

Mínimo existencial – uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais

Gisele Maria Dal Zot Flores*

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo investigar o conteúdo dos direitos sociais, limitados ao chamado “mínimo existencial”, no ordenamento jurídico brasileiro. Cabendo ao Estado, a fim de dar efetividade a esses direitos, o dever de oferecer prestações positivas de natureza assistencial e diante da limitação de recursos e ao princípio da separação de poderes, impõe-se indagar qual a fronteira do Poder Judiciário de conformar a vontade do legislador e a atuação do administrador. Após analisar a estrutura dos direitos fundamentais sociais proposta por Robert Alexy, firma-se o entendimento da existência do dever do Estado à prestação do chamado “mínimo vital”, com uma cláusula restritiva da reserva do possível, indispensável, portanto, a ponderação apregoada pela teoria dos princípios.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Limites. Mínimo existencial.

Introdução

Com base no conceito do denominado “direito ao mínimo à existência vital e dos direitos fundamentais sociais”, que impõe ao Estado o dever de oferecer prestações positivas de natureza assistencial, verifica-se que a liberdade do legislador e a atuação do Poder Executivo merecem uma análise à luz da teoria dos princípios.

Os direitos fundamentais sociais são direitos onerosos, que exigem disponibilidade de recursos financeiros. Entretanto, segundo Steinmetz,¹ “não obstante a onerosidade, se são direitos fundamentais, então exigem o cumprimento. Como garantia de um mínimo vital, não estão a livre disposição dos

* Professora de Processo Penal e Criminologia da Universidade de Passo Fundo - RS. Mestra em Ciências Criminais e Especialista em Ciências Penais pela PUCRS. Advogada.

sujeitos obrigados”. Vê-se, portanto, que o debate merece ser aprofundado.

Para tanto, o presente trabalho investiga, num primeiro momento, o conteúdo do denominado “mínimo existencial” à luz da doutrina e do ordenamento jurídico brasileiros e, após, analisa a estrutura dos direitos fundamentais sociais proposta por Robert Alexy.

Conceito de mínimo existencial

De início, cumpre esclarecer, de forma sintética, qual o conceito e conteúdo do denominado “mínimo existencial” e qual seu lugar no ordenamento jurídico brasileiro.

O mínimo existencial não está previsto expressamente no atual texto constitucional brasileiro vigente. A Constituição de 1946, em seu art. 15, par. 1º, assegurava a imunidade ao mínimo indispensável a habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica. A despeito do desaparecimento do dispositivo constitucional tal como havia em 1946, não é possível ignorar que a doutrina nacional reconhece sua existência.

Importante destacar que o mínimo existencial apresenta-se sob duas formas: impõe ao Estado o dever de oferecer prestações positivas de na-

tureza assistencial e, ainda, como direito de natureza negativa, como imunidade fiscal, impede-o de invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência.

Nesse sentido, sem pretender esgotar o assunto, apresentam-se duas posições de autores nacionais a fim de esclarecer as formas como a doutrina nacional compreende o direito ao mínimo existencial.

Para Torres,² o direito às condições mínimas de existência humana digna, ainda que não tenha dicção normativa específica, está compreendido em diversos princípios constitucionais, entre eles, o princípio da liberdade, já que sem o mínimo existencial cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e, por consequência, desaparecem as condições iniciais da liberdade. Segundo o autor,

a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. O fundamento do direito ao mínimo existencial, por conseguinte, reside nas *condições para o exercício da liberdade* ou até na *liberdade para* ao fito de diferenciá-las da liberdade que é mera ausência de constrição. (grifo do autor).

Esclarece Torres que o direito às condições mínimas de existência digna inclui-se entre os direitos de liberdade, ou direitos humanos, ou direi-

tos individuais, ou direitos naturais; é pré-constitucional, visto que inerente à condição humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, condicionando a ordem jurídica e não sendo outorgado por esta; possui validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente; ainda, é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social.

Para conferir efetividade ao direito ao mínimo vital, o autor reconhece a existência de imunidades implícitas no texto maior, entre as quais as que se apresentam sob a forma de isenções do IPI e do ICMS, asseguradas nas respectivas legislações. Ainda, no que concerne ao imposto de renda, diz o autor que o fato de este tributo não incidir sobre o mínimo imprescindível à sobrevivência do contribuinte, nem sobre as quantias necessárias à subsistência de seus dependentes, dedutíveis da renda bruta, consubstancia imunidade do mínimo existencial, ainda que apareça na lei ordinária, uma vez que materialmente remonta às fontes constitucionais.

O autor relaciona algumas imunidades, classificadas por ele como explícitas, contidas no texto constitucional, entre outras: o art. 5º, item XXXIV, que assegura, para a defesa

de direitos independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos poderes públicos e a obtenção de certidões; o art. 5º, LXXIII e LXXVII, que prevê a gratuidade da ação popular, do *habeas corpus* e do hábeas data; o art. 5º, LXXVI, que prevê a gratuidade, para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito; o art. 150, VI, letra “c”, que proíbe os impostos sobre as instituições de educação e assistência social; o art. 153, par. 4º, item II, que assegura a imunidade do imposto sobre propriedade territorial rural incidente sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel.

Ávila³ relaciona o mínimo existencial com a capacidade contributiva, entendendo que esta capacidade de contribuir com a comunidade mediante o pagamento de tributo inicia somente acima do limite das necessidades para a manutenção da vida. Entende que os direitos fundamentais que são direta ou indiretamente influenciados pela tributação possuem uma função específica: não podem ser violados no seu núcleo essencial.

Entre os direitos fundamentais que podem ser afetados pela tributação, Ávila cita a dignidade da pessoa humana.⁴ Segundo ele, a dignidade da pessoa humana não possui eficácia

direta sobre a matéria tributária, mas indireta, uma vez que as relações obrigacionais tributárias possuem efeitos patrimoniais, atingindo a esfera privada dos indivíduos, notadamente no âmbito da liberdade e da propriedade. Assevera que “o direito à vida não é violado pelas leis tributárias, desde que se mantenha disponível um mínimo em liberdade e em propriedade”. Prossegue dizendo que

o dever de coerência exige que exista uma principal relação de tensão entre a competência do Poder Legislativo para instituir tributos e a dignidade humana e os direitos fundamentais de liberdade de os sujeitos passivos desenvolverem sua propriedade privada e sua iniciativa privada, em virtude da qual deve ser encontrada uma harmonia entre interesses privados e públicos na determinação da carga tributária. A preservação do direito à vida e à dignidade e da garantia dos direitos fundamentais de liberdade alicerçam não apenas uma pretensão de defesa contra restrições injustificadas do estado nesses bens jurídicos, mas exigem do Estado medidas efetivas para a proteção desses bens. O aspecto tributário dessa tarefa é a proibição de tributar o mínimo existencial do sujeito passivo.

Alerta Ávila que, embora o princípio da dignidade da pessoa humana tenha papel substancial, como suporte material para aplicação de outras normas, orientando o aplicador nas suas decisões hermenêuticas, o princípio não é “o” critério de aplicação das normas jurídicas, porque todas as normas jurídicas devem convergir para a dignidade humana. Segundo ele, “um

critério serve para avaliar se determinados elementos possuem ou não a qualidade por ele indicada; se todos os elementos têm essa qualidade, o critério perde automaticamente a sua função”. Ainda que muito importante, não é o princípio da dignidade da pessoa humana o último critério de aplicação dos direitos fundamentais, justamente porque seu caráter fundante o impede de ter caráter distintivo.

Vê-se, portanto, que o autor alude ao mínimo existencial do prisma de *status negativus*, impondo ao Estado um dever de abstenção – não invadir a liberdade mínima do cidadão consubstanciada no mínimo à subsistência – e os direitos fundamentais funcionam como critério de aplicação das normas jurídicas.

Com algumas variações e abrangência diferenciada, verifica-se que tanto Ávila quanto Torres reconhecem que o direito às condições de existência digna pode ser assegurado pelo Estado mediante um *non facere*, impedindo-o de exercer o poder fiscal sobre a esfera da liberdade mínima do cidadão.

Entretanto, Torres avança ao reconhecer que ao Estado incumbe também oferecer prestações positivas de natureza assistencial, entre eles, o direito à assistência social, independentemente de contribuição à seguridade social, a quem dela necessita,

contido no art. 203 da Carta política; o art. 206, IV, da Constituição Federal brasileira, que prevê a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.

O direito ao mínimo existencial, em sua faceta negativa, não demanda maiores indagações, uma vez que pode ser viabilizado mediante a supressão da incidência fiscal para aqueles que não dispõem de meios para uma existência digna. É, entretanto, em relação ao aspecto de prestações positivas que o direito ao mínimo existencial apresenta seu lado dramático, em razão da limitação dos recursos orçamentários.

Nesse passo, o presente trabalho ganha relevo, uma vez que o direito ao mínimo existencial, que demanda a prestação real de serviços sociais básicos pelo poder público, depende da formulação, implementação e manutenção de políticas públicas e na composição de gastos nos orçamentos da União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios.

A decisão quanto ao destino dos recursos públicos inscreve-se na esfera de autonomia reservada aos poderes Executivo, na confecção do orçamento público, e Legislativo, quando da aprovação deste, representando essa aprovação a autorização dada pelo legislador democraticamente legitimado ao Poder Executivo para que esse realize os gastos, conforme preconizado no orçamento.

Assim, a imposição pelo Poder Judiciário ao Poder Executivo de prestações estatais, ainda que asseguradoras de direitos fundamentais, pode implicar indevida e inconstitucional invasão na esfera de competência reservada a outros poderes e substituí-los em juízos de conveniência e oportunidade; ainda, tal ingerência atentaria contra o princípio da separação dos poderes, tanto mais em situação de limitação de recursos. Cabe a indagação: em que limites pode o Poder Judiciário conformar a vontade do legislador a fim de dar efetividade ao mínimo existencial na modalidade de prestações positivas?

Esta pergunta merece uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais preconizada por Alexy.

Direitos sociais fundamentais segundo Robert Alexy

Alexy⁵ adverte para a distinção entre os direitos a prestações explicitamente estatuídos, muitas vezes designados como “direitos sociais fundamentais”, e os direitos que não se encontram expressos no texto constitucional, resultado da interpretação social dos direitos de liberdade e de igualdade, chamados “direitos fundamentais a prestações”, alertando que

tal diferença é importante, entretanto a existência de uma semelhança em relação ao conteúdo, à estrutura e aos problemas desses direitos justifica designar todos os direitos a prestação em sentido estrito como “direitos sociais fundamentais” e distinguir, dentro dessa classe, aqueles expressamente estatuídos e os direitos resultantes de interpretação.

As normas que se cingem a disposições jusfundamentais sob a designação de “direitos sociais fundamentais” são de tipos muito diferentes, segundo o autor, e, do ponto de vista teórico-estrutural, podem ser divididas de acordo com três critérios: a) normas que conferem direitos subjetivos ou normas que obrigam o Estado apenas de forma objetiva; b) podem ser normas vinculantes, se sua lesão pode ser constatada pelo Tribunal Constitucional, ou não vinculantes, quando se constituem em enunciados programáticos; finalmente; c) podem fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, ou seja, podem ser princípios ou regras.

A combinação entre os critérios enumerados resulta em oito normas de estruturas diferentes, dando-se a proteção mais efetiva naquelas normas vinculantes que garantem direitos subjetivos definitivos a prestações, e a proteção mais débil nas normas não vinculantes que fundamentam

um mero dever objetivo *prima facie* perante o Estado, classificando-se o direito a um mínimo vital como direito subjetivo definitivo vinculante.

Ainda, afora a diferença estrutural apontada, há de se diferenciá-las segundo seu conteúdo, existindo normas que asseguram o direito fundamental de forma mínima e outras que determinam seja ele de realização plena.

Segundo Alexy, em razão da variedade apontada, o problema dos direitos fundamentais sociais não fica restrito à questão de “tudo ou nada”, sendo necessária, portanto, a introdução de diferenciações. Alexy elabora uma proposta apoiada na teoria dos princípios levando em conta a existência de argumentos favoráveis e argumentos contra os chamados “direitos fundamentais sociais”. Não serão objeto de análise, no presente estudo, os argumentos favoráveis e os argumentos contrários aos chamados direitos fundamentais sociais, expostos na obra do citado autor; tão-somente será objeto de estudo o modelo de direitos fundamentais sociais proposto pelo autor.

Esse modelo considera que os direitos fundamentais da lei fundamental são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão de sua outorga ou não não pode quedar-se libe-

rada à simples decisão da maioria parlamentar. Segundo o autor, de acordo com esta fórmula, a questão acerca de quais são os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui de modo definitivo é uma questão da ponderação entre princípios. De um lado, encontra-se o princípio da liberdade fática e, de outro, os princípios formais de competência para decisão conferida ao legislador democraticamente legitimado e o princípio da divisão dos poderes, além dos princípios materiais, que se referem à liberdade jurídica de outros e a outros direitos fundamentais sociais e bens coletivos.

O modelo trazido por Alexy não expressa quais os direitos fundamentais sociais definitivos tem o indivíduo, mas, sim, quais poderá ter, bem como seu conteúdo e existência. A resposta detalhada à questão proposta é tarefa da dogmática dos diferentes direitos fundamentais sociais. Entretanto, afirma o autor que é possível obter uma definição geral à questão, considerando que uma posição de prestação jurídica está definitivamente garantida jusfundamentalmente se assim o exige de forma urgente o princípio da liberdade fática; se o princípio da divisão de poderes e da democracia e os princípios materiais opostos, em especial, a liberdade jurídica de outros, são afetados de forma relativamente reduzida.

Segundo Alexy, no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, o direito a um mínimo vital, a uma vivência simples, à educação escolar, à formação profissional e a um nível mínimo de assistência médica, essas condições estão satisfeitas ou, dito de outro modo, o direito ao mínimo existencial é direito fundamental social definitivo. Entretanto, o autor tece algumas considerações a respeito do tema.

Os direitos fundamentais sociais têm consideráveis efeitos financeiros, tanto mais quando deferidos a número expressivo de pessoas. Diante de direitos individuais e de razões de política financeira, aqueles possuem maior peso do que esta. Alexy esclarece que o princípio da igualdade pode fundamentar uma decisão judicial que estenda direitos fundamentais sociais reconhecidos a um grupo de pessoas a outro, ainda que tal decisão implique gravosos efeitos financeiros e limite a competência do legislador.

Por outra, em tempos de crise, em que há pouco a distribuir, é possível admitir uma objeção à existência de direitos fundamentais sociais definitivos, sendo necessário imprimir uma certa flexibilidade na sua interpretação, uma vez que uma crise econômica pode conduzir a uma crise constitucional. Entretanto, assinala o autor, nem todo direito social está abrangido no

conceito de direitos sociais fundamentais mínimos; segundo, de acordo com o modelo proposto, as ponderações a serem realizadas em condições diversas podem conduzir a diferentes direitos definitivos e, por fim, justamente em tempos de crise, parece indispensável uma proteção jusfundamental a posições sociais, por mais mínimas que sejam.

Ainda segundo Alexy, nenhuma objeção de peso fundamenta o fato de que os direitos fundamentais sociais necessitem uma configuração jurídica ordinária. É desnecessário que sua competência e o procedimento necessitem regulação, o que também vale para quaisquer outros direitos fundamentais, pois de modo algum um tribunal constitucional é impotente perante um legislador inoperante.

Alexy informa que o Tribunal Constitucional Alemão reconhece a existência de direitos subjetivos vinculantes *prima facie* e, por esse entendimento, resta afastado o caráter programático dessas normas que o contêm, já que sua validade normativa independe do menor ou maior grau de possibilidade de realização. Entretanto, a propriedade do direito *prima facie* vinculante possui uma cláusula restritiva, ou seja, a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, o que expressa a necessidade

de ponderação desse direito, fator que exclui a ineficácia do direito.

Vê-se, portanto, que Alexy recorre à necessidade da ponderação, o que impõe a introdução de uma carga de argumentação a favor de determinados princípios, o que fica evidente na afirmativa do autor: “De acordo com o modelo, o indivíduo tem um direito definitivo a prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior do que os princípios formais e materiais opostos tomados em seu conjunto.”⁶ E finaliza dizendo que, no caso dos direitos mínimos, isso sempre ocorre.

De tudo quanto foi exposto, esclareça-se: Alexy defende que os direitos fundamentais sociais que impõem uma prestação positiva pelo Estado não podem ser reduzidos a duas categorias: direitos subjetivos ou enunciados programáticos. A questão é relevante considerando os limites em que pode ser exercido o controle judicial sobre os atos do poder público. Tal controle contém duas peculiaridades, segundo Alexy: por um lado, não pode ser objeto de controle que se cumpra tudo o que exige um dever *prima facie*, senão tão-só deve ser cumprido o que aparece como dever definitivo em vista dos deveres *prima facie* opostos; por outro, nos princípios opostos possuem um papel decisivo não só princípios materiais como também os prin-

cípios formais, sobretudo a competência do legislador democraticamente legitimado.

Conclusão

Registre-se, a título de conclusões, que Alexy afasta, em definitivo, o caráter programático das normas que contêm direitos fundamentais sociais. Dada a importância de que se revestem as normas de direitos fundamentais, de maneira geral, não pode ser conferida ao legislador a liberdade de decidir acerca de sua outorga ou não.

Ainda que a apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto à efetivação dos direitos fundamentais sociais seja conferida, principalmente, aos governos e parlamentos, não se pode ter distante que o mínimo existencial consiste em direito subjetivo definitivo vinculante, ou seja, juridicamente exigível. Entretanto, uma vez admitida uma cláusula restritiva a esse direito, denominada pelo Alexy como “reserva do possível”, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, impõe-se a necessidade de ponderação desse direito, e ponderações a serem realizadas em condições diversas podem conduzir a diferentes direitos definitivos.

Por fim, Alexy apregoa que nem todo direito social está abrangido no conceito de direitos sociais fundamentais mínimos.

Abstract

Existential minimum – an analysis based on the fundamental rights theory

The present work has for objective to investigate the contents of social rights, limited to the “minimum for existence” on the Brazilian judicial order. Since it is up to the State, in order to give effectiveness to those rights, to offer positive installments of assistance nature and due to fund resources limitations and to the powers-division principle, the judicial power bounds must be questioned, to conform the lawyer’s will and the administrator’s action. After analysing the basic social rights proposed by Robert Alexy it is firming the understanding of the State’s duty’s existence, as for social rights, the return of the “vital minimum”, with a restrictive clause for the possible’s reserve, indispensable, therefore, the deliberation defended by the theory of principles.

Key words: Basic social rights. Limits. Minimum for existence.

Notas

- ¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 282.
- ² TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 70.
- ³ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 86.
- ⁴ Op. cit., p. 318.
- ⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 419-494.
- ⁶ Nota Explicativa: Tradução livre da autora.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.