

O MÍNIMO EXISTENCIAL ENQUANTO ELEMENTO CARACTERIZADOR DA FUNDAMENTALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

MINIMUM EXISTENCIAL AS ELEMENT OF CHARACTERIZER TO FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS

Antonio Cesar Trindade ¹

Caren Silva Machado ²

RESUMO

Com relação aos direitos sociais, ainda que a Constituição brasileira de 1988 os tenha albergado em seu catálogo dos direitos fundamentais, entende-se que não se revestem da qualidade de um direito subjetivo e absoluto a ser exercido em face do Poder Público, caso não disponibilizado voluntariamente por meio de prestações estatais. Contudo, há um direito a condições mínimas de uma existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas, e que se refere ao mínimo existencial. A noção de mínimo existencial impõe um padrão mínimo de segurança material, onde o Estado estaria obrigado a efetivar as condições para uma existência com dignidade. O mínimo existencial constitui-se em um direito público subjetivo do cidadão, sendo plenamente justiciável, independente de complementação legislativa, tendo eficácia imediata. Corresponde ao quinhão jusfundamental dos direitos sociais.

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

ABSTRACT

With regard to social rights, even though the Brazilian Constitution of 1988 has hosted in its catalog of fundamental rights, it is understood that there are of the quality of a subjective and absolute right to be exercised in the face of the government, if not available voluntarily through state benefits. However, there is a right to minimum conditions for a dignified human existence that can not be the object of state intervention and that still requires positive state benefits, which refers to the existential minimum. The notion of existential minimum imposes a minimum standard of material security, where the state would be obligated to make the conditions for an existence with dignity. The existential minimum is on a subjective public right of citizens being independent legislative complementation fully justiciable, with immediate effect. Match jusfundamental fair share of social rights.

Keywords: existential minimum; booking possible; fundamental social rights.

¹ Especialista em Direito Tributário. Professor da UNOESC. Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil

² Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho. Professora e pesquisadora da UNOESC. Professora da UNOCHAPECÓ. Coordenadora Adjunta do Grupo de Pesquisa dos Direitos Fundamentais Sociais: Relações de Trabalho e Seguridade Social da UNOESC. Advogada. E-mail: caren.machado@unoesc.edu.br.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto se propõe a argumentar que os direitos sociais previstos na Constituição de 1988, em que pese constarem do catálogo dos direitos fundamentais, têm sua jusfundamentalidade restrita à parcela inerente ao denominado mínimo existencial.

Para tanto, serão abordados os consectários da fundamentalização de um direito na Carta Constitucional de uma nação, e, especificamente em relação aos direitos sociais, tratar-se-á de estremá-los em seus *status positivus libertatis* e *status positivus socialis*, considerando enquanto premissa que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se cinge a primeiro *status*, o qual abrange o denominado mínimo existencial.

Por fim, e tomando como exemplo o direito social à saúde, nosso objetivo é contextualizar sobre o quê poderia ser considerado o mínimo existencial em relação a esse direito, e, portanto, tentar encontrar parâmetros que delimitem o seu conteúdo jusfundamental.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Enquanto elemento fiador da legitimidade dos poderes sociais, políticos e individuais, e garantidor da sociedade democraticamente organizada, a convolação dos Direitos Humanos em Direitos Fundamentais requer a sua constitucionalização, ou seja, a incorporação daqueles direitos em normas formalmente básicas (fundamentalização no sentido formal) atribuindo-lhes assim uma superioridade hierárquica, a sua imutabilidade na forma de cláusulas pétreas, bem como o status de norma vinculadora das ações dos poderes constituídos. No sentido material, tal fundamentalização (incorporação aos textos constitucionais) significa que o conteúdo destes direitos se enquadra como elemento constitutivo da estrutura do Estado e da Sociedade.³

Desse modo, os direitos fundamentais constituem, ao lado da definição da forma de estado, do sistema de governo e da organização do poder, o âmago do Estado Constitucional, se perfazendo não apenas em parte da Constituição formal, mas também “elemento nuclear da Constituição material”⁴. Posto isto, é de se concluir que os direitos fundamentais se

³LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 57.

⁴SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 58.

apresentam como critérios de validação do poder estatal e, como consequência, da própria ordem constitucional.⁵

Entre as dimensões (ou gerações para alguns doutrinadores) dos direitos fundamentais, e considerando o desiderato deste texto, ressalta-se a classificação que abrange os direitos sociais, culturais e econômicos - a segunda dimensão dos direitos fundamentais⁶ - os denominados direitos sociais.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Durante o século XX, e em especial a partir da Primeira Guerra, o Estado ocidental tornou-se “progressivamente intervencionista”, sendo denominado doravante de Estado social, o qual se particulariza por ser um instrumento da sociedade para “combater a injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para a população.”⁷

Por sua vez, o Estado constitucional de direito expandiu-se a partir do fim da segunda guerra mundial e exacerbou-se no último quarto de século XX, tendo por aspecto principal o preceito de que a validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da “efetiva compatibilidade do seu conteúdo com as normas constitucionais.”⁸

Posto isto, e em relação ao Estado brasileiro, não há dúvida de que a Constituição de 1988 lhe atribuiu os contornos de em Estado Social e Democrático de Direito deixando tal característica incontestemente em seu texto, em especial na redação do seu preâmbulo⁹ e dos seus princípios fundamentais.¹⁰ Desta forma, evidencia-se a importância que os direitos sociais gozam em nossa ordem constitucional.

⁵ SARLET, op. Cit. p. 59.

⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27ª. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012. p. 582.

⁷ BARROSO. Luiz Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2013. p. 88

⁸ Barroso. op. cit. p. 266.

⁹ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, (...).

¹⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

Em um Estado Social os direitos sociais se caracterizam como um princípio, ou mesmo como “expressões ou manifestações” deste regime de Estado,¹¹ sendo inerente a sua natureza demandar que seja criada ou posta à disposição da sociedade um leque de prestações que constituem seu objeto¹². Tais prestações se classificam em: direitos à proteção, direitos a organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito¹³. Com relação à terceira modalidade de prestação - os direitos à prestação em sentido estrito - esta se refere a direitos (a exemplo da saúde, moradia, educação) do indivíduo frente ao Estado, sendo algo que, “se indivíduo dispusesse de meios suficientes ou se houvesse uma oferta suficiente no mercado poderia também obter de particulares”.¹⁴

A vista dessa classificação, no presente texto, a abordagem será cingida ao direito a prestações em sentido estrito, visto que, de maneira especial, é esta modalidade que exige um dispêndio por parte do Estado, estando umbilicalmente relacionada à questão dos custos que tais direitos impõem a sociedade e a possibilidade (ou não) de o Estado fazer frente a estes desembolsos. Ou seja, partindo do consenso de que os direitos fundamentais se revestem de auto-aplicabilidade, e considerando o entendimento de que estes direitos (e em especial os sociais) dependem de medidas estatais, há de se enfrentar o problema de se definir como, em que medida e a quem incumbe concretizá-los.¹⁵

Nesta seara, e sob uma perspectiva subjetiva - a partir da posição do titular do direito - a aceitação de que existe um direito do cidadão a prestações sociais nos leva a perquirir sobre quais são os limites do Estado Social de Direito, visto que a existência de direitos fundamentais sociais de natureza prestacional constitui exigência nuclear deste regime de Estado. Há de se questionar até onde o Estado está obrigado a efetivar este ideal de “justiça social”, ou ainda, qual o *quantum* destas prestações podem de forma cogente ser demandadas pelos particulares.¹⁶

Dentro do nosso propósito, e considerando o problema até aqui exposto, qual seja, determinar qual/quanto/como/quem deve prover direitos sociais, doravante tentar-se-á demonstrar que definir o quê o Estado deve (obrigação) e o que o Estado pode (na medida do possível) outorgar aos cidadãos em matéria de prestações sociais está diretamente relacionado

¹¹ LEDUR, Jose Felipe. Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 106.

¹² SARLET, op. cit. p. 283.

¹³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011. p. 434-444.

¹⁴ ALEXY, op. cit., p. 499.

¹⁵ LEAL, Rogerio Gesta. Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2009. p. 40.

¹⁶ SARLET, op. cit., p. 354.

com a “*quantificação*” do que seria um direito fundamental no campo dos direitos sociais. Ou seja, em se determinar qual o grau de jusfundamentalidade destes direitos. Contudo, ainda que considerado jusfundamental, tais direitos não se arrogam na condição de direitos absolutos, no sentido de pretensões a qualquer coisa ou em termos ótimos.

Com relação aos direitos sociais, a Constituição brasileira de 1988 albergou tais direitos em capítulo próprio em seu catálogo dos direitos fundamentais, (Título II Capítulo II). Contudo, só o “caráter topográfico da Constituição de 1988” não autoriza a incorporação dos direitos sociais pelos fundamentais, sendo que, há de se aceitar a existência de “direitos sociais fundamentais”, - onde a fundamentalidade seria dos direitos sociais e estaria restrita ao mínimo existencial - “mas não em direitos fundamentais sociais”.¹⁷

Neste ponto, há de se destacar enquanto premissa daquilo que se pretende demonstrar que a efetividade dos direitos sociais está a depender da existência de recursos para que o Estado possa de fato implementar e disponibilizar esses direitos na forma de prestações. Sendo tais recursos limitados, isso nos remete a denominada “reserva do possível” a qual há de ser “compreendida como sendo uma espécie de condição da realidade, a exigir um mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica”.¹⁸

Com isso, o que se está a arrazoar é que, em que pese os direitos sociais estarem previstos no catálogo dos direitos fundamentais, e por se tratarem de direitos que, em especial, demandam a ação ativa do Estado – na forma de prestações - tais direitos estão sujeitos a contornos que lhe atribuem um caráter relativo, ainda que, conforme será visto adiante, existe sim, um núcleo básico, e que está afeto a dignidade da pessoa humana.

Esta relativização dos direitos sociais pode ser justificada se for aceito que tais direitos podem ser classificados conforme seus diferentes *status*, os quais têm como gênese a doutrina inicial de Jellinek.

4 A JUSFUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

A doutrina do status de Jellinek, de índole positivista, encontrava-se associada “à concepção do Estado de Direito formal e ao individualismo” e contemplava o *status subiectiones*, *status libertatis*, *status civitatis* e o *status activae civitatis*. Contudo, a teoria moderna ampliou o quadro do status e o adaptou à realidade do Estado Social de Direito. Dentro do contexto que pretendemos abordar, qual seja identificar a jusfundamentalidade dos

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro; Renovar, 2009. p. 9.

¹⁸ SARLET. op. cit. p. 288-289.

direitos sociais, e considerando esta nova classificação, destacam-se os denominados *status positivus socialis* e *status positivus libertatis*.¹⁹

Os direitos sociais relacionados ao *status positivus socialis* não ensejam prestações estatais obrigatórias e gratuitas, sendo que representam direitos *prima facie*, que demandam a *interpositio legislatoris* para existirem e devem ser exercidos de acordo com a vontade do legislador. Tais direitos sujeitam-se a uma “otimização progressiva” e a reserva do possível, tornando-se inteiramente subordinados a existência de políticas públicas e sociais. Com relação a estes direitos, convém salientar que os mesmos devem ser proporcionados pelo Estado até “o ponto em que não se prejudique o processo econômico nacional, e não se comprometa a saúde das finanças públicas”.²⁰

A partir desse *status* infere-se que existem direitos sociais que dependem da concessão do legislador, não geram por si sós a pretensão a prestações positivas do Estado e não possuem eficácia *erga omnes*. Estão postos na Constituição na forma de normas programáticas sujeitos sempre ao *interpositio legislatoris*, especificamente pela via do orçamento público, que é o documento onde se perfectibilizam as escolhas em matéria de direitos sociais, sempre levando em conta que tais direitos são determinados (escolhas) dentro de um espaço de recursos financeiros escassos e limitados.²¹

Inclusive, no âmbito internacional, o Pacto internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC - endossa tal entendimento ao dispor no item 1 do seu artigo 2^a que os Estados-partes comprometem-se a adotar medidas que garantam o pleno exercício dos direitos reconhecidos no referido acordo até o máximo de seus recursos disponíveis.

Contudo, na atividade legislativa de definição ou conformação de um determinado direito social não poderá o legislador empecer o núcleo essencial dos direitos fundamentais, e que é representada pelo conteúdo mínimo de um direito, parcela sem a qual este perde a sua eficácia. Sendo assim, o legislador permanece restrito aos ditames do núcleo essencial destes direitos.²² Este núcleo essencial, e que se refere ao *status positivus libertatis*, assegura que “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”²³. Corresponde então ao quinhão jusfundamental dos direitos sociais.

¹⁹ TORRES. op. cit. p. 180.

²⁰ TORRES. op. cit. p. 130-131.

²¹ TORRES. op. cit. p. 273

²² SARLET, op. cit., p. 411.

²³ TORRES. op. cit. p. 8.

Considerando as escolhas que devem ser feitas pelo Poder Público quando do planejamento de suas ações, a escassez de recursos públicos, a inércia do legislador em normatizar direitos sociais, e a falta de parâmetros para se determinar o que é obrigatório e que é facultativo para o Estado em matéria de direitos sociais, há de se aceitar que a solução para a efetivação dos direitos sociais é a “redução de sua jusfundamentalidade ao mínimo existencial, que representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo do qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade”.²⁴

A conclusão de que os direitos sociais fundamentais se restringem a parcela do seu núcleo essencial - o mínimo existencial - não minimiza os direitos sociais, ao contrário, os fortalece na sua dimensão essencial visto que lhe atribui plena eficácia, deixando-a ileso quanto à vontade do legislador.²⁵

Todavia, não há de se extrair dessa afirmação que a obrigação estatal encontra cobro com a simples garantia do mínimo existencial, mas sim, que esta ampara a pretensão às “prestações positivas obrigatórias do Estado independentes de intermediação legislativa”, e, por isso mesmo, lhe asseguram a reivindicação até mesmo pela via judicial.²⁶ Esta, inclusive, é a principal diferença entre o mínimo existencial e os demais direitos sociais visto que estes últimos carecem da lei formal, ainda que orçamentária, para que possam ser pleiteados frente ao Poder Público.²⁷

A vista disso, no campo dos direitos sociais, têm se construído “estratégias argumentativas e reflexivas” para especificar, e com isso possibilitar o controle público sobre como podem ser atendidos (e por quem) tais direitos, sendo que, o mínimo existencial tem sido apontado “enquanto dosimetria fundamentalizante dos direitos sociais”.²⁸ Por sua vez, a disponibilização ou a ampliação dos direitos sociais que excedam ao mínimo existencial deve ser perseguida por meio do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, dentro do processo democrático. Esse é o caminho que leva a superação da “confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais”, a qual não permite a efetividade destes últimos nem mesmo em sua dimensão mínima.²⁹

Como regra, a noção de mínimo existencial impõe um padrão mínimo de segurança material, onde o Estado estaria compelido a concretizar as condições (não necessariamente

²⁴ TORRES. op. cit. p. 53

²⁵ TORRES. op. cit. p. 260.

²⁶ TORRES. op. cit. p.243

²⁷ TORRES. op. cit. p. 284.

²⁸ LEAL, Rogério Gesta. Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2009. p. 90.

²⁹ TORRES. op. cit. p. 81.

ótimas) para uma existência com dignidade³⁰, sendo que a este padrão mínimo são outorgadas as características básicas dos direitos da liberdade, constituindo-se em um direito público subjetivo do cidadão - independente de complementação legislativa, tendo eficácia imediata.³¹

Disso resulta a conclusão de que o mínimo existencial se constitui de um conjunto de prestações materiais obrigatórias a assegurar a cada pessoa a sua dignidade, e que está “blindado” contra ingerências por parte do Estado e da sociedade.³²

Para Alexy, uma posição no espaço dos direitos a prestações tem que ser admitida como “definitivamente garantida”, caso: (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) e (3) os princípios materiais colidentes foram afetados em uma medida relativamente pequena. Tais condições são atendidas a contento no caso do mínimo existencial.³³

Ainda nesta seara, há de se compreender que, por encontrar o mínimo existencial a sua legitimidade nos próprios princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, e que aparecem enumerados no artigo 1º da Constituição, e que, considerando que cada um desses fundamentos se desvenda para uma gama de possibilidades interpretativas, se torna cada vez mais complicada a problemática da transformação dos direitos sociais em mínimo existencial.³⁴

Por vez, e com relação aos princípios fundamentais que se relacionam com o conteúdo do mínimo existencial, especial importância deve ser atribuída ao princípio da dignidade da pessoa humana. Este assume relevante função no sentido de estabelecer os contornos de um padrão mínimo na esfera dos direitos sociais, visto que a dignidade humana e as condições materiais de existência não podem tresandar abaixo de um mínimo, “do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”. Contudo, o mínimo existencial não tem um conceito constitucional próprio.³⁵

³⁰ LEAL. op. cit. 106-109

³¹ TORRES. op. cit. p. 39-40

³² FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas considerações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010. p. 25.

³³ ALEXY. op. cit. p. 512

³⁴ TORRES. op. cit. p. 149

³⁵ TORRES. op. cit. p. 36.

Sendo assim, determinar qual é a real extensão deste mínimo existencial - o seu conteúdo - é tarefa de difícil execução, visto que envolve adversidades relacionadas ao tempo e espaço estando sujeita ao arbítrio de eventos que podem alterar a sua especificidade³⁶.

5 CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Convém esclarecer que embora o mínimo existencial esteja encerrado na noção essencial dos direitos fundamentais, não é qualquer conteúdo essencial que se transforma em mínimo existencial, visto que este há de estar relacionado com o direito a situações existenciais dignas. Da mesma forma, e como já mencionado, os direitos sociais prestacionais que excedam o mínimo existencial, não sendo fundamentais, estão sujeitos às restrições do legislador.³⁷

Ao ser destituído do mínimo existencial o ser humano perde o necessário à sua sobrevivência digna e desaparecem as condições iniciais da liberdade. Posto isto, o conteúdo do mínimo existencial deve ser perscrutado, em especial, na ideia de liberdade, bem como nos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade.³⁸

A igualdade aqui referenciada diz respeito à “igualdade de chances ou oportunidades” e que tem por desiderato assegurar a todos as condições iniciais de liberdade garantindo o surgimento de uma igualdade social, que, ao final, enquanto resultado - até pode se configurar em uma desigualdade - visto que nem todos terão o mesmo êxito em suas vidas - mas esta desigualdade, contudo, tem gênese no esforço de cada um, e não cunho hereditário.³⁹

Com relação à dignidade da pessoa humana, enquanto elemento característico do mínimo existencial, e considerando que neste texto defende-se que mesmo o mínimo existencial é tocado pela relatividade, sendo seu conteúdo variável – naquilo que se refira ao direito a prestações estatais - conforme a época e as condições vivenciadas pela sociedade, assaz importante justificar tal ideia de relativização, considerando o conteúdo da dignidade humana.

O conceito de dignidade da pessoa humana pode ser enunciado como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que

³⁶ LEAL. op. cit. p. 92-93.

³⁷ TORRES. op. cit. p. 89.

³⁸ TORRES. op. cit. p. 36

³⁹ TORRES. op. cit. p. 170-174

assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁴⁰

A dignidade da pessoa humana era considerada como um princípio absoluto, não sujeito a ponderações e posto em um nível superior na hierarquia constitucional. Com a transformação no modelo jurídico e ético trazido pelo Estado Democrático de Direito, “houve profunda modificação na problemática da dignidade humana visto que aquela já não é considerada um princípio hierarquicamente superior”, sujeitando-se à sopesamento, sendo que dele emanam não só os direitos fundamentais, mas também os sociais.⁴¹

Sendo assim, a controvérsia a cerca de quais direitos sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de ponderação entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado, se apresentam os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado - o princípio da separação de poderes - além de princípios materiais, que dizem respeito à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.⁴²

Contudo, como já dito, há um núcleo essencial acobertado pelo manto da jusfundamentalidade. Esta assertiva parece contradizer a premissa que adotamos neste texto, qual seja, de que não há direitos subjetivos absolutos em material de direitos sociais. Tal paradoxo - existência de jusfundamentalidade versus não existência de direitos absolutos - se afasta se entendermos que a jusfundamentalidade de um direito social, ainda que assegure ao cidadão uma pretensão frente ao Poder Público independente de previsão legislativa, não significa dizer que tal pretensão seja no sentido de ter um direito a qualquer coisa ou mesmo algo em termos ótimos.

Ou seja, o empecilho de que a existência de direitos fundamentais sociais definitivos – ainda que mínimos – tornaria impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise e poderia transformar “uma crise econômica em uma crise constitucional” é afastado se levarmos em conta que nem tudo o que seja concebido em determinado momento como um direito social pode ser eleito como um direito social fundamental, e que, de acordo com o

⁴⁰ SARLET. Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. Ed. ver. Atual. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012. p. 73.

⁴¹ TORRES. op. cit. p. 150-151.

⁴² ALEXY. op. cit. p. 512

modelo aqui proposto, “os necessários sopesamentos podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos.”⁴³

Neste passo, o que se quer assentar é que a adoção do conceito do mínimo existencial - enquanto parâmetro fundamentalizante dos direitos sociais - permite a sua necessária maleabilidade no sentido de que, conforme a realidade social e as condições financeiras do Estado, a disponibilização destes direitos seja readequada, priorizando, como já enfatizado, as ações concretizadoras (garantidoras) da dignidade humana.

Ainda sobre os parâmetros a se determinar o conteúdo do mínimo existencial merece enfoque a questão do combate à pobreza e que consta do texto da Constituição Federal de 1988 enquanto objetivo fundamental (inciso III do artigo 3º). A temática do mínimo existencial confunde-se com a questão da pobreza, porém, há que se diferenciar entre a pobreza absoluta (miséria), a qual deve ser obrigatoriamente guerreada pelo Estado, e a pobreza relativa, e que tem gênese relacionada com as causas de produção econômica, ou de redistribuição de bens, e que deve ser atenuada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias. Contudo, não existe definição a priori sobre o significado da expressão pobreza absoluta, visto se esta “variável no tempo e no espaço e, não raro, paradoxal, surgindo tanto nos países ricos como nos pobres.”⁴⁴

O instrumento a ser utilizado para guerrear a miséria e a pobreza deve ser o fortalecimento dos aparelhos de garantia do mínimo existencial. Acontece que por não existir fronteira nítida entre o mínimo existencial e os direitos sociais, o que temos são ações governamentais que abarcam ambos os problemas, e com isto, perde-se a necessária prioridade, e que deveria ser a luta contra a miséria.⁴⁵

Ou seja, ao consideramos que o conteúdo jusfundamental dos direitos sociais se restringe ao mínimo existencial - e que neste sentido tais prestações podem ser judicialmente demandadas ainda que na ausência de norma que os assegure - e que as prestações que excedam ao este mínimo existencial estão sujeitas a limitações por conta do legislador, estamos a defender parâmetros objetivos para que os escassos recursos públicos sejam alocados de forma responsável - e assim possam ser controlados por toda a sociedade - a fim de garantir o princípio basilar de um Estado Social e Democrático de Direito que somos, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

⁴³ ALEXY. op. cit. p. 512-513.

⁴⁴ TORRES. op. cit. p. 14

⁴⁵ TORRES. op. cit. p. 17.

Em um Estado Social e Democrático de Direito o Estado tem a atribuição precípua de proteger os desvalidos, sendo que, em tempo de crise é quando mais se necessita desta intervenção estatal. Contudo, é justamente neste momento que as fontes constitucionalmente previstas para custear o Estado decrescem, e mesmo que os direitos sociais sejam reduzidos ao mínimo, ainda assim há efeitos financeiros.⁴⁶ Posto isto, o que se quer anunciar é que o nível de prestação de direitos sociais está intimamente relacionado como o momento econômico vivido pela sociedade. Ou seja, a efetiva realização das prestações sociais reclamadas depende da conjuntura econômica.⁴⁷

Contudo, ainda que a demarcação dos direitos sociais e do próprio mínimo existencial estejam ligadas às condições e conjunturas econômicas do Estado, tal situação econômica não há de ser considerada “como fato consolidado no tempo e imutável”, mas sim, há de ser exercido “um controle preventivo e curativo” da construção do orçamento e de sua execução, “tanto pelas vias políticas adequadas” como pelo poder judiciário.⁴⁸

Quando o Estado delibera em investir os seus recursos em determinada área, isto poderá ter como consequência o fato de se deixar de atender com a mesma intensidade outras necessidades. O tema de onde aplicar os recursos públicos se mostra complexo, pois exige o estabelecimento de prioridades e de critérios de escolhas que poderão alternar no tempo e no espaço, de acordo com as necessidades sociais mais urgentes.⁴⁹

Resta então evidente a relação entre a escassez de recursos e as opções que haverão de serem feitas pelo Poder Público, e que dizem respeito a: onde e como aplicar tais ingressos. Daí o conceito do mínimo existencial a orientar tais escolhas, ou seja, o conceito do mínimo existencial se mostra assaz importante quando a prestação de direitos sociais são planejados por meio de políticas públicas, mas também, e em especial, quando são demandados em juízo, visto que, nestes casos, o mínimo existencial pode se apresentar enquanto parâmetro a determinar aquilo que se pode obrigatoriamente compelir ao Estado a fornecer.

Do exposto até aqui, a dignidade da pessoa humana e a eleição do combate à pobreza são balizas essenciais a definir, no âmbito dos direitos sociais, entre o que é impositivo ao Estado - de imediato e justiciável - e o que a este compete disponibilizar de acordo com as suas possibilidades - progressivamente e por meio de políticas públicas. Neste contexto, no

⁴⁶ ALEXY. op. cit. p. 512.

⁴⁷ SARLET. op. cit. p. 286.

⁴⁸ LEAL. op. cit. p. 97

⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia Jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002. p. 281.

próximo tópico será abordado acerca do direito social à saúde e sua (ou não) jusfundamentalidade.

6 A JUSFUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À SAÚDE

O direito social a saúde está previsto no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) no Capítulo II (Dos Direitos Sociais) e artigo 6º da Constituição Federal de 1988, mas contempla o seu desenvolvimento, a exemplo das formas de sua prestação ou mesmo fontes de custeio, no Título VIII, e que se refere à ordem social.

Considerando que o Estado não tem condições fácticas de assegurar o atendimento integral dos direitos sociais a todos aqueles que deles necessitam, e a saúde se destaca nesta seara, faz surgir no interior da sociedade insatisfações (individuais ou coletivas), as quais, por sua vez, acabam por afluir na busca pelo Poder Judiciário enquanto instância última a fim de perfectibilizar tais direitos no caso concreto.

O Poder Judiciário neste quadro passa a ser agente das transformações sociais, utilizando-se no exercício de suas funções dos instrumentos “da razoabilidade, da proporcionalidade e da moralidade para enfrentar as novas questões colocadas pelo pluralismo de interesses da sociedade moderna”, sendo que este papel do Poder Judiciário se explica pelo “novo relacionamento entre Estado e Sociedade” o qual exige a “censura judicial para o equilíbrio democrático”.⁵⁰

Sendo assim, a partir da perspectiva até aqui defendida, e com relação ao direito à saúde, o seu nó górdio seria o de definir as fronteiras nos quais se consideraria um direito fundamental - gerando assim a obrigatoriedade da prestação estatal gratuita pelo Estado - ou simples direito social, fora do âmbito do mínimo existencial, e dependente de escolhas orçamentárias.⁵¹ A questão a se definir é quais são as prestações de saúde que o Poder Público está obrigado a fornecer por força da Constituição, e que, portanto, poderão ser exigidas diante do Judiciário.

Neste enfrentamento, há de se considerar enquanto enunciado maior a encarrilhá-lo que eventuais limitações aos direitos sociais fundamentais – mínimo existencial - somente devem ser aceitas se harmonizáveis formal e materialmente com a Constituição. No plano formal, este controle se refere a compulsar a “competência, o procedimento e a forma adotados pela autoridade estatal”. Por sua vez, o plano material guarda relação com a

⁵⁰ TORRES. op. cit. p. 111.

⁵¹ TORRES. op. cit. p. 246.

necessária observância “da proteção do núcleo (ou conteúdo) essencial destes direitos, bem como o atendimento dos princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade.”⁵²

Sendo assim, frente ao até aqui exposto, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem ser observados quando da análise de uma pretensão no caso concreto, a fim de se definir o conteúdo do mínimo existencial do direito pleiteado, e assim, estabelecer os contornos de sua jusfundamentalidade. Daí a necessidade de melhor contextualizar tais princípios.

O princípio da proporcionalidade evidencia um instrumento “metódico de controle de atos – tanto omissivos quanto comissivos – dos poderes públicos” e se constitui em uma dupla função. A primeira função seria a proibição de excesso e se refere à atuação do Estado quando da materialização dos seus deveres de proteção, e se mostra empecido quanto o Estado, por meio da intervenção dos seus órgãos, lesa de modo desmedido outros direitos fundamentais, ou mesmo viola direitos fundamentais de terceiros. Por sua vez, a proibição de proteção insuficiente se exhibe quando o Estado atua de modo inepto, ficando aquém dos níveis mínimos constitucionalmente exigidos.⁵³

Pode-se assegurar então que o princípio da proporcionalidade converte o legislador e o administrador público em fâmulos da Constituição, norteando assim o espaço de intervenção dos órgãos acometidos do dever de fazer e aplicar as leis. A minguagem do princípio da proporcionalidade, a constitucionalidade ficaria desprovida de instrumento de garantia dos direitos fundamentais frente a possíveis excessos (ou omissões) perpetrados pelo legislador quando do adimplemento do espaço legislativo aberto pela Constituição. Da mesma forma, este princípio se dirige à justiça no caso concreto e se trata de uma ferramenta para as decisões judiciais quando estas necessitam averiguar se na relação entre os meios - normas e procedimentos que concedam direitos sociais - e os fins – execução - não houve excesso ou deficiências.⁵⁴

Por sua vez, o princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade em sentido estrito) exige um equilíbrio entre os instrumentos utilizados e os fins perseguidos⁵⁵ e alcança evidência quando direitos sociais são demandados em juízo. Por conta do princípio em tela, não se pode descurar que uma decisão judicial que concede um direito social para um determinado indivíduo, antes de apenas minorar o patrimônio do Estado, emana

⁵² SARLET, op. cit., p. 404

⁵³ SARLET, op. cit., p. 404-406.

⁵⁴ BONAVIDES, op. cit., p. 438-440.

⁵⁵ SARLET, op. cit. p. 407.

consequências para todo o universo social, por conta da realocação de verba pública fora do contexto democrático. (externamente à lei orçamentária).

Ainda sobre o tema, e considerando a escolha prioritária de combate à pobreza, necessário observar que para qualquer prestação que seja imposta ao Estado, há de se apurar se o beneficiário “efetivamente é carente de recursos”, visto que, “apesar de a saúde ser um típico direito de justiça social – sendo, portanto, devido a todos, ela não é dever exclusivo do Poder Público”, devendo também ser suportada pelo particular ou por sua família.⁵⁶

Centrado então no até aqui exposto, há de se concluir que a previsão constitucional da universalidade dos serviços de saúde e a integralidade do seu atendimento não traz, como consectário indiscutível e absoluto, a gratuidade de prestações materiais para toda e qualquer pessoa, ou mesmo um direito a que essas prestações sejam necessariamente proporcionadas em termos ótimos.⁵⁷

A jusfundamentalidade do direito à saúde se restringe ao direito a uma “saúde básica” de forma a assegurar que toda a sociedade possa ter acesso a um “conjunto comum e básico de prestações de saúde”.⁵⁸ Ou seja, a Constituição diferenciou entre as prestações de saúde que constituem proteção do mínimo existencial - condições necessárias a existência - e que deveriam ser gratuitas, das que classifica como direitos sociais – sujeitas a conformação legislativa - e que se referem a medicina curativa.⁵⁹

Desta forma, no que se refere com as ações estatais voltadas a concretização do direito à saúde, necessário se faz concebê-las enquanto “demanda social e universal”, e não somente de forma individualizada, (caso esteja submetida à apreciação judicial ou administrativa), visto que ao atender-se somente a aqueles que recorrem ao poder público (Executivo ou Judicial) corre-se o risco de não se poder atender aos demais da coletividade. O “princípio da concordância prática ou da harmonização” impõe ao intérprete do sistema jurídico que em caso de conflitos de direitos constitucionalmente protegidos o embate deve ser tratado de maneira que a afirmação de um direito não implique no sacrifício de outro.⁶⁰

Neste sentido, no que se refere ao direito à saúde o seu conteúdo jusfundamental se restringe ao mínimo existencial, o qual exhibe como elementos característicos principais o respeito à dignidade da pessoa humana e o combate à pobreza. Neste contexto, tal direito

⁵⁶ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas Lima. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010. p. 251.

⁵⁷ FIGUEIREDO. op. cit. p. 43.

⁵⁸ BARCELLOS. op. cit. p. 320-329.

⁵⁹ TORRES. op. cit. p. 245.

⁶⁰ LEAL. op. cit. p. 152-153.

independe de intervenção legislativa podendo ser o Estado compelido judicialmente a proporcioná-lo. Contudo, no caso concreto, a decisão judicial há de se orientar pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade especialmente no tocante a análise do comportamento do Estado - condições versus ações – e ao direito de terceiros.

7 CONCLUSÃO

Os direitos sociais que se referem ao *status positivus socialis* não geram prestações estatais obrigatórias e gratuitas, sendo que representam direitos *prima facie*, que necessitam da *interpositio legislatoris* para se tornarem efetivos, estando sujeito ao seu aperfeiçoamento progressivo e às contingências da reserva do possível, tornando-se inteiramente dependentes de políticas públicas e sociais, sendo que devem ser otimizados até o ponto em que não se prejudique o processo econômico nacional, e não comprometa a saúde das finanças públicas.

Contudo, há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. Este conteúdo - *status positivus libertatis* - diz respeito ao mínimo existencial.

Sendo assim, a noção de mínimo existencial impõe um padrão mínimo de segurança material, onde o Estado estaria compelido a concretizar as condições (não necessariamente ótimas) para uma existência com dignidade exibindo as características básicas dos direitos da liberdade. Trata-se de um direito pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana, se constituindo em um direito público subjetivo do cidadão, sendo plenamente justiciável independente de complementação legislativa, e tendo eficácia imediata. Desta forma o caráter jusfundamental os direitos sociais se cinge ao mínimo existencial.

Ao consideramos que o conteúdo jusfundamental dos direitos sociais se restringe ao mínimo existencial, e que as prestações que excedam a este conteúdo estão sujeitas a limitações por conta do legislador, está-se elegendo parâmetros para que os escassos recursos públicos sejam alocados de forma responsável – e assim possam ser controlados por toda a sociedade - a fim de priorizar sua destinação e assegurar a efetividade do princípio basilar do Estado Social e Democrático de Direito que somos, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

8 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 27ª. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1888.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao88.htm>. Acesso em: 12 dez. 2013.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas considerações.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org).TIMM, Luciano Benetti. (org). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.

LEAL, Rogerio Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil.** Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2009.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEDUR, Jose Felipe. **Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas Lima. **Direito à saúde e critérios de aplicação.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. Ed. ver. Atual. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro; Renovar, 2009.