADE HUMANA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

20 - PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: ACESSO À SAÚDE PÚBLICA PARA PESSOAS VULNERÁVEIS

21 - UMA ANÁLISE DOS VOTOS DA ADPF Nº 54 COMO UM REFLEXO DA ATUAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar do grupo de trabalho e da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa - UENP

Nota técnica: O artigo intitulado “Mandado de injunção: alcance prático da sua aplicação” foi indicado pelo Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL NO ÂMBITO DOS TRIBUTOS

THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON: BETWEEN THE EXISTENTIAL MINIMUM AND THE RESERVE OF POSSIBLE WITHIN THE SCOPE OF TAXES

**Milena Zampieri Sellmann
Natalia Oliveira de Abreu**

Resumo

A temática intencionada vem identificar o que é o mínimo existencial, motivo da dignidade humana com correlação a reserva do possível, inferindo-se no sistema normativo brasileiro. Enfatiza o mínimo existencial no âmbito do direito tributário, perante a dignidade da pessoa humana, assim como as consequências de um sistema proporcional, com razoabilidade dentro da reserva do possível para a efetivação do tributo dentro da sociedade brasileira.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana, Mínimo existencial, Reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

The intended theme comes to identify what is the existential minimum, reason of human dignity with correlation to the reserve of the possible, inferring itself in the Brazilian normative system. It emphasizes the existential minimum in the scope of tax law, in view of the dignity of the human person, as well as the consequences of a proportional system, with reasonableness within the reserve of the possible for the effectiveness of the tax within Brazilian society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Dignity of the human person, Existential minimum, Reservation possible

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico, terá por objetivo apresentar uma visão sobre a dignidade da pessoa humana, onde o mínimo existencial vai de encontro com a reserva do possível.

Face ao citado escopo, o trabalho demonstrará os instrumentos que conduzem à abordagem do tema proposto, passando a discorrer acerca da metodologia de pesquisa científica que é empregada. O trabalho, do ponto de vista de sua natureza, é elaborado na forma de pesquisa básica, pois almeja gerar conhecimentos novos e úteis para o avanço da ciência do Direito, envolvendo verdades e interesses universais. Da perspectiva da forma de abordagem do problema, contém uma pesquisa qualitativa, por considerar que há uma relação dinâmica entre o ambiente social e o objeto de estudo, ou seja, uma ligação indissociável entre a objetividade fática e a subjetividade material do caso em concreto.

Acende a importância e a interpretação dos fenômenos jurídicos e sociais e a consequente atribuição de significados e conceitos. Tende como foco a matéria da efetivação da dignidade da pessoa humana pela delimitação e especificação de cada direito material e sua correlação com o mundo jurídico para obtenção do conteúdo da dignidade da pessoa humana com enfoque no mínimo existencial necessário às garantias fundamentais, haja vista a precisão de se proporcionar maior familiaridade com os problemas que envolve os sistema de sopesamento entre tais direitos humanos, os tornando explícitos e construindo hipóteses a serem validadas ou descartadas.

O procedimento técnico será a pesquisa bibliográfica, a qual tem fundamental importância, pois por meio dela procura-se extrair as informações de livros doutrinários voltados para a área da efetivação da dignidade da pessoa humana pelo mínimo existencial, correlacionando com a reserva do possível, bem como de leis, jurisprudências, e sites da internet.

Por fim, a meta de estudo será a análise de dados e a busca de uma aproximação com a realidade, na expectativa de compreender o significado da ação humana e não somente conformar-se com sua descrição. É viável, desta forma, a extração de considerações e conclusões a respeito do tema.

Assim, este artigo pretende interpretar, à luz da Carta Magna e do Código Tributário Nacional, a dignidade da pessoa humana no âmbito do mínimo existencial do direito tributário com ressalva na reserva do possível.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Todo ser humano é detentor de dignidade, a dignidade decorre da condição humana, que o torna credor de igualdades e obtentor de respeito por parte de seus semelhantes. A dignidade é um conjunto de direitos existenciais, assim pode-se perder a consciência da própria dignidade, porém ela ainda continuará a ser considerada e respeitada.

A dignidade da pessoa humana advém dos direitos fundamentais. É a ideia de defesa de certo número de direitos preexistem ao próprio poder estatal, estes direitos resultam da natureza humana, e tem por característica primordial que a instituição (o Estado) deve servir aos cidadãos – correlatada para lhes garantir os direitos básicos.

Tais ideias tiveram decisiva influência para o surgimento da Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, bem como da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 – textos que, pela primeira vez na história, enunciaram e garantiram, no decurso do século XIII, direitos fundamentais; sobretudo com o Bill of Rights de Virgínia (1776), quando se deu a positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem, até então vinculados, em boa parte, mais a reivindicações políticas e filosóficas do que a normas jurídicas obrigatórias, exigíveis judicialmente (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 12).

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins esclarecem este período histórico (2014, p. 13):

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foi redigida na França em 26 de agosto de 1789 e adotada definitivamente em 2 de outubro de 1789, é um texto em muitos aspectos parecido com as Declarações norte-americanas. Nela, encontram-se o reconhecimento da liberdade, da igualdade, da propriedade, da segurança e da resistência à opressão, da liberdade de religião e do pensamento, além de garantias contra a repressão penal. A grande diferença está no fato de que o texto francês não segue a visão individualista das declarações norte-americanas e confia muito mais na intervenção do legislador enquanto representante do interesse geral. Isso se torna claro no fato de a maioria dos direitos garantidos pela Declaração encontrarem-se submetidos a limites que o legislador deveria estabelecer.

Ao longo desse processo, direitos declarados, universal e internacionalmente, tornaram-se objeto do chamado fenômeno da constitucionalização, passando a integrar concretamente os ordenamentos jurídicos dos países e transformaram-se em normas jurídicas, geradoras de direitos subjetivos aos indivíduos (ARAUJO; JÚNIOR, 2014, p. 163).

No Brasil não foi diferente, o significado e matéria da dignidade da pessoa humana é um atributo que todo ser humano possui independentemente de qualquer requisito ou condição. É considerada como o nosso valor constitucional supremo, o núcleo axiológico da Constituição, ou seja, o centro em torno do qual gravitam os direitos fundamentais.

Visto a dignidade da pessoa humana pressupor, portanto, a igualdade entre os seres humanos, o princípio da igualdade é uma consideração de interesses que versa em atribuir aos interesses alheios peso igual ao que atribuímos ao nosso. Não por generosidade, mas por solidariedade, que é uma necessidade imposta pela própria vida em sociedade. O solidário é aquele que defende os interesses alheios porque, direta ou indiretamente, eles são interesses próprios.

Portanto, a dignidade da pessoa humana encontra-se explícita e/ou implícita em toda a Constituição Brasileira de 1988, ora concretizada como princípio, ora como regra, mas sempre com intuito de efetivar o direito do ser humano. A Constituição deve resgatar a sua normatividade através de um trabalho de interpretação que, sem ignorar os fatos concretos da vida, consiga concretizar “de forma excelente” os seus princípios.

Segundo Cordeiro, dignidade da pessoa humana,

[...] é um atributo intrínseco de todos os seres humanos, sem exceção, e, desse modo, não se há falar em concessão ou perda da dignidade, mesmo diante de condutas tidas como indignas. É uma qualidade individual, no sentido de que se reporta à pessoa concreta, e impede sacrifícios da dignidade individual em favor do bem geral. É, ainda, algo inegociável e indisponível, de sorte que nem mesmo o próprio sujeito pode a ela renunciar. (2012, p.81).

Assim, para que a dignidade humana não constitua uma promessa não cumprida e “não se desvaneça como mero apelo ético” é fundamental sua concretização judicial, através de um constante e renovado trabalho de interpretação e aplicação, que busque dar ao princípio a máxima efetividade (CANOTILHO, 1999, pág. 1.149).

A efetivação da dignidade da pessoa humana pode ocorrer no âmbito do direito tributário que, visa proteger os inúmeros direitos, princípios e regras implícitas e explícitas do

ordenamento jurídico. Um sistema jurídico se faz através de um estudo sistemático de conceitos, institutos afins e princípios. “A constatação de que o ordenamento jurídico não é só formado por normas (sentido estrito), mas também por princípios, alterou, de modo significativo, a própria ideia de sistema jurídico que teve de abandonar o acentuado timbre formal, tão presente nas formulações dos séculos passados” (NETTO, 2003, pág.23).

A obrigação de prover a dignidade humana é do Estado democrático de direito, por seu contrato social (SMITH, 2013, pag.28), feito entre os cidadãos e o Estado, uma vez que aquele oferece a este o poder de governabilidade de sua vida em sociedade, na obtenção da dignidade o mesmo Estado tem a obrigação de oferecer o mínimo existencial para o seu cidadão, vez que encontra-se como um dos meios para se alcançar a dignidade da pessoa humana.

Com isso, a relação entre esses direitos e o mínimo existencial é de forma direta, conceitual, sendo o mínimo existencial o conjunto dos direitos fundamentais sociais mínimos para a garantia de um patamar elementar de dignidade humana.

2 O MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial é a reunião dos direitos fundamentais sociais mínimos para a garantia de nível elementar de dignidade humana, sendo tais direitos variáveis quantitativa e qualitativamente de acordo com o contexto socioeconômico em que se inserem.

A noção de mínimo existencial surge, justamente, como um possível núcleo essencial a esses direitos fundamentais, isto porque o seu conteúdo está adstrito a condições de efetivação de direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública (BARROSO, 2010, p. 25).

O único fundamento social definitivo a priori é o mínimo existencial, que, por isso, não requer ponderação para sua determinação, mas goza de exigência imediata.

Para Buffon “[...] o denominado mínimo existencial se traduz naquele conjunto de circunstâncias materiais mínimas às quais todos os homens têm direito, condição de observância da própria dignidade [...]” (2009, p.182).

E assim é por ser o mínimo existencial, conforme afirmado, a reunião dos direitos fundamentais sociais mínimos, cujo núcleo essencial deve ser garantido judicialmente, por se

apresentar como necessário para que se alcance grau elementar de dignidade humana, à qual todo indivíduo tem direito pelo simples fato de ser um indivíduo e não um objeto, como dito.

2.1 QUANDO E ONDE O MÍNIMO EXISTENCIAL NASCE?

Surgido no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, onde considerou o mínimo existencial sob a forma de um direito constitucional à assistência social, em 1954, nela se reconheceu como direito subjetivo, fundado na dignidade humana, o auxílio material do Estado para a existência do indivíduo carente e, mais tarde, em 1975, a Corte Constitucional Alemã, de maneira expressa, asseverou e reconheceu um direito às condições mínimas para uma existência digna.

No *leading case*, denominado “decisão *numerus clausus*”, o tribunal foi acionado para fixar entendimento *erga omnes* em relação ao estabelecimento de critérios explícitos e objetivos para a restrição do ingresso de alunos ao ensino superior, uma vez que havia divergência jurisprudencial sobre a matéria entre os tribunais administrativos de Hamburgo e da Bavária.

Houve então a determinação de que a pretensão individual permanecesse nos limites do razoavelmente exigível, foi admitida a restrição à liberdade de escolha profissional do indivíduo, na medida em que se entendeu como elevado o provável risco ao bem coletivo, em caso de ingresso indiscriminado nos cursos superiores. A decisão relaciona-se com o princípio da razoabilidade, daquilo necessário e razoavelmente exigível para uma vida condigna (e não somente uma vida).

No entanto, a decisão alemã paradigmática relativa ao mínimo existencial se dá em 09 de fevereiro de 2010. Essa sentença é chamada Hartz IV12, na qual se dispõe detalhadamente sobre o auxílio financeiro concedido, pelo Estado, ao indivíduo desempregado e também àqueles necessitados de assistência social para a garantia de seu mínimo existencial.

A partir desta ação judicial em que o requerente pleiteava o aumento no valor do benefício a ele devido, o Tribunal Constitucional foi chamado a se pronunciar sobre a compatibilidade da legislação infraconstitucional relativa aos auxílios financeiros estatais.

O critério para a estipulação do valor desse benefício é a garantia das condições

materiais ao indivíduo carente, para sua existência física (como alimentação, vestuário, moradia, aquecimento, higiene, saúde) e para sua participação mínima na vida social, cultural e política (como sua formação ou qualificação profissional).

O julgamento, desta vez e de maneira enfática, entendeu que quem cria os critérios para este fim é o Poder Legislativo e que o Poder Judiciário, que ele interviria somente quando não houvesse a transparência e a objetividade nos procedimentos de cálculos adotados e quando o valor final do benefício houvesse insuficiente para cobrir os custos a que se destina a falta de razoabilidade da realidade, assim o papel revisional é quando o equívoco for evidente.

2.2 STATUS DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Existe uma diferenciação dos *status* do mínimo existencial, delimitando-se entre o *Status* Negativo e o *Status* Positivos.

O *status* negativo é o dever do Estado de não interferir nas relações dos indivíduos, primeira dimensão. O Estado não pode invadir a esfera mínima do cidadão, representada pelo direito de subsistência.

O mínimo existencial tem a sua prestação ou exercício afetados por limitações fáticas, a exemplo da guerra declarada ou de calamidade pública, onde ocorre ofensas que não podem ser evitadas pelo Estado, nem geram responsabilidade civil dele. Outra situação relevante é a imposição ao estado de agir negativo, ou seja, de não tributar, por leis ou convênios estaduais de redução de alíquotas do ICMS em cesta básica.

O *status* positivo é o dever do Estado de agir para efetivar o mínimo existencial, tendo responsabilidade civil caso haja ofensa ao direito, geralmente são os direitos sociais, de segunda dimensão que, encontram-se elencados artigo 6º da Constituição Federal, direitos estes prestacionais, que serão protegidos.

Art. 6º da CF: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (VADE MECUM, 2018. pag. 23).

Dentro deste *status* positivo há a prestação positiva assistencial, esta tem caráter subsidiário, pois está só é obrigada a ser prestada quando o sistema previdenciário público ou privado falhar e o indivíduo não possuir meios para indispensáveis para sua sobrevivência.

Para Buffon:

Na forma positiva, o mínimo existencial se revela através de prestações gerais e igualitárias do Estado, que tenham como norte assegurar ao cidadão condições básicas de sobrevivência, pois sem isso restaria prejudicada a possibilidade de existir dignamente. Por sua vez, na forma negativa, o mínimo existencial se revela, no campo tributário, através das imunidades fiscais, [...] onde o dever de contribuir para a manutenção do Estado não poderá vilipendiar aquela parcela de recursos necessários para que o cidadão possa existir com dignidade, especialmente no que tange à satisfação de suas necessidades básicas, como alimentação, vestuário, moradia, educação e saúde (2009, p.182).

Em âmbito genérico, o mínimo existencial é aquela parcela mínima, sem a qual o ser humano é incapaz de sobreviver e se desenvolver plenamente. Sendo assim, esta parcela deve ser garantida pelo Estado, e sobre ela não deve incidir a tributação, sob pena de tornar inviável sua sobrevivência, afinal, o Estado não pode exigir que o cidadão contribua com aquilo que pouco já possui.

2.3 MARCO INICIAL NO BRASIL DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O efetivo tratamento dos temas proporcionalidade, direitos fundamentais sociais, justiciabilidade e, especialmente a primeira menção ao mínimo existencial, só foram realmente desenvolvidos na medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF nº 45 MC/DF, de 29 de abril de 2004, na qual relator foi o Ministro Celso de Mello. Nessa ação, discutia-se a constitucionalidade do veto presidencial a artigo de proposição legislativa relativa à fixação das diretrizes de elaboração da lei orçamentária anual (LDO) de 2004.

O Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) sustentava que o veto presidencial teria importado desrespeito à preceito constitucional decorrente da EC nº 29/2000, a qual dispõe acerca dos recursos financeiros mínimos que a União deve aplicar nas ações e serviços públicos de saúde.

Não obstante, a ação perdeu o objeto, na medida em que o Presidente da República, logo após o veto parcial questionado, remeteu o Projeto de Lei ao Congresso Nacional, em que se restaurou, em sua integralidade, a norma que fora vetada. Tal projeto se transformou na Lei nº 10777/2003, em virtude desse fato superveniente, houve a prejudicialidade da ADPF.

Mas o Ministro fez apontamentos e adentrou na matéria com maestria e colocou o

princípio do mínimo existencial no rol da discussão sociojurídica brasileira, tema este até o momento polêmico.

2.4 O MÍNIMO EXISTENCIAL INDO ALÉM DAS CONDIÇÕES SUBJETIVAS, INDIVIDUAIS E CULTURAIS

Para que um direito seja imediatamente exigível, ele já precisa estar definido, especificado, não devendo passar por todo o processo ponderativo, para que tenha seu cumprimento judicialmente determinado.

Importante fazer a distinção entre mínimo vital e o mínimo existencial. O primeiro apontamento, mínimo vital, traz condições materiais mínimas necessárias para a sobrevivência do indivíduo, é a necessidade estritamente física. Já o segundo parâmetro, o mínimo existencial, atrela-se a mínima formação do indivíduo como ser humano, indo além da satisfação de suas necessidades biológicas, das quais qualquer ser vivo possui, deve ele ter condições elementares para a participação na vida social e cultural do país do qual é cidadão.

A problemática do mínimo existencial está referenciada na evolução da tratativa da pobreza e da cobrança de tributos pelo Estado. Para ele, em uma primeira fase, no Estado Patrimonial, as classes mais desfavorecidas economicamente estavam sujeitas ao pagamento de tributos. Tal circunstância transforma-se com o surgimento do Estado de Polícia quando impera a previsão da imunidade do mínimo existencial justamente para garantir a subsistência de pessoas vulneráveis economicamente, mediante o impedimento da incidência fiscal. Essa primazia é ampliada com o surgimento do Estado Fiscal de Direito, de modo que a imunidade do mínimo existencial passa a incidir inclusive com relação às taxas, ao se admitir prestações estatais positivas independentemente de uma contraprestação pecuniária. Por último, é no Estado Social Fiscal, correspondente ao Estado de Bem-Estar Social, que a proteção deixa de estar limitada exclusivamente ao mínimo existencial, no sentido de que agora o Estado deve agir mediante mecanismos paternalistas para a consecução dos direitos sociais (BACELLAR FILHO; HACHEM, 2013, p. 209).

De forma semelhante, Ingo Sarlet também procura materializar o conceito do mínimo existencial; o autor enfatiza que o direito em questão não deve ser limitado a uma simples existência física da pessoa, ou seja:

[...] verifica-se que o direito-garantia do mínimo existencial, ainda mais em relação a direitos sociais específicos consagrados nas constituições, assume o significado de uma cláusula aberta, sendo ela própria, aliás, pelo menos na maioria das ordens jurídicas, enquadrada no elenco dos direitos fundamentais implícitos. Apenas em caráter ilustrativo (volta-se a enfatizar!), dizem respeito ao mínimo existencial, além dos direitos à saúde, educação, moradia, assistência e previdência social, aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção ao trabalhador, o direito à alimentação e mesmo o lazer, o direito ao fornecimento de serviços existenciais básicos como água e saneamento básico, transporte, energia elétrica (ainda que possam ser reportados a outros direitos fundamentais), bem como o direito a uma renda mínima garantida (que, por sua vez, desde que assegurada uma cobertura completa, pode ser substituído pelos direitos à assistência social, salário mínimo e previdência) (2015, p. 331).

Portanto, o mínimo existencial é entendido tanto como uma necessária defesa em favor do indivíduo contra as intervenções estatais, que retirem dele os meios essenciais de sua sobrevivência com dignidade, como também em uma atuação efetiva do Estado onde se passa a ter prestações que propiciem condições materiais de existência digna da pessoa (BACELLAR FILHO; HACHEM, 2013, p. 208).

3 A RESERVA LEGAL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

O Princípio da Reserva do Possível ou Princípio da Reserva de Consistência é uma construção jurídica germânica originária de uma ação judicial. Neste caso, ficou decidido pela Suprema Corte Alemã que, somente se pode exigir do Estado a prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de razoabilidade. Os direitos sociais que exigem uma prestação de fazer estariam sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade, ou seja, justificaria a limitação do Estado em razão de suas condições socioeconômicas e estruturais.

A discussão acerca das restrições à efetivação de direitos fundamentais sociais, a assim denominada cláusula da reserva do possível é constantemente inovadora. Tal hipótese foi mencionada em julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional alemão em decisão conhecida como *Numerus Clausus* (BverfGE n° 33, S. 333).

Na mesma Alemanha, o julgado relata que para se obter o mínimo existencial haveria de ter a ponderação e a razoabilidade social.

Razão é a capacidade de coordenação hierárquica de todos os conhecimentos, em vista de princípios ou de valores. Decorrente dos princípios da finalidade, da legalidade e do devido processo legal substantivo, a razoabilidade ou proporcionalidade exige do agente público que, ao realizar atos discricionários, utilize prudência, sensatez e bom senso, evitando condutas absurdas, bizarras e incoerentes. Assim, o administrador tem

apenas liberdade para escolher entre opções razoáveis. Atos absurdos são absolutamente nulos.

O princípio da proporcionalidade, que se identifica com a razoabilidade, tem três elementos ou subprincípios:

a) adequação: o ato administrativo deve ser efetivamente capaz de atingir os objetivos pretendidos;

b) necessidade: o ato administrativo utilizado deve ser, de todos os meios existentes, o menos restritivo aos direitos individuais;

c) proporcionalidade em sentido estrito: deve haver uma proporção adequada entre os meios utilizados e os fins desejados. Proíbe não só o excesso (exagerada utilização de meios em relação ao objetivo almejado), mas também a insuficiência de proteção (os meios utilizados estão aquém do necessário para alcançar a finalidade do ato). (MOREIRA, 2010, pág.01)

No Brasil este princípio é adotado pelos tribunais, contudo de forma equivocada.

O processo contra o Estado surge para cobrar uma atitude estatal positiva não efetivada no âmbito administrativo e, que de maneira ordinária é pleiteado pelo requerido. Tão vago e subjetivo é a cláusula de defesa que torna-se sem efeito, pois a reserva do possível não nasce para uma formação da razoabilidade numérica do Poder Administrativo ou da falta de custo orçamentário estatal para certa situação, ou de uma questão socioeconômica como limite para concretização dos direitos sociais mínimos, a reserva do possível não é a alcova do princípio do mínimo existencial.

Apesar de a reserva do possível, aparentemente, ostentar o caráter de limitação lógico-jurídica e fática para efetivação dos direitos fundamentais em geral, não há como desconsiderar a banalização no seu discurso para obstar a concretização dos direitos socioeconômicos, ressaltando a dimensão economicamente relevante desses direitos que, embora comum a todos os direitos fundamentais de todas as dimensões, acaba assumindo particular relevância quando se cuida da efetivação dos direitos a prestações (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 186).

Deste modo, o princípio da reserva do possível é um parâmetro para o princípio do mínimo existencial, uma possibilidade jurídica daquilo que pode ser razoável exigir do Estado, destarte não cabe ao indivíduo reivindicar do Estado algo que não condiz com a realidade econômica e social, residindo na racionalidade, na razoabilidade do pleito, uma relação entre o indivíduo e a sociedade, pois aquele estará pleiteando verbas desta.

Existem estudiosos como Dirley Cunha Junior que afirmam "nem a reserva do possível, nem a reserva de competência orçamentária do legislador pode ser invocados como

óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações”. O Princípio da Reserva do Possível representaria, pois, um limitador à efetividade dos direitos fundamentais e sociais.

Ademais, a simples alegação de uma reserva do possível, sem apresentar elementos concretos a respeito de haver, de fato, impossibilidade material para a prestação de um direito, pode levar a uma aniquilação, pela via interpretativa, dos direitos sociais reconhecidos pela Constituição. Dessa forma, não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras para concretizar os direitos fundamentais; é necessário demonstração cabal da mencionada impossibilidade fática, sob pena de nulificação dos direitos sociais (SALDANHA, 2009, p.15).

Conforme os autores SARLET e FIGUEIREDO relatam que:

[...] o mínimo existencial está garantido, em primeiro lugar, por ser pressuposto do princípio da dignidade humana, pois esta não estaria garantida apenas pela proteção das liberdades individuais, mas também por “um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade humana ficaria sacrificada”; em segundo lugar, estaria garantido como condição dos direitos à vida e à integridade física, que pressupõem uma postura ativa na sua proteção e, por fim, no direito geral de liberdade, já que a qualidade de pessoa autônoma e responsável não prescinde da garantia de condições mínimas de existência. (2007, p.179).

Outros princípios também fazem parte deste todo subjetivo e polêmico, como a solidariedade que agora aparece como um dever fundamental, previsto claramente no artigo 3º, inciso I, juntamente com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, mencionando “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (YAMASHITA, 2005).

O princípio da solidariedade, que é classificado em vertical e horizontal. A solidariedade vertical é reconhecida como os deveres do Estado, onde instituído o Estado Social, ele estaria obrigado a buscar a minimização das desigualdades na sociedade, através da implementação e efetivação dos direitos dos cidadãos. Já a solidariedade horizontal, aborda-se que esta seria não apenas um dever do Estado para com os cidadãos, mas também da sociedade para com o Estado, ou seja, a efetivação dos direitos fundamentais passa a ser não só obrigação do Estado, mas também obrigação da sociedade como um todo (NABAIS, 2005).

Sendo assim, Buffon ainda frisa que o princípio da solidariedade,

[...] resta mais evidente à medida que se examina o dever fundamental de pagar tributos. Certamente, em épocas anteriores – absolutista e liberal – o cumprimento desse dever se orientava para conservação do Estado, de modo que não se encontrava um fundamento ético ou moral para obrigação tributária, visto que esta era adimplida, unicamente, em face ao dever de obediência à autoridade soberana que a estabelecia. Com o advento do Estado Social e Democrático de Direito, o dever de contribuir com o sustento dos gastos públicos passou a ter um conteúdo solidário, à medida que foi

sendo empregado como instrumento a serviço da política social e econômica do Estado redistribuidor (2009, p. 86).

Evidencia-se que o princípio da solidariedade permite que os recursos financeiros sejam consubstanciados pela própria sociedade, através do pagamento de tributos pelo cidadão, este por sua vez, é responsável também pela melhoria e garantia dos direitos sociais oriundos do Estado Democrático de Direito, tudo ocorrendo para a busca do equilíbrio entre Estado de Direito e Estado Social.

Outrossim é o princípio da proporcionalidade também utilizada como uma forma de ponderação entre dois ou mais princípios constitucionais que estejam em conflito, determinando, em cada caso, qual deve prevalecer sobre o outro. É comum utilizá-la, por exemplo, para resolver conflitos entre o interesse público e os direitos individuais e sopesa-los da melhor maneira possível, ao bem estar social.

Contudo, o embate é polêmico, porém necessário para a efetivação dos fundamentos do direito constitucional brasileiro, e como parâmetro, nasce algumas perguntas para tentar chegar à critérios que possam padronizar e regulamentar esta situação jurídica.

Do mesmo modo, para saber o que pleitear, há *status* de raciocínio eliminatório, para conseguir ingressar no bem da vida como um coeficiente essencial, proporcional, social necessário a todos seres humanos, quais sejam, o *status* de primeira dimensão é negativo: a demanda judicial poderá comprometer a garantia de outros direitos da coletividade?; o *status* de segunda dimensão é fático: tem ou não recursos para tal pedido?; já o *status* de terceira dimensão é jurídico: na relação de contrapeso com o recurso disponível na situação do bem da vida requerido é viável?

Com as respostas a tais perguntas é possível chegar a um parâmetro lógico e obter a efetivação dos direitos fundamentais, havendo ponderação e razoabilidade com a realidade da sociedade brasileira e o orçamento público.

Ressalta-se também que, para a efetivação deste choque de direitos, a maior atuação do Poder Judiciário em matéria de concretização de direitos fundamentais (notadamente os sociais) está diretamente relacionada com a existência de fatores políticos, tais como debilidade das instituições democráticas de representação, e a deterioração dos espaços tradicionais de mediação social e política, que contribuíram para atribuir à esfera judicial uma especial legitimação para ocupar novos espaços de decisão, anteriormente restritos aos demais poderes do Estado. Entretanto, cabe a ressalva que esse ativismo judicial deve ser exercido com cautela e responsabilidade, consciente do problema da escassez de recursos e sem ignorar a necessidade

de uma autolimitação funcional (teoria do self-restraint) por parte dos magistrados, que não implique necessariamente em violação do princípio democrático e do princípio da repartição dos poderes (ABRAMOVICH, 2005, p. 204-205).

Portanto, deve-se sopesar o mínimo existencial e a reserva do possível, não comparando com a doutrina nascente alemã, mas sim, com a realidade brasileira, principalmente a local, pela Constituição Federal, pois o bem estar social é o que se almeja de maneira diretamente e indiretamente na vida de todos, para isso tem que haver alguns requisitos para se enquadrar quais as reais necessidades do cidadão e assim poder garantir o seu direito constitucional, não retirando o de outrem, é uma matemática complexa, mas extremamente necessária para efetivação dos direitos fundamentais da nação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi dito nas considerações iniciais, vasta é a doutrina sobre o mínimo existencial na dignidade da pessoa humana com relevância na reserva do possível no direito tributário. A maior dificuldade encontrada no trabalho foi abordar de maneira prática o assunto, com exemplo de decisão verídica no Brasil.

De toda forma, concluiu-se que o direito tributário está, muitas das vezes, atrelado a teoria do mínimo existencial com limitação na reserva do possível para se obter a efetivação da dignidade da pessoa humana.

É certo, que o tema é polêmico pois os gastos com a máquina pública são enormes, e por vezes não se prioriza a dignidade da pessoa humana, em sua efetivação sequer pela teoria do mínimo existencial, deixando os cidadãos com sentimento de perplexidade para com seus administradores.

Outro problema encontrado é que o mínimo existencial acaba tornando-se uma teoria frágil ao passo que não é objetiva, com requisitos palpáveis em ideias fixas, para conseguir ser mais viável a olhos práticos, acarretando, assim, uma manipulação administrativa conforme a mercê de interesses escusos ao da dignidade da pessoa humana.

Acrescesse ao fato, a circunstância de a reserva do possível ser interpretada, em âmbito nacional, de maneira equivocada, já que é defendida pelos procuradores dos estados e municípios para frear a obtenção dos direitos fundamentais com base no orçamento público local.

Diante deste cenário, nasce o quadro problemático que encontramos na atualidade, onde o sistema de tributos é extremamente violento para com o cidadão devido a seu não retorno quantos às atividades essenciais necessárias ao mínimo existencial, à proteção da dignidade da pessoa humana, nascendo, assim, um ciclo vicioso, uma relação com sentimento obsessivo do Estado para com a sociedade brasileira.

Portanto, imprescindível é a discussão do mínimo existencial no direito tributário com embasamento na Constituição Federal de 1988, ressaltando a teoria da reserva do possível, em sua ponderação e razoabilidade, para a proteção da dignidade da pessoa humana. Ideias mais práticas e objetivas tem de ser elaboradas para que o mínimo existencial, de acordo com a realidade deste país, não se torne palavras a terem sua eficácia programática somente ou onde sua efetivação esbarre em outros interesses que não o decorrente da origem da arrecadação de tributos, qual seja. o retorno para a sociedade em benefício com o cumprimento, assim, da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor. **Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados**. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, ano 2, nº 2, 2005, p. 188-223.

ANCHER, Annzze Joyce. **VADE MECUM**. 26º Ed. São Paulo: Ridde, 2018.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Editora Verbantim, 2014.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito Público no Mercosul: Intervenção Estatal, Direitos Fundamentais e Sustentabilidade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debates públicos. Mimeografado. Dez. 2010.

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana: entre os direitos e os deveres**

fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BverfGE n° 33, S. 333, *Numerus clausus I*. Disponível em <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>. Acessado em 10 de outubro de 2019.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 1999, p. 1.149.

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

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais:** revista, atualizada e ampliada. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** 1991, p. 22-23.

JUNIOR, Dirley Cunha, **Curso de Direito Constitucional**, ed.13. Salvador: Juspodivm. 2019. pág. 150.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 22.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade.** Disponível em: <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2532448/principio-da-proporcionalidade-ou-da-razoabilidade>> . Acessado em 20 de outubro de 2019.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar imposto: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo.** Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos ilícitos civis.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALDANHA, Ana Claudia. **A interpretação constitucional dos direitos sociais e o mínimo existencial.** Revista acadêmica da ESMP. Fortaleza, ano 1, n.1, 2009. Disponível em: <http://www.pgj.ce.gov.br/esmp/publicacoes/ed1/artigos/intrepretacao.constitucional.dos.direitos.sociais.pdf>. Acesso em: 07/08/2015, p.1-20.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Revista Direitos Fundamentais e Justiça, n. 1, 2007, p. 171-213.

SMITH, Adm. **A mão invisível.** Geiger, Paulo tradutor. ed. Penguin, 1º ed. 20 de junho de 2013, p.28.

YAMASHITA, Douglas. **Princípio da Solidariedade em Direito Tributário.** In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Scabra de. (Coord.). *Solidariedade social e tributação.* São Paulo: Dialética, 2005.