

O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Resumo: Este artigo tem como objetivo fazer uma abordagem acerca do direito ao mínimo existencial, desde o seu advento, no pós-guerra alemão, e seu posterior desenvolvimento, sendo introduzido no ordenamento jurídico brasileiro. Traz uma análise acerca da efetivação desse direito e como ele pode contribuir para a reflexão sobre a consolidação e efetivação dos direitos fundamentais no Brasil.

Palavras-chave: Mínimo existencial; direitos fundamentais; reserva do possível.

1. Introdução

A guinada no panorama jurídico mundial no pós-guerra permitiu a ascensão de um novo constitucionalismo, voltado não apenas para questões de soberania e fronteira, mas para a descrição e garantia de direitos fundamentais, entre os quais, o direito ao mínimo existencial.

O conceito de direito ao mínimo existencial, a despeito de ser trabalhado por alguns pesquisadores ou, incidentalmente, aparecer em alguma decisão judicial, não se constitui com uma definição consolidada no Brasil. Surge aqui, em vista disso, uma primeira limitação a esse trabalho, pois muitos poucos pesquisadores se debruçam sobre assunto tão essencial para a teoria dos direitos fundamentais.

Entre esses pioneiros e desbravadores, merece destaque Ricardo Lobo Torres, professor Titular de Direito Financeiro da Universidade do Estado do Rio de Janeiro(UERJ), que, desde 1989 vem publicando trabalhos de pesquisa acerca do direito ao mínimo existencial; ao lado dele, vêm os pesquisadores da Escola de Direito da UERJ, que problematizaram algumas questões em torno a esse tema, como Ana Paula de Barcellos(2011) e Flávio Galdino(2010), não podendo esquecer de mencionar o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, que muito tem contribuindo para a difusão e aprofundamento dessa temática no Brasil.

Este artigo, porquanto, traz uma discussão acerca do direito ao mínimo existencial, a partir de seu advento no contexto alemão, sua recepção e aplicação no Brasil, a fim de contribuir para uma discussão cada vez mais consolidada acerca dos direitos e garantias fundamentais.

A metodologia desse trabalho é a bibliográfica, haja vista que tem como fundamento referenciais sistematizados e escritos, tendo como método de trabalho o dedutivo, por meio do qual se parte de uma premissa mais abrangente e ampla para constatações mais específicas.

2. A afirmação do direito ao mínimo existencial

A discussão sobre o mínimo existencial surgiu na Alemanha, no pós-guerra, com a elaboração e promulgação da Lei Fundamental de 1949, desenvolvendo-se, a partir desse marco, nos âmbitos administrativo, legislativo e jurisprudencial. Ingo Sarlet(2010) afirma que o primeiro jurista de renome a sustentar o direito a condições mínimas de existência foi o publicista Otto Bachof(1954), o qual defendia que a dignidade da pessoa humana não implica apenas em garantir os direitos da liberdade, mas um mínimo de segurança social, pois sem os recursos materiais mínimos, a própria dignidade humana ficaria prejudicada.

Nessa mesma linha, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, no primeiro ano de seu advento, reconheceu o direito subjetivo de um auxílio material por parte do Estado, trazendo a lume o princípio da dignidade humana, o direito de liberdade e à vida. (BVerwGE 1, 159, decisão proferida em 24/06/1954). Apenas um ano depois foi a vez do legislador elaborar um dispositivo legal garantindo as prestações no âmbito da assistência social.(art. 4º, inc. I, da Lei Federal sobre Assistência Social).

Após duas décadas depois da supracitada decisão do Tribunal Administrativo Alemão, o Tribunal Constitucional Federal também reconheceu o direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Segue trecho dessa decisão, extraído da obra de Sarlet(2010: 20):

Certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] isto inclui, necessariamente, a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se 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 de 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.(BVerfGE 40, 121(133)).

**JORGE RICARDO DA SILVA
VALOIS,**
Graduado em Direito, pela
Universidade do Estado da
Bahia. É empregado da área
jurídica da Caixa Econômica
Federal, desde 2010.

Uma discussão muito pertinente nesse contexto alemão foi a referente à quantificação do mínimo existencial. Se intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, não se pode fazer um cálculo matemático e orçamentário e dizer o que é mínimo e o que não é mínimo, bem como contextualizar o que é mínimo. Em contrapartida, não se pode dar aqui, como parece tender o pensamento alemão exposto, um caráter relativo a esse conceito, tão caro para a teoria dos direitos fundamentais, devendo-se sustentar a afirmação de que existe, com caráter universal, um núcleo sólido do que seja o mínimo, deixando as outras benesses sociais como parte da conjuntura dos direitos sociais.

Ainda no contexto da discussão alemã, uma outra questão que se apresenta é a relativa à efetivação do mínimo existencial. É consenso que ele deve ser garantido pelo Estado. Mas, em qual das suas esferas? Em seus estudos, Ingo Sarlet(2010) traz os posicionamentos alemães, asseverando que a esfera ordinária estatal para assegurar esse direito é a legislativa, que deve dispor sobre a forma, montante e condições para fruição, só cabendo a intervenção da esfera jurisdicional, quando houver omissão ou desvio de finalidade por parte do Legislativo.

Relevante, todavia, é a constatação de que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém dessa fronteira. (SARLET, 2010: 23).

Esse é um ponto nevrálgico na discussão acerca do mínimo existencial. Pois, se no âmbito do dever ser a discussão não está superada, pense-se na dimensão do ser. Porquanto, o pensamento de Sarlet mostra-se arrazoado, pois, se esse direito essencial não se mostra adequada e satisfatoriamente contemplado pelas esferas ordinárias(entenda-se órgão legiferante), deve o outro braço estatal, pelo sistema de complementação recíproca, cuidar para que essa satisfação fundamental da pessoa humana seja garantida. Além disso, como objetam alguns, não se trata de cair no judicialismo, no qual, em contexto nocivamente identificado, as decisões jurisdicionais governam o Estado, desestabilizando a democracia; mas se trata de uma salutar intervenção, por meio da qual se compensa o posicionamento insatisfatório do Poder Legislativo.

Esse entendimento, consoante o mencionado autor, vem sendo adotado pelos Tribunais Europeus e também por expressiva jurisprudência sul-americana, a exemplo das cortes da Argentina e Colômbia. No Brasil, é crescente o número de publicações e jurisprudências nessa mesma esteira, como o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário(RE) nº 271.286-8/RS, por meio do qual foi admitida a hipótese de fornecimento de medicamentos pelo Estado ao paciente portador do vírus da imunodeficiência adquirida(HIV), bem como o RE nº 436996/SP, que reconheceu o direito subjetivo de acesso à rede pública de crianças de até seis anos de idade em creches e pré-escolas.

Outrossim, no âmbito filosófico, John Rawls representa o marco teórico para a construção da teoria do mínimo existencial. Defensor do liberalismo, nas suas obras de maior destaque *Liberalismo Político*(1992) e *Uma Teoria da Justiça*(1993) traça os contornos teóricos de uma teoria da justiça como equidade, partindo de uma concepção individualista e liberal.

Segundo este autor, o homem está só em essência e possui as suas concepções sobre sociedade, a justiça e o bem, assim como é dotado de objetivos pessoais que deseja alcançar. Em meio a esse contexto, que se aproxima muito do estado de natureza de Hobbes, Rawls pensa um novo contrato social. De fato, colocados em uma situação original hipotética na qual cada um desconhece em que estrato estará na sociedade(pobre ou rico, talentoso ou não), assim como qual o seu projeto de vida individual, a este desconhecimento, ele chama de “véu da ignorância”, os homens estabelecem um consenso acerca da distribuição dos bens e dos princípios basilares de funcionamento da sociedade.

Esse consenso inicial não trata, pelo menos na sua maior parte, de princípios materiais compartilhados pelos homens, os quais, após retirados o véu da ignorância, podem assumir posições até mesmo contrárias ao pacto inicial. Porquanto, o acordo inicial não produz um resultado justo e pré-estabelecido entre os homens. Segundo Ana Paula de Barcellos(2011), o que almeja Rawls é que se chegue a um resultado, se não justo, pelo menos que não seja injusto. A tese rawlsiniana é a de que, partindo do marco zero equânime, em que a racionalidade e a imparcialidade sejam as premissas, cada indivíduo consentirá com um conjunto básico de princípios que ordenem a sociedade, de forma a lhe garantir uma inviolabilidade pessoal mínima, tornando possível o livre desenvolvimento de sua personalidade e o máximo de bem estar possível.

Os dois princípios fundamentais de justiça rawlsiniana do estado de original, trazidos por Ana Barcellos são:

(i)cada pessoa deve ter o direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para as outras; e (ii) as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas de forma que, simultaneamente, a) proporcionem a maior expectativa de benefício aos menos favorecidos e b) estejam ligadas a funções e a posições abertas a todos em posição de igualdade equitativa de oportunidades.(BARCELLOS, 2011: 147).

O primeiro princípio é o garantidor da liberdade para todos, configurando status constitucional à liberdade, representada como o espaço individual inviolável à ação do Estado. O primeiro princípio tem primazia sobre o segundo, também chamado de princípio da diferença, o qual abrange a justiça distributiva, que seria efetivada pelo Poder Legislativo. Partindo-se do pressuposto de que, para Rawls, a desigualdade econômico-social é possível, temos que o princípio da diferença, consoante Barcellos(2011), é composto de três elementos, a saber: a distribuição da desigualdade no âmbito da sociedade deverá maximizar o bem estar dos menos favorecidos, ou seja, o aumento da desigualdade só se legitima se representar em uma maior expectativa de benefício para o indivíduo mais pobre. É interessante como esse pensamento está presente nas políticas assistencialistas do Estado brasileiro, é preciso apenas verificar as políticas de distribuição de renda ou o imposto sobre grande fortunas e a sistemática de tributação do imposto de renda, pois se utilizam da desigualdade e até mesmo a impulsionam, a fim de que os mais pobres sejam, pelo menos em tese, favorecidos através da correta aplicação do montante arrecadado, para a realização de políticas públicas que promovam a pessoa humana.

O segundo elemento do princípio da diferença, por sua vez, exige que as posições e funções na sociedade tem de estar acessíveis a todos sem acepção. Está aqui outro ponto essencial, a rotatividade e legitimidade do Poder, a qual implica em processo democrático para a escolha dos representantes que governam, legislam e julgam (como no caso dos Estados Unidos), ou na primazia do mérito na escolha daqueles que julgam, sistemática brasileira para a composição do Poder Judiciário. Nas palavras de Rawls, todos os indivíduos devem estar em uma posição inicial equitativa de oportunidades.

A posição equitativa de oportunidades é um conjunto de condições materiais mínimas que Rawls reconhece como pressuposto não apenas do princípio da diferença mas também do primeiro princípio, o da liberdade, uma vez que a carência daquele mínimo existencial inviabiliza a utilização pelo homem das liberdades que a ordem jurídica lhe assegura. (BARCELLOS, 2011: 148).

Porquanto, o mínimo existencial é colocado como um pressuposto lógico da construção teórica de Rawls. Isto é a garantia de que cada indivíduo possua um conjunto mínimo de condições materiais é pressuposto para um status original verdadeiramente equânime.

Em primeiro lugar, parto do princípio de que a estrutura básica é regulada por uma Constituição justa(...) Assumo também que existe uma liberdade de oportunidades que é equitativa (por oposição a uma igualdade meramente formal). Isto significa que, além de manter as formas usuais de capital social, o governo tenta garantir possibilidades iguais de educação e de cultura às pessoas(...) Por último, o governo garante um mínimo social, quer através de subsídios especiais em caso de doença e desemprego ou, mais sistematicamente, pela utilização de mecanismos como o suplemento gradual de rendimento (o chamado imposto de rendimento negativo). (RAWLS, 1993: 221).

Para Rawls, portanto, o mínimo existencial, chamado no texto de mínimo social, integra a denominada estrutura básica regulada por uma Constituição justa. Dessa forma, esse direito está na ordem pré-constitucional, sendo elemento originário de um pacto social, assim como as tradicionais garantias do direito da liberdade.

Depois de apresentadas as bases introdutórias da discussão do mínimo existencial, analisamos como aparece esse direito nos marcos regulatórios. Não se pode deixar de mencionar a sua presença nas declarações internacionais de direitos humanos. Diz o texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Art. XXV. Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para alimentação, vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Art. XXVI. Todo homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. Percebe-se que o mínimo existencial é conceituado como nível de vida suficiente para se ter saúde e bem-estar, chegando a declaração a elencar categorias concretas de como esse nível suficiente deve ser alcançado. Em outro artigo também inclui, como direito essencial, o ensino educacional, que é indispensável para o desenvolvimento da pessoa humana, a fim de promover a sua dignidade.

Por sua vez, a Constituição brasileira não se apresenta, no seu texto, nenhuma referência expressa ao mínimo existencial. Entretanto, existem diversos dispositivos que, de forma indireta, se relacionam com esse direito.

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil constitui em “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), além de prever imunização de tributos nos casos previstos no art. 5º, XXXIV (direito de petição e obtenção de certidões em repartições públicas), LXXII (habeas data), LXXIII (ação popular), LXXIV (assistência jurídica gratuita) e art. 153, §4º (isenção do Imposto Territorial Rural para pequenas glebas).

O artigo 6º da Constituição, que elenca os direitos sociais, também é importante dispositivo para alicerçar as bases jurídicas do mínimo existencial. Entretanto, não se deve confundir os, pois, de acordo com Ricardo Lobo Torres(2009), este constitui o caráter jusfundamental daqueles, como será analisado adiante.

Ademais, as emendas constitucionais promulgadas a partir do ano de 1996, que vinculam as receitas públicas às despesas com educação, saúde e para combater a pobreza, fazem parte do quadro positivado do mínimo existencial, presente na Carta Política de 1988.(EC 14/1996, 29/2000, 31/2000, 41/2003, 42/2003, 45/ 2003 e 53/2007).

Quanto ao fundamento da proteção ao mínimo existencial, assim se expressa Torres:

[...] sendo pré-constitucional, está ancorada na ética e se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana. Não é totalmente infensa à ideia de justiça e ao princípio da capacidade contributiva.(TORRES, 2009: 13)

O autor coloca esse importante direito como pré-constitucional, colocando-o na categoria de direito humano e universal, com viés jusnaturalista, defendendo que toda organização social, independente do regime econômico-político, deve promover o mínimo existencial. Para tanto, Torres o associa à ética e fundamenta-o na ideia de liberdade e felicidade, conceitos comuns ao patrimônio humanístico das sociedades humanas. Ademais, relaciona-o aos direitos humanos e às ideias de igualdade e dignidade humana, menos universais que os primeiros alicerces, mas fundamentais na maioria dos países ditos democráticos. Em outras palavras, o mínimo existencial, a partir desses fundamentos, foi colocado como um direito absoluto, ínsito à condição de ser humano.

2. A concretude do direito ao mínimo existencial

O direito só ganha sentido se sai das páginas das leis e ganha concretude no mundo realidade. Cabe, portanto, aos Poderes do Estado gerir a produção e aplicação das leis, com vistas à saúde da ordem jurídica.

No caso do mínimo existencial, a sua eficácia é extremamente ligada ao mínimo funcionamento da máquina estatal, pois, se nem mesmo as políticas que asseguram a mínima existência da pessoa humana não obtiverem êxito, constata-se a falência deste Estado, de modo que ele perdeu o sentido para aquela sociedade, sendo urgente sua reformulação. Ana Paula de Barcellos(2011), quando aborda o problema da eficácia do mínimo existencial, afirma que, como uma fração nuclear da dignidade humana, deve reconhecer a esse direito eficácia positiva ou simétrica, que é aquela na qual se tem prerrogativa de exigir judicialmente o cumprimento das prestações, em outras palavras, é tornar simétrica os efeitos desejados pela norma com a sua eficácia jurídica. Segundo a autora, é o grau mais elevado na escala de efetividade das normas.

Mas, a eficácia do mínimo existencial representa o quê? O que pode, concretamente falando, ser considerado mínimo existencial? Para responder a essa pergunta, trago as respostas de dois autores que tem contribuído enormemente para a discussão brasileira do direito ao mínimo existencial: Ricardo Lobo Torres e Ana Paula de Barcellos.

Ricardo Lobo Torres(2009), utilizando-se de uma categorização teórica de *status* proposta por Jellinek, que sistematizou os direitos públicos subjetivos e as suas relações com o Estado, entende que a efetivação do mínimo existencial se dá por duas frentes: *status negativus*, *status positivus libertatis*.

Na categoria de *status negativus*, figuram os direitos da liberdade, que constituem fundamentalmente o poder de autodeterminação do indivíduo e a possibilidade de ação ou omissão sem a interferência da esfera estatal.

Basicamente, esse *status* é verificado no campo tributário, por meio das imunidades fiscais. A liberdade é aqui sentida pelo direito à subsistência. A cesta básica de alimentos, por exemplo, está isenta de ICMS(Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços) e de IPI(Imposto sobre Produtos Industrializados). Além disso, o Imposto de Renda não incide sobre o chamado mínimo existencial familiar, que é aquela parcela financeira tida como mínima para a garantia das necessidades básicas familiares. Assim como, conforme expresso no art. 153, § 4º, II, o Imposto Territorial Rural não incide sobre pequenas glebas rurais, que sejam a única propriedade do indivíduo.

Há ainda outras imunidades claramente expressas no texto constitucional, como a presente no art. 5º, XXIV, que garante, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos e a obtenção de certidões. Também pode ser verificado no art. 5º, LXXIII e LXXII a gratuidade da ação popular, do habeas corpus e do habeas data, instrumentos importantes no acesso à justiça e na defesa dos interesses difusos. Nessa esteira, o art. 5º, LXXIV reza que caberá ao Estado a assistência jurídica integral e gratuita para os desprovidos comprovadamente de recursos. Por fim, encontra-se estampado no citado elenco dos direitos fundamentais, em seu inciso LXXVI, a gratuidade, para os reconhecidamente pobres, do registro civil e da certidão de óbito.

Quanto ao *status positivus libertatis*, é representado pelas prestações ou ações do Estado com vistas às garantias do mínimo existencial. No estudo de Ricardo Lobo Torres(2009), aparece nesse âmbito: os direitos da liberdade irredutíveis e os direitos sociais, os quais, na medida dos interesses fundamentais, se transformam em direitos fundamentais sociais ou mínimo existencial.

Ressalte-se que o autor traça uma clara distinção entre mínimo existencial e direitos sociais. De fato, no âmbito desses direitos, o mínimo constituiria o seu núcleo fundamental, devendo apenas este possuir eficácia positiva e simétrica, sendo, assim, exigível, ao constatar o seu não cumprimento, do Poder Judiciário que supra a lacuna. Daí não se segue, que a obrigação estatal se esgote na garantia do mínimo existencial, mas que este gera a pretensão às prestações positivas obrigatórias do Estado independentes da vontade da maioria, e, por isso mesmo, suscetíveis de adjudicação até mesmo pela jurisdição constitucional, que deverão ser complementadas pelas prestações de direitos sociais sujeitas a reserva do possível. (TORRES, 2009: 244).

Observa-se que a pretensão positiva do mínimo existencial foi colocada como acima da vontade da maioria, ou seja, a algo que escapa das instâncias do democrático. Pois que, sempre que houver não garantia do mínimo existencial, poderá haver sujeitos em situação de miserabilidade que precisem do socorro estatal, mesmo em meio a uma sociedade de maioria rica, como os países do norte da Europa. Nesse caso, a maioria tenderia a não optar pelas políticas públicas mínimas, deixando desassistida a minoria que vive miseravelmente. Reforçado, portanto, o argumento do autor de que o direito ao mínimo existências é pré-constitucional.

Além disso, a absorção dos mínimos fundamentais sociais pelos direitos sociais geraria um enfraquecimento da capacidade reivindicatória e da cidadania, transformando os direitos humanos em meros inibidores da capacidade repressiva dos Estados. Outrossim, o mínimo existencial não enfraquece o discurso de afirmação dos direitos sociais, mas, pelo contrário, fortalece a sua dimensão fundamental, que possui eficácia plena, e os deixa intocáveis ou até mesmo os maximiza, ganhando contornos fora dos limites fundamentais, os quais ficam sujeitos à reserva de lei, a fim de que não se caia no maximalismo social, situação que geraria tensão social e fiscal.

De acordo com Torres(2009), os direitos que compõem positivamente o mínimo existencial são: o direito à seguridade social, direito à educação, direito à moradia e direito à assistência jurídica.

O direito à seguridade social foi citado na Declaração Universal dos Direitos do Homem(art. XXV) e está expresso na Constituição de 1988, e abrange a saúde, a previdência e a assistência social.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

O direito à saúde possui duas facetas, uma fundamental, que se confunde com o mínimo, e outra, social. Estabelece o Constituição:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

No pensamento de Torres(2009), pode-se verificar aqui as duas facetas do direito à saúde. No art. 196, que prevê a garantia de políticas para a promoção da saúde, há a presença da faceta fundamental, constituindo o mínimo existencial as atividades preventivas de atendimento universal e gratuito, como as campanhas de vacinação e a erradicação das doenças endêmicas. Esse atendimento beneficiaria ricos e pobres, pois é direito ínsito à condição humana, sem exigir nenhuma prestação financeira.

Como exposto no art. 6º, tem-se a faceta social do direito à saúde, que abrangeria o âmbito da medicina curativa e ao atendimento hospitalar. A exceção apresentada pelo autor está no caso dos indigentes e pobres que deveriam ter atendimento dessa espécie gratuito. Em outra direção, porém, a Lei nº 6980/1990 coloca o painel da saúde no Brasil, com a criação do Sistema único de Saúde(SUS), que tornou gratuitos todos os atendimentos no âmbito curativo e priorizando o atendimento à população.

Consequentemente, conforme expresso no art. 2º da citada lei, a saúde é direito fundamental, criando, assim, uma indefinição entre a jusfundamentalidade desse direito ou a sua otimização no âmbito social. De fato, o Supremo Tribunal Federal, apropriando-se do maximalismo, proclamou que a saúde representa a consequência constitucional do direito à vida:

RE 271. 286-RS, Ac. De 12.09.2000, da 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2000: Emenda: Paciente com HIV/AIDS. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever Constitucional do Poder Público(CF. art. 5º, caput e 196). Precedentes(STF). Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. Agravo no Recurso Extraordinário nº 273.834-4, do Rio Grande do Sul, Ac, da 2ª T., de 31.10.2000, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 02.02.2001: Ementa. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República(art. 196). Tra-

duz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive aqueles portadores de vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceito fundamental da Constituição da República (art. 5º, *caput* e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto de reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daqueles que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

A saúde foi intrinsecamente ligada ao direito à vida, assumindo um caráter fundamental em todos os aspectos, contrariando a posição de Torres(2009), que, como já exposto, não confere caráter fundamental à medicina curativa. Segundo o autor, essa decisão abriu portas para que o Judiciário brasileiro concedesse, sem estabelecer nenhum tipo de critério, várias prestações na área da saúde à classe média e rica, distorcendo, assim a discussão do mínimo existencial. Muitos abusos foram cometidos, por meio dessa predação da renda pública, especialmente no Rio Grande do Sul, onde um indivíduo, ao invés de comprar o medicamento, comprou um carro, na posse do dinheiro que lhe fora concedido e outro ainda que recebeu milhares de reais do governo gaúcho, foi embora para a Europa e não mais retornou ao Brasil.

Além disso, no âmbito do direito à seguridade social, temos o direito à previdência social, que deve ser assegurado pelo Estado em sua concepção mínima, no sentido de garantir que nenhum benefício terá valor mensal inferior ao salário mínimo e também na não incidência da contribuição previdenciária sobre as aposentadorias e pensões do Regime Geral de Previdência Social.

Nessa mesma esteira, há ainda o direito à assistência social, regulado pela Lei 8.742/93, e que possui a sua faceta fundamental na medida em que essa assistência se torna necessária à sobrevivência. Nesse âmbito, surgem, entre outras ações, os programas de renda mínima e as políticas ligadas à segurança alimentar.

O fundamento das políticas de renda mínima encontra-se no dever do Estado de reservar aos miseráveis e desempregados um rendimento mínimo que seja a garantia de sua subsistência, observado os parâmetros colocados pelo princípio da dignidade humana. Esses programas tiveram suas primeiras formulações no contexto do liberalismo clássico e até hoje mantêm sua atualidade.

O filósofo do Direito Philippe Van Parijs(1996) aparece nos estudos de Torres(2009), quando aborda a questão da alocação universal dos recursos. De acordo com o moralista francês, esse conceito

Compreende a renda incondicionalmente garantida a cada cidadão, independentemente, de ter ou não um emprego, de desejar trabalhar ou não, de ser casado ou solteiro, de possuir ou não outros recursos. [...] como a alocação universal é assimilável a uma dotação garantida para toda a vida, integra a dimensão da riqueza fundada no princípio da diferença, bem como o aspecto da oportunidade de acesso às diferentes posições sociais ligadas à fortuna. A alocação universal deve ter o financiamento mais vasto que seja politicamente possível, fixado no nível mais elevado que seja economicamente sustentável.(TORRES, 2009: 262-263)

Surge, então, o conceito de renda básica universal, que seria uma importância paga a todas as pessoas residentes no país, sejam elas pobres ou não, tenham trabalho ou não, tendo como fundamento a justiça social e a liberdade real. Dessa forma, todos teriam o necessário para sobreviver e não se reduziriam a um igualitarismo, pois o que os diferencia é a posição social que cada indivíduo ocupa, mas partindo de uma plataforma comum, a de que todos tenham o mínimo existencial. posicionando-se sobre a questão, Torres(2009) defende que o caráter utópico dessa proposta prejudica a ética do trabalho – estimula o ócio, assim como cria a contradição entre o direito à renda básica universal e o dever de pagar tributos.

No Brasil, a ideia da renda mínima foi tema da Lei 10.835/2004, de iniciativa do senador petista Eduardo Suplicy, que influenciado pelas ideias de Van Parijs, fez aprovar no Congresso essa lei que instituiu a chamada “renda básica da cidadania”, gerando direito a todos os brasileiros e residentes e estrangeiros há mais de 5 anos no país, não importando sua condição econômica, de receberem anualmente um benefício monetário, dando-se preferência aos mais pobres.

Não se tem conhecimento da efetividade dessa lei, mas o programa de transferência de renda que obteve êxito em sua operacionalização no Brasil foi o programa Bolsa Família, fruto da unificação de outras benesses assistenciais como auxílio-gás e bolsa-escola, que tem efetivamente feito chegar renda para a população mais pobre. Apesar de seus pontos negativos, como o incentivo ao ócio, o desvio de benefícios e o seu caráter populista, é um programa que atende as exigências do direito ao mínimo existencial.

Temática intrinsecamente ligada ao Bolsa Família é a da segurança alimentar, que foi positivada pela Lei 11.346/2006,

que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar, o qual visa à implementação de políticas públicas, com a colaboração da sociedade, para assegurar o direito à alimentação adequada, proclamado como direito fundamental, corolário da dignidade da pessoa humana.

Ainda na esfera do *status positivus libertatis*, aparece o direito à educação, que amparado no art. 205 e 206, IV da Constituição Federal, garante o acesso ao ensino e à cultura formal, que são pedras fundamentais no desenvolvimento integral da pessoa humana. Ressalte-se que esse direito também se manifesta na *status negativus*, quando estabelece a gratuidade do ensino.

A moradia é outro direito essencial que entra nesse importante núcleo dos direitos fundamentais. De acordo com Torres(2009), aos sem-teto e indigentes é obrigatória a prestação positiva do Estado em garantir as adequadas condições de moradia. Esse direito também manifesta o seu *status negativus socialis*, quando garante a imunidade tributária de IPTU para pessoas de baixa renda. Ressalte-se que, na visão do autor, o mínimo existencial restringe-se à garantia do teto, sendo que as moradias populares ou a habitação para a classe média são direitos sociais, ficando ao sabor das políticas orçamentárias e da reserva do possível

O mínimo existencial, no que tange ao direito à moradia, só será contemplado se a moradia estiver de acordo com as exigências da dignidade humana. Pois, poderia cair no absurdo de simplesmente permitir a ocupação de espaços, como prédios abandonados, simplesmente pelo fato de haver um teto, mas não possuir o mínimo que uma moradia digna requer, como espaço para a devida higienização pessoal, para repouso tranquilo e que garanta a preservação da intimidade das pessoas.

Um outro direito importantíssimo é o acesso à assistência jurídica, conforme previsão no art. 5º, LXXIV, que prevê que o Estado deve garantir assistência integral e gratuita aos que comprovadamente tiverem insuficiência de recursos. No âmbito do *status positivus*, esse direito aparece na estruturação e efetivação dos órgãos de Defensoria Pública, que exercem esse mister de advocacia pública e gratuita. No âmbito do *status negativus*, aparece no direito de petição aos Poderes Públicos e na obtenção de certidões, independentemente de pagamento de taxas, bem como na gratuidade da ação popular, do *habeas corpus* e do *habeas data*.(CF, art. 5º, LXXIII e LXXII).

Por sua vez, Ana Paula de Barcellos(2011), quando aborda a questão da eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, traz junto a eficácia do mínimo existencial, tido como fração nuclear da dignidade humana. A autora é clara em afirmar que esse conteúdo essencial não é passível de nenhuma forma de ponderação, pois assume natureza jurídica de regra.

A natureza da regra atribuída ao mínimo existencial tem exatamente o propósito de retirar os bens que o compõem da ponderação frequente, própria aos princípios. Na realidade, o mínimo existencial proposto é o resultado de uma ponderação já realizada, prévia, e não deve sujeitar-se a novo processo ponderativo. (BARCELLOS, 2011: 301) Essa natureza jurídica do mínimo existencial encontra seus efeitos práticos na questão da eficácia. De fato, se for considerado princípio, ficaria no campo filosófico e não conseguiria avançar muito em termos práticos. Entretanto, se ele assume essa natureza de regra, então sua viabilidade prática é muito ampla, pois não se admite qualquer espécie de sopesamento que venha a mitigar os seus efeitos.

Quanto à ponderação, o mínimo existencial já é fruto de um processo ponderativo, por meio do qual se chegou à conclusão de quais seriam essas garantias mínimas para a existência digna. Resta, assim, que essas garantias sejam apenas efetivadas.

Diferente de Ricardo Lobo Torres(2009), Ana Paula de Barcellos(2011) pontua quatro elementos que comporiam o mínimo existencial, três materiais e um instrumental: a educação básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Segundo a autora, essa escolha não foi feita ao acaso, mas, a partir do referencial jurídico da Constituição de 1988, integrando uma estrutura lógica, cuja demonstração segue:

[...] educação e saúde formam um primeiro momento da dignidade humana, no qual se procuram assegurar condições iniciais tais que o indivíduo seja capaz de construir, a partir delas, sua própria dignidade autonomamente. Observe-se que, embora se faça referência a um momento inicial, essas prestações não se concentram necessariamente na infância e juventude. [...] a assistência aos desamparados, por sua vez, identifica um conjunto de prestações cujo objetivo é evitar a indignidade em termos absolutos, envolvendo particularmente a alimentação, o vestuário e o abrigo.[...] o acesso à justiça, por fim, é o elemento instrumental e indispensável da eficácia positiva e simétrica reconhecida aos elementos materiais do mínimo existencial. (BARCELLOS, 2011: 302-303).

No que compete à educação, é direito fundamental de toda pessoa humana, pois contribui para o seu desenvolvimento, além de ser um instrumento de ampliação e aperfeiçoamento da atuação cidadã do indivíduo na sociedade, também é essencial para a inserção no mercado de trabalho. Barcellos pontua que o mínimo existencial na dimensão educacional compreende a educação básica obrigatória, a qual abrange pré-escola, o ensino fundamental e o médio.

Caso esse direito não seja garantido, o indivíduo pode ingressar em Juízo e exigir que essa prestação lhe seja garantida, seja criando mais uma vaga escolar ou até mesmo custeando o ensino em uma instituição particular de padrão e custos similares ao da pública, para que não sofra prejuízo diante da deficiência do Poder Público, que deve ser sanada o quanto antes.

Quanto à dimensão da saúde, é dramática a conceituação do que esteja abrangido pelo mínimo existencial, pois o bem da vida final, que é a saúde, não admite gradações, e não há como definir um nível mínimo de saúde. De fato, se o critério para se definir o que é exigível do Estado estiver baseado na necessidade de evitar a morte, a dor ou sofrimento físico não se chegará a nenhuma conclusão, pois toda prestação de saúde tem esses fins.

Porquanto, para Ana Barcellos(2011), a determinação do que seja mínimo existencial em matéria de saúde deve estar relacionada com as prestações de saúde disponíveis e não ao estado de saúde das pessoas. A autora aponta dois parâmetros que podem ajudar na diferenciação dessas prestações. O primeiro está relacionado com os custos das prestações e os benefícios que elas irão proporcionar para o maior número de pessoas. Ilustra-se aqui o exemplo da distribuição de vacinas em massa com objetivos profiláticos.

Esse parâmetro, contudo, na opinião da autora, merece uma série de críticas, pois seria um critério meramente utilitarista, que leva em consideração a questão majoritária, pois preconiza o sacrifício de alguns tendo em vista o benefício da maioria, não se harmonizando, assim, com a ideia de igualdade de todos.

O segundo parâmetro, mais coerente do que o primeiro, traz como contorno a inclusão prioritária no mínimo existencial daquelas prestações de saúde de que todos os indivíduos necessitam, como o atendimento no parto e o acompanhamento do recém-nascido; necessitam, cite-se o saneamento básico e o atendimento preventivo; ou com muita probabilidade necessitarão, a exemplo da atenção e controle das doenças da terceira idade, como hipertensão e diabetes.

Ressalte-se que, como no caso da educação, se o Poder Público se mantiver inerte como relação a essas demandas existenciais, deve ser exigido da jurisdição que ordene a sua implementação, mesmo que seja em instituições privadas que terão direito a reembolso.

A opção de recorrer ao Judiciário possui razoáveis possibilidades de obter êxito. No entanto, nos estudos de Ana Barcellos(2011), aparecem alguns inconvenientes de se buscar essa via. Com efeito, se toda e qualquer prestação de saúde, haja vista que os contornos do mínimo existencial na saúde são muito tênues, passar a ser exigida judicialmente, cria-se um círculo vicioso por meio do qual o Poder Público não executará as políticas públicas de saúde inerentes ao mínimo a pretexto de aguardar o posicionamento das decisões judiciais ou mesmo afirmando que não há orçamento para a sua execução, visto que o recurso teria sido tragado pela força da decisão judicial que concedeu a prestação de saúde.

Além disso, poucas pessoas recorrem ao Judiciário para garantir a prestação de saúde básica, como os tratamentos para hipertensão, desnutrição, doenças tropicais, parasitológicas e oftalmológicas, de modo que o poder jurisdicional, pela sua inércia e desconhecimento das demandas reais, não se manifesta, e a Administração, por fatores de ordem política, orçamentária e falta de planejamento não concede ao indivíduo a prestação mínima, deixando-o desamparado dos parâmetros da existência com dignidade.

Dessa forma, há um escamoteamento do mínimo existencial nas prestações de saúde quando se recorre ao Judiciário, visto que apenas uma elite goza dessa prerrogativa e geralmente vai exigir procedimentos que estão além de sua capacidade financeira de custeio e apresentam-se para além do mínimo, demanda que será atendida no pensamento do magistrado de pelo menos assegurar em nível individual aquilo que ele não pode atribuir para a coletividade. Assim, há uma distribuição de renda desigual nesse contexto, pois todos custeiam o sistema de saúde, mas poucos, aqueles que se dirigem às instâncias judiciais, têm acesso a essas prestações. Dessa forma, o judicialismo na garantia dessa espécie de demanda não contribui para a generalização da saúde básica no Brasil.

No que tange à assistência aos desamparados, Barcellos(2011) a caracteriza como o último recurso na preservação da dignidade humana, garantindo as condições mais elementares para a sobrevivência, alimentação, vestuário e abrigo. De acordo com a autora, a dificuldade na questão da assistência não está no seu conteúdo, mas na forma de prestá-la, bem como nas suas repercussões sociais.

Nessa medida, apresenta algumas maneiras pela qual a assistência pode ser prestada. Uma delas é o repasse de recurso diretamente ao necessitado, que apresenta como dificuldade inicial o fato de se quantificar o valor necessário para garantir a sobrevivência. Uma outra questão que merece atenção é o desestímulo ao trabalho que esse tipo de assistência pode produzir, ou até mesmo que destinação será dada a esse numerário recebido do Estado. Dessa forma, caberá ao Estado decidir qual forma de prestação será a mais conveniente a fim de se atingir o resultado almejado. Judicialmente, pode o necessitado, enquanto perdurar sua situação de penúria, exigir do Poder Público as prestações sociais necessárias para a sua sobrevivência. Como dificilmente alguém nesse estado terá o

conhecimento dessa alternativa, cabe ao Ministério Público a tutela coletiva de pessoas nessa situação de miserabilidade, através de mecanismos judiciais, como a ação civil pública.

Como última dimensão da concretude do mínimo existencial para Barcellos(2011) aparece o acesso à Justiça, que é o instrumento essencial para a efetividade dos outros elementos fundamentais do mínimo. Metaforicamente, seria como um “sino sem badalo”, pois de nada adiantaria normativamente garantir o direito à saúde, educação e assistência aos desamparados se não houver mecanismos coercitivos a efetivação desses direitos. O acesso à Justiça é entendido, portanto, como núcleo essencial da pessoa humana e no sentido de garantir que todas as pessoas tenham acesso ao Judiciário.

A autora traz os âmbitos em que aparece o acesso à Justiça, o âmbito jurídico e o físico. No primeiro âmbito, sua pretensão é satisfeita quando o indivíduo se dirige ao órgão jurisdicional e peticiona. A questão problemática naquele grupo de indivíduos que não recorrem em momento algum ao Judiciário, sem mesmo optar por uma outra solução alternativa para a resolução do conflito, como a mediação e arbitragem. Um outro ponto desse âmbito se refere à eficácia interpretativa das normas processuais, que sempre devem levar ao incremento de sua instrumentalidade, e não ao afastamento. Dessa maneira, a interpretação dada, dentre as possíveis, deve ser sempre a que viabilize o acesso ao Judiciário, e não a que afaste desse órgão.

Quanto ao acesso físico, os dois maiores obstáculos são os custos e a desinformação. A Constituição de 1988 trouxe alguns instrumentos que ajudam a superar esses entraves, como a institucionalização da Defensoria Pública e dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que são instrumentos que barateiam os custos processuais, além de tornar mais céleres os desenlaces processuais.

Uma outra ferramenta importante nesse sentido é a assistência judiciária gratuita, que só depende da declaração do indivíduo de que ele não tem condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo do seu sustento para ser-lhe garantido esse direito. Observe-se que, além disso, a assistência jurídica integral também engloba outras necessidades jurídicas instituídas pelo Estado, como os emolumentos relativos aos atos praticados no âmbito dos Registros Gerais de Imóveis, que também compõem o mínimo existencial do acesso à Justiça.

No campo da desinformação, a ignorância só é combatida por meios educativos que levam às pessoas a entender a dimensão da cidadania e do acesso aos direitos, seja pela crescente generalização do ensino fundamental no Brasil, incluindo nos currículos escolares uma reflexão sobre o papel do Judiciário, seja pela atuação dos operadores do Direito na disseminação das informações acerca das atividades de cada um, como magistrados, Ministério Público e advogados, bem como da estrutura do acesso à Justiça existente no país.

Considerações Finais

Em vista dos argumentos apresentados, pode-se afirmar que o direito ao mínimo existencial possui sua gênese no contexto do pós-guerra, na Alemanha, quando o Tribunal Constitucional Federal começou a discutir o direito às exigências mínimas para a existência humana, com vistas a garantir à dignidade e integridade da pessoa humana, em meio a um passado recente de terrível genocídio.

Dentro do constitucionalismo brasileiro, é tido como o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a despeito de sua indicação implícita no texto constitucional, possui efetividade plena, visto que representa a síntese dos direitos e garantias elencados explicitamente, na sua forma mais elementar.

No que tange à sua efetividade, a discussão ainda é inconclusa, mas caminha para uma distinção cada vez mais delineada entre os direitos jusfundamentais, que consistiriam o núcleo do mínimo existencial, devendo ser exigidos judicialmente, e os direitos sociais, os quais, por meio da via legislativa e orçamentária, ganhariam efetividade.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad: Vrigílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Renovar: Rio de Janeiro, 2011.
- KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos do Direito Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.
- LOPES, José Reinaldo. Considerações sobre a reserva do possível. IN: SARLET E TIMM, (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- _____. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo E TIMM, Luciano Benetti(Org.). **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

ZANITELLI, Leandro. Limites econômicos à efetivação dos direitos fundamentais. IN: SARLET E TIMM, (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010