

**O MÍNIMO EXISTENCIAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

THE EXISTENTIAL MINIMUM UNDER THE SUPREME FEDERAL COURT CASE
LAW

Tainah Simões Sales¹

Maysa Cortez Cortez²

Resumo: O presente artigo visa a apresentar considerações acerca do instituto do mínimo existencial e analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. A dificuldade em se estabelecer parâmetros concretos para a definição do mínimo existencial esbarra em questões de ordem jurídica e, principalmente, material. A garantia das condições essenciais para uma vida com dignidade carece de recursos financeiros e instrumentais por parte do Estado. É preciso uma análise minuciosa e ponderada para definir a abrangência dessa garantia. Este estudo examinará julgados do STF a fim de investigar a aplicabilidade do direito ao mínimo existencial a partir dos contornos que a Corte tem dado ao termo. Percebe-se, contudo, a ausência de definição clara e objetiva sobre o instituto, prejudicando a formação de uma jurisprudência solidificada que auxilie na efetivação do mínimo existencial de forma justa e igualitária.

Palavras-chave: Mínimo existencial. Dignidade da pessoa humana. Políticas Públicas. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This paper presents considerations regarding the existential minimum and the analysis of Supreme Federal Court case law on the subject. The difficulty in establishing specific criteria for the minimum existential touches on issues of law and especially of material conditions. The guarantee of the essential conditions for dignified life lacks financial and instrumental resources by the state. It takes a detailed analysis to set the scope of this warranty. This study will examine the Supreme Federal Court trials to investigate the applicability of the right to a minimum existential. It's clear, however, that the absence of clear and objective definition of the institute impairs the formation of a solidified case law which applies the existential minimum fairly and equitably.

Keywords: Existential minimum. Human dignity. Public Policies. Supreme Federal Court.

¹ Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Coordenadora do Projeto de Pesquisa intitulado “A efetivação dos direitos sociais e o controle jurisdicional das políticas públicas sociais”, desenvolvido na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada. Email: tainahsales@gmail.com.

² Estudante de Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista pelo Programa de Bolsas de Iniciação Científica (PROBIC), financiado pela Fundação Edson Queiroz (FEQ). Email: maysa_cortez@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

A teoria do mínimo existencial consiste na aferição de um conjunto de elementos jurídicos e materiais mínimos que visem proporcionar aos indivíduos de uma sociedade uma vida saudável e com o mínimo de qualidade, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Tal aferição tem por escopo não só dar contornos concretos ao que se entende por dignidade, criando uma margem pela qual seja possível verificar de forma objetiva sua violação, como também estabelecer as prioridades dentre os direitos fundamentais e sociais a serem garantidos por parte do Estado. É determinar expressamente aquilo a que o Estado não pode se esquivar de prestar absoluta assistência.

Neste trabalho será estudada a temática do mínimo existencial sobre três aspectos: o conceito do instituto, as restrições à sua efetivação e a análise jurisprudencial da sua aplicação no âmbito do STF. A metodologia utilizada para tal será a pesquisa bibliográfica e documental.

Quanto ao conceito, serão abordadas algumas características do mínimo existencial, enquanto conteúdo essencial dos direitos fundamentais, bem como se discutirá as dificuldades em delimitar que tipos de direitos estariam compreendidos em seu bojo, segundo as teorias de atuação negativa e positiva do Estado na garantia dos direitos fundamentais. Deve o mínimo existencial compreender apenas os direitos fundamentais de liberdade, tidos como de atuação negativa do Estado? Os direitos sociais, tidos como de típica atuação positiva, também devem compor o mínimo existencial? Em que extensão? Pode-se falar em distinções claras entre atuação negativa e positiva do Estado quanto à prestação de direitos fundamentais e sociais?

Uma vez discutidas as questões acima, serão levantadas algumas restrições à efetivação do mínimo existencial. A primeira delas diz respeito ao que se entende por essencialidade de direito fundamental. É possível falar em conteúdo essencial de direitos que comumente são entendidos como absolutos? Quais as implicações de não se delimitar um núcleo elementar a ser focado como objeto de trabalho intensificado do Estado?

Além disso, importa considerar as restrições de ordem econômica à efetivação do mínimo existencial, partindo do princípio de que todo direito do cidadão a ser assegurado pelo Estado envolve custos. Para que haja uma prestação efetiva do mínimo existencial a todos os

indivíduos que necessitam de forma igualitária, é preciso que se defina, de forma sensata e ponderada, a abrangência desse instituto, para uma correta vinculação do orçamento do Estado, sob pena de se reproduzir um direito de conceito vago e de aplicabilidade genérica e banalizada.

No intuito de compreender que contornos vêm sendo dados ao mínimo existencial nos casos concretos, serão analisados todos os julgados do STF que mencionam expressamente o termo *mínimo existencial* em suas fundamentações. Em pesquisa no sítio eletrônico deste Tribunal, foram encontradas 9 (nove) decisões cuja menção expressa ao termo foi realizada, tratando dos seguintes assuntos: assistência aos desamparados, educação fundamental, direito à saúde e acesso à justiça.

A partir da análise feita, será discutida a questão da judicialização das políticas públicas no que diz respeito à concessão de direitos pelo Poder Judiciário, sob a bandeira do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, que por vezes vão de encontro à disponibilidade orçamentária da Administração, ou mesmo a disposições legais.

Tais conseqüências, fruto da ausência de definição clara e objetiva sobre o mínimo existencial, não só ferem o princípio da separação dos poderes, como prejudicam a formação de uma jurisprudência solidificada que auxilie na efetivação do mínimo existencial de forma justa e igualitária.

1 CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL

O direito ao mínimo existencial, no contexto da nova ordem mundial, encontra-se intrinsecamente ligado à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana³. Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), principal documento que

³ Adota-se o conceito de dignidade da pessoa humana proposto por Ingo Sarlet (2012, p. 73): “Temos por dignidade da pessoa humana 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 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”.

alberga as diretrizes necessárias para a garantia da dignidade humana, em seu art. XXV dispõe que:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Na Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana foi consagrada como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e disseminada entre os objetivos fundamentais desta, como por exemplo, no sentido de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III) e de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV), trazendo para o Estado o dever de criar mecanismos de promoção e proteção das condições necessárias ao pleno desenvolvimento dos indivíduos de forma digna e respeitada.

Na busca pela efetivação desses e dos demais objetivos, contemplados, sobretudo, nos direitos fundamentais e sociais, tenta-se considerar e, então, garantir um núcleo de condições jurídicas e materiais indispensáveis à existência humana digna, o que se denomina *mínimo existencial*. Este vem sendo definido, pela doutrina, como “um complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição concreta da liberdade e à dignidade da pessoa humana” (GOUVÊA, 2003, p. 202).

O conceito de mínimo existencial considera o *mínimo* por compreender os direitos fundamentais em sua parcela irredutível, sem a qual o indivíduo se tornaria completamente prejudicado, e o *existencial* por compreender os direitos extremamente necessários à existência com dignidade. Em outras palavras, “não é qualquer conteúdo essencial que se transforma em mínimo existencial, se lhe falta a nota específica de direito à existência digna”. (TORRES, 2009, p. 89).

A natureza jurídica do mínimo existencial abrange os aspectos subjetivo e objetivo. No sentido subjetivo, tem-se o conjunto de direitos mínimos do cidadão e a faculdade de valer-se das garantias processuais e institucionais na defesa destes. Já no sentido objetivo, o mínimo existencial, enquanto conteúdo essencial dos direitos fundamentais, conforme Ricardo Lobo Torres (2009, p. 84), não seria um valor, por não conter uma abstração de

ideias, tampouco um princípio, vez que é insuscetível de ponderação, mas sim uma regra que constitui direitos definitivos e que se aplica por subsunção⁴.

O autor aduz ainda que, no tocante à sua efetividade, o direito ao mínimo existencial abrange um duplo aspecto de proteção: o negativo (*status negativus*), no qual se preza pela abstenção do Estado em tolher as liberdades individuais, e o positivo (*status positivus libertatis*), “consubstanciado na entrega de prestações estatais materiais em favor dos mais pobres” (2009, p.81).

Embora a definição bipartida de direitos positivos e negativos seja bastante criticada por diversos juristas contemporâneos, que consideram superada a classificação em direitos de 1ª geração (ou dimensão) – direitos civis e políticos, de *status* negativo - e de 2ª geração – direitos sociais e econômicos, de *status* positivo – uma vez que os coloca quase que em posição hierárquica de importância e de efetivação, é útil analisá-la, com as devidas ponderações, a fim de buscar definir o grau de essencialidade dos direitos a serem protegidos pelo mínimo existencial.

Em apertada síntese, pode-se dizer que o *status negativus* compreende, principalmente, os direitos fundamentais em sua concepção primária: os direitos de liberdade. Nesse aspecto, o mínimo existencial se afirma no sentido de garantir aos indivíduos a proteção contra intervenções do Estado que venham a ferir não só sua liberdade, mas sua própria dignidade. A manifestação do mínimo existencial no *status negativus* dá-se, principalmente, no âmbito tributário, por meio de imunidades ou de isenções fiscais, posto que “o Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência.” (TORRES, 2009, p. 184).

Sendo assim, tem-se como exemplos dessa proteção à subsistência: a isenção do imposto de renda para as faixas mínimas de renda, o seu abatimento sobre dependentes financeiros e a própria restituição de valores - mecanismo de compensação das prestações positivas cabíveis ao Estado que tenham sido custeadas pelo particular - além da imunidade do ITR sobre pequenas glebas de terra, a isenção do IPTU para moradias de baixa renda, entre outros.

⁴ Sabe-se dos debates a respeito da definição de princípios e de sua distinção em relação às regras, porém esta matéria não será objeto de estudo neste artigo, por não ter relação direta com as temáticas discutidas neste trabalho. Para um aprofundamento a respeito da questão dos princípios e das regras, recomenda-se a leitura de ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2011 e SILVA, Virgílio. Afonso. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. v. 1, p. 607-630, 2003.

No tocante ao *status positivus libertatis*, em uma análise dicotômica em relação ao *status negativus*, poder-se-ia dizer que estariam compreendidos apenas aqueles direitos cuja existência fática carecesse diretamente de prestações financeiras e/ou assistenciais do poder público, remetendo-se aos direitos econômicos e sociais, sobretudo.

Não obstante essas considerações, tal análise conceitual mostra-se insuficiente, do ponto de vista pragmático, para buscar a efetivação dos direitos fundamentais e sociais e, principalmente, para definir e garantir o mínimo existencial, vez que restringe a atuação do Estado à prestação desses direitos, desconsiderando as implicações financeiras com o custeio das condições de proteção e promoção dos próprios direitos negativos, como esclarecido por Tainah Sales (2013, p. 33):

A tradicional visão de que os direitos de liberdade não requerem ações por parte do Estado está equivocada. A garantia destes direitos também demanda atividade estatal, também demanda custos. Assim, a liberdade individual não é assegurada com a simples não interferência estatal, pois esta também exige certa resposta do Estado, exige a construção de um ambiente adequado para que esse direito possa ser exercido em sua plenitude.

Stephen Holmes e Cass Sunstein (1999, p. 44) afirmam que até mesmo o direito de não ser torturado pela polícia, nas prisões, exige ações positivas por parte do Estado e, conseqüentemente, gastos públicos. É que se torna necessário, entre outras ações, fiscalizar os estabelecimentos prisionais e capacitar a polícia. O direito de liberdade de locomoção, por exemplo, demanda ações para garantir a segurança pública, sistema de transporte público etc. Ademais, os que têm a liberdade violada necessitam de um sistema judiciário viável para exigir as sanções cabíveis ao infrator ou o retorno à situação anterior. Os que violam, além de um sistema judiciário viável para garantir-lhes o direito de defesa, necessitam de uma estrutura prisional mínima, se for o caso.

O exercício do direito de propriedade também demanda custos por parte do Estado, mediante políticas de segurança pública, por exemplo, ou de uma estrutura judicial que viabilize a garantia do direito ou a reparação em caso de violação. São, portanto, ações que demandam recursos públicos e são caracterizadas pelo “fazer”, assim como também são as ações para promoção de direitos sociais.

Por esta razão, entende-se que o *status negativus* diz respeito não à simples omissão do Estado quanto às liberdades individuais, mas à proteção destas por aquele contra abusos seus e de terceiros, e que o *status positivus libertatis* diz respeito à atuação comissiva do

Estado, por meio de políticas públicas, no intuito de garantir tanto os direitos de liberdade, quanto os direitos sociais fundamentais. Neste sentido posiciona-se George Marmelstein (2004, p. 178):

É um grande erro pensar que os direitos de liberdade são, em todos os casos, direitos negativos, e que os direitos sociais e econômicos sempre exigem gastos públicos. Na verdade, todos os direitos fundamentais possuem uma enorme afinidade estrutural. Concretizar qualquer direito fundamental somente é possível mediante a adoção de um espectro amplo de obrigações públicas e privadas, que se interagem e se complementam, e não apenas com um mero agir ou não agir por parte do Estado.

Com isso, percebe-se que, embora a divisão entre atuação positiva e negativa do Estado auxilie, a *priori*, na compreensão dos meios de efetivação dos direitos fundamentais e sociais, mostra-se insuficiente quando se discute, em todo o âmbito da atuação estatal, as prioridades e a forma da assistência do poder público na consagração da dignidade da pessoa humana.

Por esta razão, é importante compreender qual o campo real de incidência do direito ao mínimo existencial, ou seja, qual a parcela de direitos, dentre fundamentais e sociais, dotados de essencialidade cuja eficácia mínima deva ser garantida e promovida pelo Estado, considerando os *status negativus* e *positivus libertatis* juntos.

Em se tratando de existência digna, pode-se dizer que os direitos de liberdade, sempre em sua porção irreduzível, compõem o núcleo essencial estudado na medida em que são tidos como inerentes à condição humana. Viver com dignidade pressupõe viver com liberdade. Neste sentido, guarda o mínimo existencial estrita relação com tais direitos fundamentais sem grandes controvérsias. As liberdades dos indivíduos sempre foram objeto de garantia no Estado de Direito.

A dignidade humana, todavia, não se resume a uma vida com liberdade, posto que o simples fato de existir implica riscos diretos à vida digna, tais riscos relacionados à saúde, às condições físicas, à pobreza, ao desenvolvimento do indivíduo em sociedade, etc. A questão é: às custas de quem esses riscos devem ser evitados ou mesmo sanados, do Estado ou do cidadão? E em que extensão? (TORRES, 2009, p.41) Na busca por responder estas questões é que se vê a necessidade de aferir, no campo dos direitos sociais, quais condições devem ser inseridas no conjunto do mínimo existencial (direitos sociais mínimos) e quais devem ficar a cargo das políticas públicas em geral (direitos sociais máximos).

Nesse diapasão, Ricardo Lobo Torres (2009, p.53) defende a teoria da jusfundamentalidade dos direitos sociais, ou teoria da redução dos direitos fundamentais sociais ao mínimo existencial. Conforme este entendimento, nem todos os direitos tidos como sociais gozam do status de fundamental à dignidade humana, nem os que gozam o fazem em toda a sua extensão. Como exemplo disso, cita-se o direito à moradia: no que concerne aos indigentes e às pessoas sem-teto, a moradia deve integrar-se ao mínimo existencial, como direito fundamental essencial, já as moradias populares para as pessoas de classe média devem ser compreendidas como direito social não fundamental e, portanto, ficar a cargo das políticas públicas ordinárias (TORRES, 2009, p.192). Ambos os casos contemplam o direito à moradia, porém, um carece de mais urgência, dada a sua essencialidade, e o outro, por exceder ao mínimo do digno, manifesta-se como uma otimização do mesmo direito, a ser alcançada pelo legítimo exercício da cidadania, sujeitando-se, contudo, à reserva do possível.

Ana Paula de Barcellos (2008), no intuito de tangenciar o conceito de forma mais prática, propõe um mínimo existencial composto por quatro elementos, três deles materiais – a educação fundamental, a saúde básica e a assistência aos desamparados – e um instrumental – o acesso à justiça. Tais pilares, teoricamente, abrangeriam as condições de uma vida com o mínimo de qualidade.

Não obstante, por tratar-se de um campo de discussão extremamente relativo e delicado, vez que se incorre no risco de expandir de forma inseqüente ou de comprimir de forma receosa o que se tem por essencial à vida digna, a definição quanto ao que deve, de fato, compor o mínimo existencial não é pacífica nem da doutrina nem na jurisprudência pátria. Os posicionamentos, por vezes guiados por vieses políticos ou econômicos opostos, corroboram com a criação de uma zona cinzenta, com direitos e pretensões incertos, que gera desconforto e insegurança jurídica sobre o quê realmente garante a dignidade ao ser humano.

2 RESTRIÇÕES JURÍDICAS E FÁTICAS À EFETIVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Grande parte da dificuldade em delimitar a incidência do mínimo existencial no âmbito social advém da dificuldade em delimitar juridicamente a essencialidade dos próprios direitos envolvidos. Em outras palavras, antes de perceber e definir o essencial sob a perspectiva social, deve-se questionar de onde vem a noção dessa essencialidade. Quem restringe isso?

Duas principais teorias buscam definir a essencialidade dos direitos fundamentais: a teoria externa, guardando um viés mais liberal, de menor intervenção estatal, e a teoria interna, com conotações mais ligadas a políticas socialistas, de maior intervenção estatal.

A teoria externa, defendida por autores como Alexy e Borowski na Alemanha, José Carlos Vieira de Andrade em Portugal e Jane Reis Pereira e Virgílio Afonso da Silva no Brasil, parte do princípio de que a essencialidade dos direitos fundamentais é produto das restrições sofridas pelo direito absoluto em face do ordenamento jurídico (TORRES, 2012, p. 152). Em outras palavras, afirma-se que o próprio ordenamento jurídico traz disposições constitucionais, diretas ou indiretas, que autorizam a intervenção ou a limitação dos direitos fundamentais, em razão de fatores econômicos ou em prol do interesse público, por exemplo.

Deste modo, numa perspectiva menos assistencialista, entende-se que a jusfundamentalidade dos direitos dialoga com uma série de questões jurídicas e materiais antes de se definir aquilo que é essencial à dignidade e que deve ser objeto de intervenção estatal direta. Não há direito absoluto a ser bancado pelo Estado, mas tão somente direito definido a partir de ponderações.

A teoria interna, por sua vez, defendida principalmente por Häberle, aduz que os direitos fundamentais são essenciais em sua totalidade. O limite da abrangência do direito é o limite da sua essencialidade. Seriam os direitos fundamentais, portanto, insuscetíveis de restrição por fatores externos, sob pena de se verem feridos (TORRES, 2012, p.153).

Tal concepção, embora romântica e simpática aos juristas e militantes de viés mais ligado às políticas comunitárias e assistencialistas, por conferir aos direitos fundamentais um caráter absoluto e digno de absoluta proteção, falha no tocante à sua efetividade.

Afirmar que tais direitos são absolutos em profundidade e em extensão, e, por esta razão, abster-se de fragmentá-los em ordem de prioridade ou graus de efetivação, implica em deixar a garantia destes à mercê da conveniência política do Estado, prejudicando sua concretização de modo satisfatório, principalmente quando o satisfatório passa a ser o absoluto.

Em razão das limitações políticas e orçamentárias, não é possível garantir *todos* os direitos de liberdade e *todos* os direitos sociais de *todos* os indivíduos ao mesmo tempo. Por isso, tenta-se garantir, pelo menos, o mínimo para se viver com dignidade, a fim de se assegurar uma força normativa à Constituição, evitando que os direitos fundamentais se tornem meras expectativas e resem vazios de conteúdo por falta de concretude.

O grande problema relacionado ao tema do direito ao mínimo existencial é a sua quantificação. Na prática, o que é o mínimo existencial? Qual é o núcleo essencial dos direitos fundamentais que deve ser garantido independente da reserva do possível? Como se daria esta fragmentação em ordem de prioridade ou graus de efetivação?

Numa tentativa de responder aos questionamentos acima, afirma-se que o direito ao mínimo existencial deve atender aos seguintes pressupostos: capacidade de universalização e “extensão delimitada pelo nível de tributação da sociedade” (FONTE, 2013, p. 215). Quanto à capacidade de universalização, esta corresponde à presunção de que as necessidades vitais e básicas são iguais para todos os seres humanos, afinal, todos devem ser tratados com o mesmo respeito e apresentam as mesmas necessidades básicas para sobrevivência. Quanto à extensão a depender do nível de tributação da sociedade, trata-se da necessidade de se prover recursos para custear esses direitos, afinal, “sem recursos os direitos simplesmente tornar-se-ão promessas vãs” (FONTE, 2013, p. 217).

Nas palavras de Felipe Melo Fonte (2013, p. 219), “o mínimo não deve incluir ‘qualquer coisa’ necessária à dignidade, mas sim somente o essencial. E a definição do essencial, no esquema do seguro hipotético, envolve aquilo que a sociedade paga na forma de tributos, em uma via de mão dupla”. Por isso se afirma que o mínimo existencial estaria imune à reserva do possível: o mínimo já está incluso no orçamento (ou, pelo menos, deveria estar), posto ser um núcleo indisponível e inegável, limitando a discricionariedade estatal. Assim, o que vai definir quanto é o mínimo é a quantidade de tributos paga pelos contribuintes, já que os tributos são a principal receita do Estado, mas o fato é que há um mínimo de prestações que, além de o Estado ter o dever de garantir, não pode negar.

Desse modo, só o que não está incluído no âmbito do mínimo existencial pode ser limitado pelo legislador ordinário e pelo Poder Executivo. Corroborando esse entendimento, esclarece Ricardo Lobo Torres (2009, p. 102): “pode prevalecer a discricionariedade administrativa em tema de mínimo existencial? Parece-nos que não: a Administração está obrigada a empenhar a e realizar a despesa”. Portanto, a teoria da reserva do possível não é aplicada em relação ao mínimo existencial.

Embora esta limitação fática dos tributos pagos pelo contribuinte seja relevante para responder ao questionamento relacionado ao que significa o mínimo existencial na prática, bem como tente responder a questão da sua quantificação, há uma zona de penumbra à qual os autores não conseguem responder. Isso porque se sabe que o valor pago pelos contribuintes não custeia apenas o mínimo existencial, mas a prestação de inúmeros serviços públicos e os

investimentos para o desenvolvimento socioeconômico do país. Assim, a questão ainda persiste: quanto do dinheiro pago pelo contribuinte custeia o mínimo existencial e quanto custeia a outra gama de responsabilidades do Estado? Quanto é, afinal, o mínimo existencial?

No Brasil, em razão da inefetividade dos direitos sociais e da má qualidade dos serviços públicos, aumentou-se a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para se ter acesso a direitos básicos. Os juízes tentam, assim, definir, em cada caso concreto, o que faz e o que não faz parte do conteúdo do mínimo existencial, gerando confusões e insegurança jurídica. Muitas vezes, o que deveria fazer parte da discricionariedade do legislador e do Administrador acaba sendo exigido pelos magistrados, que, por não compreenderem, de fato, o que é o mínimo existencial, concedem ao jurisdicionado mais que o que o princípio da separação dos poderes permite, sobretudo em matéria de direito à saúde (JORGE NETO, 2009).

A imprecisão do significado do termo pode acabar resultando num quadro de decisões sem argumentos plausíveis sobre se um determinado fato constitui ou não o mínimo existencial. Afinal, se tudo o que for pleiteado for considerado mínimo existencial, haverá caos no orçamento e possível colapso do Estado. Assim, apesar da nobre intenção do julgador de albergar o maior número de direitos possíveis e de atender, ao máximo, às necessidades dos jurisdicionados, há se ressaltar que isso pode acabar gerando uma desvalorização do mínimo existencial e até mesmo a perda de sua força normativa.

Conforme já dito, embora todos os direitos fundamentais tenham um núcleo essencial, isso não quer dizer que todos esses núcleos estejam inseridos no conteúdo do mínimo existencial. Por tratar-se de matéria complexa, não raro se vê confusão por parte dos magistrados em relação à temática, o que pode levar à banalização deste direito e à invasão do princípio da separação dos poderes, corroborando para uma possível atuação arbitrária dos juízes e para o colapso financeiro do Estado.

De acordo com Soraya Santos Lopes (2012, p. 124), a definição de parâmetros para determinar o conteúdo do mínimo existencial é importante pelas seguintes razões principais:

- a) constitui fundamento para a edição de atos normativos (leis, regulamentos e outros atos normativos derivados);
- b) permite que o Ministério Público e associações legitimadas exerçam o controle efetivo não só apenas em relação à execução, mas sobretudo à formulação de políticas públicas destinadas a garantir o mínimo existencial, através de ações judiciais;

c) constitui fundamento para decisões judiciais em sede de ações constitucionais objetivando o controle das ações e omissões do Poder Público, afinal, tal controle é imprescindível para que os recursos alocados sejam otimizados.

Desse modo, é preciso haver o equilíbrio entre o que é concedido pelos magistrados e o que pode ser concretizado pela Administração, sob pena de haver a desvalorização e o esvaziamento do conteúdo do mínimo existencial. Afinal, os direitos têm custos. E estes são altos! Como destaca Flávio Galdino (2005, p. 391), “o senso comum formado no pensamento jurídico brasileiro em todos dos direitos fulcra-se em premissa equivocada, qual seja, de que existem direitos fundamentais cuja tutela por parte do Estado independe de qualquer ação positiva, e, portanto, de qualquer custo”.

Não obstante essas discussões, que estão longe de chegarem ao fim, o fato é que não se nega a existência de um mínimo existencial, que seria um conjunto de direitos básicos suficientes para garantir a existência mínima dos indivíduos. O que se discute é a sua quantificação, porém não a sua existência.

A seguir, serão analisadas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do instituto do mínimo existencial, a fim de se verificar como os ministros estão lidando com esta matéria: há uma definição, por parte dos magistrados, a respeito do conteúdo que constitui o mínimo existencial? Como se dá o controle jurisdicional das políticas públicas na prática? Estas são algumas das problemáticas que serão abordadas a seguir.

3 ANÁLISE PRÁTICA: A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ultrapassadas as explicações teóricas acerca do tema objeto deste estudo, cumpre analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Em pesquisa realizada no sítio eletrônico deste Tribunal, ao dia 18 de julho de 2014, foram encontradas 9 (nove) decisões cuja expressão “mínimo existencial” foi utilizada diretamente. Certo é que há muitas outras decisões do Supremo Tribunal Federal envolvendo o controle jurisdicional de políticas públicas, entretanto, por necessidade de corte epistemológico, escolheu-se analisar, neste artigo, tão somente as decisões envolvendo diretamente a temática do mínimo existencial.

Das 9 (nove) decisões encontradas, 2 (duas) decisões estão relacionadas à assistência aos desamparados; 2 (duas) decisões envolvem a temática do direito à educação fundamental;

3 (duas) versam sobre o direito à saúde e 2 (duas) envolvem a garantia do acesso à justiça, corroborando, portanto, os quatro elementos propostos por Ana Paula de Barcellos (2008).

A seguir, serão discutidas tais decisões.

3.1 A assistência aos desamparados

O primeiro acórdão a ser analisado decorre do Recurso Extraordinário n. 567.985 (Mato Grosso) e envolve o benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal (“a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”), e no art. 20, parágrafo 3º, da Lei n. 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), que dispõe: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo”.

O Recurso Extraordinário foi interposto pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) em razão de decisão da Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso que concedeu à recorrida o benefício previsto no art. 20, parágrafo 3º, da LOAS, muito embora ela não estivesse dentro do parâmetro estabelecido por esta regra (a renda *per capita* mensal de sua família era superior a 1/4 do salário mínimo).

O STF manteve a decisão da Turma Recursal, afirmando que essa regra não era absoluta e que o Poder Judiciário deve adequar tal critério ao princípio da dignidade da pessoa humana. Em sua fundamentação, invocou o direito ao mínimo existencial para manter a decisão que concedeu à recorrida um direito que a lei não lhe conferiu.

Eis o problema da decisão do STF e a configuração da invasão ao princípio da separação dos poderes, com a sobreposição do Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo.

O art. 20, parágrafo 3º, da LOAS é suficientemente claro ao afirmar que será considerada incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa e, portanto, apta a receber o benefício assistencial, a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. Não há margem para discricionariedade neste caso. A

regra é clara e não há como interpretá-la de outra forma. Aquela família cuja renda *per capita* ultrapassa ¼ do salário mínimo não poderá receber o benefício assistencial em questão.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal foi além da previsão legal e concedeu o benefício à recorrida mesmo assim.

De fato, como afirmam Walquíria Leão Rêgo e Alessandro Pinzani (2013, p. 149): “o problema de avaliar a pobreza só por meio do critério da renda é que este último não diz tudo sobre o bem-estar dos indivíduos”. A utilização desse critério sem considerar outros aspectos importantes, como as liberdades dos indivíduos, as suas necessidades e a capacidade de escolher entre as diversas oportunidades, torna o estabelecimento de tal critério insatisfatório e incompatível com a realidade (SALES, 2013).

Ademais, ainda que se considere somente a renda como critério para definir os níveis de pobreza no país, há de se ressaltar que o valor estipulado, na LOAS, para definir quem irá receber ou não o benefício assistencial previsto no art. 20 é muito baixo.

Assim, não se pode afirmar que este benefício consegue resolver o problema a que se propõe por dois motivos: primeiro, porque o critério monetário não reflete a realidade em sua plenitude, uma vez que a pobreza é um fenômeno multifacetado e não está limitada ao nível de renda do indivíduo, conforme ensina Amartya Sen (2000)⁵; segundo, porque, ainda que se considere apenas a renda para aferir os níveis de pobreza, o valor estipulado na LOAS (1/4 do salário mínimo) é muito baixo e, com certeza, muitas famílias que necessitam deixam de receber porque a renda *per capita* ultrapassa, ainda que por muito pouco, a linha estabelecida.

Um forte argumento a favor do estabelecimento da renda como critério de elegibilidade do benefício é o que diz respeito à objetividade. Necessita-se traçar uma linha divisória entre os que terão direito e os que não terão direito a receber o benefício, tendo em vista as limitações orçamentárias e o fato de que a LOAS adota uma política focalizada e não universal. Portanto, seria necessário realizar um corte a fim de que os mais necessitados recebam mais e os menos necessitados não recebam de jeito algum.

Se os critérios forem subjetivos, a margem de fraude e de erros na cobertura seria, certamente, ainda maior. Assim, em razão da ausência de um critério objetivo melhor, escolhe-se a renda para aferir quem poderá ou não receber o benefício. Entretanto, a linha

⁵ Sobre a temática, recomenda-se a leitura de SALES, Tainah Simões. **O papel do Estado no combate à pobreza: um estudo de caso do Programa Bolsa Família**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2013.

traçada para definir que irá receber e quem não irá receber não condiz com a realidade, deixando muitas famílias necessitadas à margem de tal auxílio estatal.

Desse modo, não se discute que o estabelecimento do critério monetário para aferição de quem irá receber e quem não irá receber um benefício assistencial é falho e, muitas vezes, até injusto. Tem-se consciência disso. De fato, aquela família que recebe pouco mais que $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita* não tem condições de manter uma pessoa deficiente ou idosa, diante de tantos gastos que os cuidados especiais a essas pessoas demandam. Provavelmente, a recorrida, no caso do Recurso Extraordinário em comento, realmente necessitava de uma ajuda governamental.

Não é esse o problema. O que é questionável é a via utilizada para se discutir esse critério, que não é a adequada.

Se existe uma regra clara que estabelece critérios objetivos, como a renda, para estabelecer quem irá receber e quem não irá receber um benefício, não pode o Poder Judiciário ultrapassar essa regra e decidir de forma contrária. Se a regra é injusta ou se a regra não atende a todas as pessoas necessitadas, a via adequada para se fazer a devida modificação é a legislativa. A Constituição prevê que ao Poder Legislativo cabe a elaboração de leis que podem, inclusive, alterar uma regra já existente. Não cabe ao Poder Judiciário.

Uma solução para o caso em questão seria uma alteração no parágrafo 3º do art. 20 da LOAS, autorizando, por exemplo, exceções à regra geral e a inclusão de mais beneficiários, dependendo das circunstâncias do caso concreto e do preenchimento de parâmetros preestabelecidos. Outra solução seria aumentar o patamar estabelecido, de $\frac{1}{4}$ para $\frac{1}{2}$ do salário mínimo, por exemplo. De acordo com o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, tal alteração acarretaria um aumento de menos de 3% do orçamento previdenciário total, sendo, então, esse gasto absorvível pela capacidade financeira da União⁶.

Não cabe ao Poder Judiciário, entretanto, criar uma regra nova, se existe uma anterior que não é controversa ou inconstitucional. Aí é onde o problema se encontra.

O controle jurisdicional das políticas públicas encontra limites na lei. Esta, criada pelo Poder Legislativo, por deputados e senadores eleitos democraticamente pelo povo, é que determina como as ações do Poder Executivo poderão acontecer. Se o Poder Judiciário continuar ultrapassando os mandamentos legais, fundamentando todas as suas decisões unicamente no princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, teremos o caos no

⁶ Supremo Tribunal Federal. RE n. 567.985, Mato Grosso, de 18 de abril de 2013, p. 4.

Estado, com a patente sobreposição de um Poder em detrimento dos demais. Afinal, não é só a recorrida do caso em questão que não está dentro do padrão estabelecido pela lei, mas necessita de um benefício assistencial. Milhares de pessoas estão na mesma situação, tornando também injusta a decisão que concede a um e não aos demais que vivem com dificuldades semelhantes.

Não se trata de um retorno à era do positivismo jurídico clássico, mas apenas do estabelecimento de limites aos magistrados. Uma situação como essa, de sobreposição do Poder Judiciário, não é exatamente excepcional, está sendo cada vez mais comum no Brasil, não só no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mas de todos os demais órgãos do Poder Judiciário. Se continuar sendo permitido que os juízes ultrapassem os mandamentos legais e decidam conforme desejam (fundamentando-se unicamente na equidade e em princípios e conceitos abstratos e gerais), não haverá limites para arbitrariedades e a lei carecerá de força normativa e, o que é mais grave, de utilidade.

Ademais, não é que a equidade e os princípios gerais não sejam fontes do direito. Sem dúvidas, eles o são. Entretanto, devem ser utilizados em casos de lacuna, de omissão da lei, e não quando existe uma regra suficientemente clara para dirimir a lide (art. 4º, da LINDB). Sobre este tema, destacam-se os ensinamentos de Gilberto Bercovici (p. 303):

A extensão do poder jurisdicional, particularmente, deve ser combatida, pois o judiciário passa a se ver como uma autoridade decisória autônoma, contrastando com a democracia parlamentar, tendendo a considerar o direito positivo como obstáculo à sua atividade. O judiciário busca se desvincular da lei, produzida e votada pelo parlamento, a partir de teorias de interpretação e de hermenêutica do sistema, justificadoras, inclusive, do controle judicial dos atos do parlamento.

Isto não pode acontecer. Num Estado Democrático de Direito, as ações do Estado (por meio de qualquer um dos seus poderes) não podem ser arbitrárias, pois elas encontram limites no ordenamento jurídico. Ou voltaremos ao Estado Absolutista, mas, desta vez, com o despotismo dos tribunais.

A segunda decisão a ser analisada diz respeito à Ação de Inconstitucionalidade n. 3.768-4 (Distrito Federal), proposta pela Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano. A associação requerente pretendia obter a declaração da inconstitucionalidade do art. 39 da Lei n. 10.741, de 2003 (Estatuto do Idoso), que assegura a gratuidade dos transportes públicos urbanos e semiurbanos aos que tem 65 (sessenta e cinco) anos ou mais.

Alega a requerente que é inconstitucional a aplicação deste artigo até que seja instituído um mecanismo de compensação da fonte de custeio.

O Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ação, invocando, principalmente, a proteção ao idoso e a necessidade de o Estado assegurar a sua participação na comunidade, bem como se baseando no art. 230, parágrafo 2º, da Constituição Federal, norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que garante o acesso gratuito, pelos idosos, aos transportes coletivos urbanos.

Afirmou o STF que o investimento e os gastos oriundos da prestação de serviços públicos de transporte coletivo, delegado pelo poder público ao particular, devem ser calculados e definidos pelas partes contratantes, com a devida previsão dos lucros e despesas. A possibilidade de revisão existe para o particular, desde que reste comprovado o desequilíbrio econômico e financeiro do contrato, decorrente de um evento extraordinário e inesperado, o que certamente não é o caso em questão, pois há previsão constitucional e legal da gratuidade de tais serviços para os idosos, que não são em número suficiente para trazer prejuízos efetivos para os empresários.

Na fundamentação da decisão, o STF invoca a proteção ao idoso com base no direito ao mínimo existencial e o define como “o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais”.

Embora o conceito adotado pelo referido tribunal acerca do mínimo existencial possa ser criticado em relação à falta de objetividade (afinal, o que seriam as condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas?), não se pode afirmar que esta decisão violou o princípio da separação dos poderes, invadindo a discricionariedade e a esfera de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo por uma razão principal: as ações diretas de inconstitucionalidade integram o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade abstrato, o que significa que a discussão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma se faz em tese, ou seja, sem qualquer litígio concreto (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2009, p. 408).

Assim, não houve a criação de uma nova norma. A análise do STF foi de uma norma já existente, cumprindo exatamente a sua função de guardião da Constituição e órgão competente para realizar o controle de constitucionalidade das normas, corroborando a ideia

de sistema de freios e contrapesos e garantindo a unidade e a harmonia do ordenamento jurídico.

3.2 O direito à educação fundamental

Outros dois acórdãos que tratam diretamente da temática do mínimo existencial são os oriundos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 410.715-5 (São Paulo) e do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 639.337 (São Paulo).

Ambos tratam do direito ao atendimento em creche e pré-escola para crianças de até cinco anos, com base no art. 208, IV, Constituição Federal, que determina que “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade”.

O Supremo Tribunal Federal negou provimento aos agravos interpostos pelos Municípios de Santo André e de São Paulo, por restar claro, no texto constitucional que os municípios são os entes competentes para atuar na garantia da educação fundamental e infantil (art. 211, parágrafo 2º). As decisões basearam-se no direito fundamental à educação e no princípio da dignidade da pessoa humana, com menção superficial e geral do instituto do mínimo existencial.

Embora o STF não tenha se debruçado sobre a temática do mínimo existencial (mencionando apenas que há “necessidade de preservação do núcleo substanciador do mínimo existencial” – sem sequer esclarecer que núcleo substanciador seria esse), acertou ao afirmar que o controle jurisdicional das políticas públicas é possível desde que o Poder Judiciário não crie regras novas, mas tão somente efetive mandamentos já existentes.

Não se trata, portanto, de invasão do princípio da separação dos poderes, pois o STF apenas ordenou a aplicação das regras constitucionais que dispõem, de forma específica, que os municípios devem garantir a educação infantil, mediante atendimento em creches e pré-escolas às crianças de até cinco anos. Não houve criação de novas regras ou a não utilização de uma regra já existente (diferentemente do que ocorreu no acórdão do RE n. 567.985, analisado no tópico anterior).

Não pode um ente federativo deixar de atender a um mandamento constitucional, quando não há discricionariedade para tanto. Nos casos em questão, não era opção oferecer atendimento em creches e pré-escolas. É uma obrigação imposta a todos os municípios

brasileiros. Assim, diante de uma regra específica que traga uma obrigação de fazer e da omissão do ente a quem esta regra se destina, nada mais correto que a realização do controle jurisdicional, mediante decisões que condenem o referido ente a atuar nas esferas onde falhou.

3.3 O direito à saúde

As discussões em torno do controle jurisdicional das políticas públicas de saúde são inúmeras, sendo um tema de difícil resolução e inquestionável interesse público. Neste artigo, não se pretende esgotar as controvérsias envolvendo este assunto, até porque não se trata da temática central do presente estudo. Apenas serão analisados três acórdãos do Supremo Tribunal Federal, uma vez que houve menção expressa ao instituto do mínimo existencial.

O primeiro é o advindo do Agravo Regimental na suspensão de Tutela Antecipada n. 223 (Pernambuco). Trata-se da implantação de marcapasso diafragmático intramuscular em paciente e da recusa do Estado de Pernambuco em viabilizar o procedimento. A cirurgia foi realizada por médico no exterior, totalizando despesas no valor de R\$279.000,00 (duzentos e setenta e nove mil reais), requerendo o agravante que tal despesa seja arcada pelo Estado, já que é dever deste ente fornecer serviços de saúde, ainda mais pelo fato de a necessidade desta cirurgia ter surgido após um assalto em via pública, comprovando a falha no serviço de segurança por parte do referido ente federativo.

A Relatora, Ministra Ellen Grace, em seu voto, negou provimento ao Agravo em razão da não comprovação, pelo recorrente, da inviabilidade de tratamento alternativo fornecido pelo Sistema Único de Saúde, da inexistência de médico residente em qualquer parte do país habilitado para implantar o marcapasso prescrito e da aprovação da técnica e do aparelho pretendidos no órgão de controle norte-americano competente, o *U.S. Food and Drug Administration*.

A Relatora também ressaltou que, embora a segurança pública seja dever do Estado, não há responsabilidade objetiva por eventual dano decorrente de crime, de acordo com jurisprudência já consolidada pelo STF, e não foram comprovados o dolo ou a culpa do Estado de Pernambuco no caso em questão.

Outrossim, argumentou que afora o desejo dos familiares em realizar o referido procedimento, não havia comprovação nos autos de que o procedimento era o único adequado e de que era altamente seguro. Pelo contrário, havia relatórios médicos ressaltando o alto risco

cirúrgico na implantação de tal marcapasso, em razão de o procedimento ainda estar em fase experimental e do fato de o paciente não preencher os requisitos mínimos necessários para a sua aplicabilidade.

Não obstante o voto da Relatora, os ministros dissentiram e, por maioria dos votos, deram provimento ao recurso de Agravo.

A crítica que se pode fazer é em relação à fundamentação deste provimento, que se baseou tão somente na garantia do direito à saúde, no dever do Estado de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, na proteção ao mínimo existencial etc.

Não houve sequer menção aos autos, à comprovação da real necessidade de se realizar o procedimento cirúrgico no exterior, aos riscos inerentes ao procedimento etc. Foi uma decisão altamente genérica, que poderia ser utilizada em qualquer caso que envolvesse direito à saúde.

Como a Relatora ressaltou, se não havia comprovação da inviabilidade de tratamento alternativo fornecido pelo Sistema Único de Saúde, da inexistência de médico residente em qualquer parte do país habilitado para implantar o marcapasso prescrito e da aprovação da técnica e do aparelho pretendidos no órgão de controle norte-americano competente, como autorizar um procedimento no exterior e simplesmente mandar a conta para o Estado de Pernambuco pagar?!

A partir da leitura das jurisprudências do STF, verifica-se que, muitas vezes, as decisões são repetitivas, os ministros não olham as especificidades do caso concreto. No caso em questão, não se tratava de um simples medicamento, de uma simples cirurgia, mas de um procedimento de alto risco que supostamente sequer poderia ser realizado no Brasil. No mínimo, os requerentes deveriam comprovar a real necessidade da utilização de tais técnicas e aparelhos que só existem no exterior.

Ademais, em relação à garantia do direito à saúde, há de se ressaltar que a regra constitucional que trata sobre o assunto é de veras geral. De acordo com o art. 196, da Constituição Federal: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas 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 sua promoção, proteção e recuperação”. Sendo assim, todo e qualquer medicamento e procedimento cirúrgico estão incluídos neste dever do Estado?!

A concessão indiscriminada de medicamentos e procedimentos cirúrgicos pode levar a um verdadeiro colapso financeiro do Estado, por isso as questões relacionadas ao direito à saúde devem ser analisadas com a devida cautela. Não é o que acontece. Não há parâmetros para definição do que deve e o que não deve ser concedido pelo Poder Judiciário, culminando no quadro que há hoje no Brasil: praticamente tudo o que é requerido no Poder Judiciário em relação ao direito à saúde é concedido.

Certo é que o Estado, muitas vezes, nega procedimentos e medicamentos que não deveria negar. Entretanto, também há casos em que a negativa se dá por motivos plausíveis, como foi com caso do acórdão analisado: realmente não há alternativa no Sistema Único de Saúde do país? Não há nenhum médico no país competente para realizar o procedimento? Este procedimento é seguro e o mais adequado para o paciente?

Ora, se o requerente conseguir comprovar a real necessidade do procedimento, o Estado pode ser compelido a pagar. O problema reside nos casos em que não há comprovação da real necessidade, e a concessão judicial resta baseada tão somente em argumentações puramente teóricas e gerais (fundamentadas mediante a mera menção ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao mínimo existencial etc), que, como ressalta Ingo Sarlet (2012, p. 121), são espelhos no qual todos veem o que desejam ver.

Assim, “o problema não está nos resultados das decisões, mas na forma como elas estão fundamentadas” (WANG, 2008, p. 564).

Os acórdãos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 581.352 (Amazonas) e do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 642.536 (Amapá) podem ser alvos das mesmas críticas mencionadas acima. O primeiro alberga o pleito de ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais, enquanto o segundo envolve a necessidade de melhoria na estrutura e no atendimento da Unidade Mista de Saúde - UMSA, um hospital do Amapá.

Analisando o inteiro teor dos acórdãos, não se verifica uma real necessidade de reforma nas maternidades e na UMSA, pois as argumentações de ambas as decisões pautaram-se tão somente nos aspectos teóricos da garantia do direito à saúde, na proteção à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial etc. Não foram analisados dados e fatos concretos, como por exemplo: atualmente, quantas pessoas são atendidas? Quantas aguardam atendimento? Quantas maternidades já foram criadas? Quantos profissionais de saúde atendem e quantos devem ser contratados? Nada disso foi mencionado.

Ao se visualizar o estado geral da saúde pública na maior parte do país, não é de se espantar que realmente haja necessidade de ampliação e melhorias no atendimento de maternidades e hospitais. É bem provável que os Estados do Amazonas e do Amapá necessitem mesmo investir e reformar seus hospitais etc. A questão não é essa. Apenas, num processo judicial, clama-se por mais objetividade, por mais atenção ao caso concreto, às provas e aos fatos reais, não tão somente a fundamentações gerais e carentes de análise pragmática.

Sabe-se que o controle jurisdicional das políticas públicas de saúde é tema controverso, polêmico e com inúmeras variáveis que não foram aqui discutidas por falta de pertinência específica com o presente artigo. A temática merece mais aprofundamento, entretanto o objetivo principal deste estudo é avaliar como o STF vem enfrentando a questão do mínimo existencial em sua jurisprudência, razão pela qual se voltará à questão do direito à saúde em estudo posterior.

3.4 O acesso à justiça

As duas últimas decisões a serem analisadas tratam de temática semelhante. São os acórdãos dos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 598.212 (Paraná), e do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 763.667 (Ceará).

O primeiro discute a obrigação da criação e estruturação de Defensoria Pública na comarca de Apucarana, no Paraná (na época em que o processo foi iniciado, não havia Defensoria Pública no Estado do Paraná). De acordo com o STF, o descumprimento do dever constitucional de criar sedes de Defensoria Pública é uma omissão grave, que frustra os direitos dos necessitados à plena orientação jurídica e ao acesso à justiça, culminando na transformação dos direitos e das liberdades em proclamações vãs.

Na sequência, afirma também que é lícito ao Poder Judiciário adotar medidas visando à efetivação de políticas públicas, quando há lei ou mandamento constitucional prevendo a sua instituição, mas, mesmo assim, há inércia por parte do Poder Público. Não há, pois, invasão ao princípio da separação dos poderes, quando o controle jurisdicional se faz em razão de expressa previsão constitucional de uma obrigação de fazer, como é o caso em questão (art. 134 da Constituição Federal).

O segundo acórdão também envolve a Defensoria Pública, mas a discussão gira em torno da designação de defensor para o município de Guaráras, no Ceará, com o objetivo de suprimir a carência do órgão naquela comarca. O STF também afirmou que se trata de injusta omissão do poder público, cabendo o controle jurisdicional quando há inércia intolerável ao cumprimento de mandamento constitucional. Assim, afirma que o Poder Judiciário atua dentro dos seus limites quando exerce o controle de legitimidade sobre a omissão do Estado na implementação de políticas públicas oriundas de expressa determinação constitucional.

Sobre o tema principal deste artigo, ambas as decisões apenas mencionam, de forma superficial e esporádica, a necessidade de “proteção ao mínimo existencial e proibição do retrocesso social”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, o direito ao mínimo existencial está consubstanciado no art. 1º, III, da Constituição Federal, na previsão do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque o mínimo existencial não significa exatamente um conjunto de direitos básicos suficientes para a garantia da existência humana, mas, sim, um conjunto de direitos básicos voltados à garantia de uma existência com dignidade.

Desse modo, acrescentou-se ao rol de direitos fundamentais um novo direito social, independente de sua menção expressa na Constituição ou em legislação infraconstitucional: o direito a um mínimo para uma existência digna. Entretanto, embora não haja dúvidas quanto à sua existência, muito ainda se discute em relação à sua quantificação.

O presente artigo objetivou a análise do instituto do mínimo existencial a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Foram analisadas as 9 (nove) decisões em que o referido Tribunal utilizou expressamente o termo “mínimo existencial”. Embora as decisões verssem sobre temas diferentes, verificaram-se alguns problemas comuns:

- a) Em nenhuma das decisões o STF procurou definir, de forma clara e objetiva, o que seria o mínimo existencial e o que estaria incluso em seu conteúdo, utilizando esta expressão de forma superficial, sem dar atenção às complexidades que a temática demanda.

- b) Ao realizar a leitura do inteiro teor dos acórdãos, não se verifica a subsunção dos fatos às regras. As fundamentações são generalizadas, não há uma análise do caso concreto, dos aspectos fáticos, das especificidades de cada caso. Utilizam-se, muitas vezes, os mesmos parágrafos, citações e teorias para a resolução de casos distintos. Assim, devem ser objeto de críticas não exatamente o resultado das decisões, mas principalmente a forma como elas são fundamentadas.
- c) Verificou-se, em algumas decisões, patente invasão ao princípio da separação dos poderes, com a sobreposição do Poder Judiciário em detrimento dos demais, a partir da criação de regras novas e da não observância injustificada a regras válidas do ordenamento jurídico pátrio.

A partir deste estudo, verificou-se que a imprecisão terminológica do instituto do mínimo existencial, relacionada à ausência de definição de que direitos fariam parte deste conjunto, leva a diversos debates com poucas soluções práticas para resolver a questão da sua garantia. A ausência de parâmetros objetivos para a aferição do conteúdo do mínimo existencial faz emergir um cenário de insegurança jurídica, com a perda de sua força normativa, afinal, fazer simples referência ao instituto sem identificar os seus elementos poderá redundar em uma banalização deste direito (LOPES, 2012, p. 138).

E isto não pode acontecer. Daí a necessidade e a importância de estudos como esse. É imprescindível que discussões sobre a temática sejam fomentadas a fim de que soluções para as problemáticas propostas sejam encontradas. Não se pode parar de se tentar chegar à harmonia entre o que deve ser concedido pelos magistrados em relação às políticas públicas e o que pode ser concretizado pela Administração Pública diante de um orçamento limitado, sob pena de se verificar a inefetividade dos direitos fundamentais e a ingerência do Poder Judiciário sobre os demais.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.784-4**, de 19 de setembro de 2007, Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28m%EDnimo+existencial%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/bn4lp4l>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 410.715-5**, de 22 de novembro de 2005, São Paulo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28m%EDnimo+existencial%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/bn4lp4l>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 639.337**, de 23 de agosto de 2011, São Paulo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28m%EDnimo+existencial%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/bn4lp4l>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 642.536**, de 05 de fevereiro de 2013, Amapá. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28m%EDnimo+existencial%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/bn4lp4l>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 763.667**, de 22 de outubro de 2013, Ceará. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28m%EDnimo+existencial%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/bn4lp4l>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 581.352**, de 29 de outubro de 2013, Amazonas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28m%EDnimo+existencial%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/bn4lp4l>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na suspensão de Tutela Antecipada n. 223**, de 14 de abril de 2008, Pernambuco. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28m%EDnimo+existencial%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/bn4lp4l>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 598.212**, de 25 de março de 2014, Paraná. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28m%EDnimo+existencial%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/bn4lp4l>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 567.985**, de 18 de abril de 2013, Mato Grosso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28m%EDnimo+existencial%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/bn4lp4l>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Direta de Constitucionalidade). In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 4. Ed. Salvador: JUSPODIVM, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares em Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 131-152.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 2. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 202.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: 1999.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2009.

LOPES, Soraya Santos. O direito ao mínimo existencial no caso concreto. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 74, p. 111-141, jul./ago, 2012.

MARMELSTEIN, George. Críticas à teoria das gerações (ou até mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Revista Opinião Jurídica**, n.3, ano 2, p. 171-182, 2004.1.

REGO, Walquíria Leão; PINZANI, Alessandro. **Vozes do Bolsa Família: autonomia, dinheiro e cidadania**. São Paulo: Unesp, 2013, p. 149.

SALES, Tainah Simões. **O papel do Estado no combate à pobreza: um estudo de caso do Programa Bolsa Família**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2013.

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

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução por Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. v. 1, p. 607-630, 2003.

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

_____. O Mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista Fórum de direito financeiro e econômico: RFDFFE**, v.1, n.1, mar./ago. 2012, p. 147-173.

UNIDAS, Assembléia Geral das Nações. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: < http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 10 jul.2014.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, ano 4, p. 539-568, jul./dez. 2008.