

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

MÍNIMO EXISTENCIAL: DIREITO SUBJETIVO *PRIMA FACIE*

AUGUSTO CÉSAR DA SILVA TOSTES

**JUIZ DE FORA
2016**

AUGUSTO CÉSAR DA SILVA TOSTES

MÍNIMO EXISTENCIAL: DIREITO SUBJETIVO *PRIMA FACIE*

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora,
como requisito para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

Orientadora: Professora Doutora Cláudia
Toledo

**JUIZ DE FORA
2016**

AUGUSTO CÉSAR DA SILVA TOSTES

MÍNIMO EXISTENCIAL: DIREITO SUBJETIVO *PRIMA FACIE*

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito

Data da defesa: 29 de fevereiro de 2016.

Banca Examinadora:

Prof. Dra. Cláudia Toledo
Orientadora
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dra. Luciana Gaspar Melquíades Duarte
Membro da Banca
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dra. Waleska Marcy Rosa
Membro da Banca
Universidade Federal de Juiz de Fora

*Em memória do meu grande amigo e avô,
Wilson Tostes, que repartiu seu pão com
aqueles que necessitavam mais do que
ele próprio.*

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos são sempre incompletos e este não será diferente. Nesta caminhada, muitos foram aqueles que direta ou indiretamente colaboraram para a conclusão de mais um desiderato acadêmico.

Agradeço, antes de tudo, Àquele que tem atuado diretamente em minha vida, sustentando-me nos momentos de fraqueza e arrefecendo minhas inquietudes: Deus, muito obrigado! Obrigado por ter nos enviado teu filho, Jesus Cristo, a quem agradeço por dolorosamente ter vencido a morte. Agradeço, ainda, pelo teu Santo Espírito estar continuamente apontando caminhos ao meu livre arbítrio.

Aos meus amados pais, Carlos e Maria de Fátima, pelo amor incondicional, pelas lições morais e pelo sacrifício, os quais foram indispensáveis para que eu obtivesse êxito.

À minha orientadora, Prof. Dra. Cláudia Toledo, pela capacidade de apontar os caminhos a serem percorridos, pela generosidade intelectual, pela dedicação e atenção dispensadas, pelo rigor científico e, sobretudo, pelo exemplo de excelência acadêmica. Agradeço também pelos inestimáveis conselhos dados em alguns momentos difíceis.

Aos verdadeiros amigos de faculdade, com quem aprendi e compartilhei incontáveis momentos de alegria, além de ter recebido solidariedade desmedida. Aos demais amigos, por todo carinho e incentivo.

Aos meus queridos irmãos em Cristo Jesus, membros da igreja local em que congrego, por todo amor e apoio dispensado, bem como por terem compreendido minhas ausências.

A todo o qualificado corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora e, ainda, a todos os juristas que compõem a bibliografia desta monografia, por terem dispensado tanto tempo escrevendo obras tão ricas.

Agradeço, por fim, a todos que colaboraram no desenvolvimento deste trabalho e que involuntariamente foram omitidos.

Quem é Apolo? E quem é Paulo? Servos por meio de quem crestes, e isto conforme o Senhor concedeu a cada um. Eu plantei, Apolo regou; mas o crescimento veio de Deus. *De modo que nem o que planta é alguma coisa, nem o que rega, mas Deus, que dá o crescimento.* Ora, o que planta e o que rega são um; e cada um receberá o seu galardão, segundo o seu próprio trabalho. Porque de Deus somos cooperadores; lavoura de Deus, edifício de Deus sois vós. Segundo a graça de Deus que me foi dada, lancei o fundamento como prudente construtor; e outro edifica sobre ele. Porém cada um veja como edifica. *Porque ninguém pode lançar outro fundamento, além do que foi posto, o qual é Jesus Cristo (1 Cor. 3:5-11).*

RESUMO

A jusfundamentalidade dos direitos sociais, englobando o direito ao mínimo existencial, exsurge do próprio texto constitucional e também dos valores e princípios contidos na Carta de 1988. Os direitos fundamentais sociais, como todos os demais, possuem um núcleo essencial, o qual não pode ser contornado. O modo como se pode chegar a esse núcleo varia conforme se adote a teoria interna ou a externa. Já as teorias absoluta ou relativa influenciam diretamente no caráter mutável ou não do núcleo essencial. A ênfase em tal temática consiste no fato de que o mínimo existencial guarda, com ela, estreita relação. É comum a doutrina fazer referência ao conteúdo do mínimo existencial como sendo formado pelo núcleo essencial de alguns dos direitos fundamentais sociais. Entretanto, há intenso debate acerca de quais direitos, nuclearmente considerados, comporiam tal conteúdo. Debate-se, ainda, e talvez com mais intensidade, se esse conteúdo poderia ser identificado aprioristicamente. Fala-se, portanto, em mínimo existencial como sendo um direito subjetivo definitivo *a priori*. Todavia, da teoria dos princípios, e, por conseguinte, da imprescindível necessidade de se ponderar os interesses em conflito, advém a conclusão de que todos os direitos, inclusive o mínimo existencial, são direitos subjetivos *prima facie*. A *definitividade* do mínimo existencial, portanto, só ocorre no caso concreto, após a aplicação da técnica de identificação de seu conteúdo, não sendo possível identificá-lo abstratamente. Isso não exclui, contudo, a possibilidade de se estabelecerem alguns parâmetros indicativos do que compõe o conteúdo do mínimo existencial e nem a existência de certas diferenças desse direito em relação aos demais direitos fundamentais sociais.

Palavras-chave: mínimo existencial; direitos fundamentais sociais; direito subjetivo definitivo *a priori*; direito subjetivo *prima facie*; teoria dos princípios; ponderação.

ABSTRACT

The justfundamentality of the social rights, including the right to the existential minimum, comes from the Constitutional text itself, but also from the values and principles contained in the Constitution of 1998. The social fundamental rights, like any of other kind of rights, endue an essential core, which cannot be bypassed. The way with which you can define this core can vary, depending on the adoption the Internal or External Theory. Yet, the Absolute or Relative theories influence directly in the attribute of mutability or immutability of this essential core. The emphasis in such theme is important due to the fact that the existential minimum keeps, with it, a tight relation. Although, there is intense debate concerning which rights would, considering the core, the content that compound the existential minimum. Yet there are also debates, probably even more intense, towards the question of whether the mentioned content should be identified "*a priori*". Therefore, existential minimum is considered as an "*a priori*" definitive subjective right. However, from the Theory of the Principles and, thereafter, from the indispensable necessity of balancing the interests in conflict, there is the conclusion that every right, including the existential minimum, is a "*prima face*" subjective right. The *definitiveness* of the existential minimum, thus, only occurs in the concrete case, after the application of the technique for the identification of its content. It is not possible to identify it abstractly. It does not eliminate, nevertheless, the possibility of determining some indicative parameters of what compound the content of the existential minimum, or the existence of certain differences of this right in comparison to the other fundamental social rights.

Keywords: existential minimum; social fundamental rights; "a priori" definitive subjective right; "prima face" subjective right; Theory of the Principles; pondering.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
3	NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
3.1	Perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais	20
3.2	Teoria interna e teoria externa.....	23
3.3	Teoria absoluta e teoria relativa	26
4	MÍNIMO EXISTENCIAL	30
4.1	Relação entre mínimo existencial e núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais.....	32
4.2	Distinção entre direitos <i>prima facie</i> e direitos definitivos	33
4.3	Mínimo existencial como direito subjetivo definitivo <i>a priori</i>	34
5	MÍNIMO EXISTENCIAL: DIREITO SUBJETIVO <i>PRIMA FACIE</i>	39
5.1	Técnica de identificação do conteúdo do mínimo existencial	47
5.2	Alguns aspectos diferenciadores do mínimo existencial em relação aos demais direitos fundamentais sociais.....	49
6	CONCLUSÃO	53
	REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

O tema proposto é bastante atual e ainda pouco explorado pela doutrina e pela jurisprudência. Sua abordagem implica a revisão, à luz da teoria dos princípios, de uma concepção do direito ao mínimo existencial que tem sido copiosamente difundida.

Os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, são passíveis de serem exigidos em juízo, âmbito no qual o processo de ponderação estabelecerá o que deve *definitivamente* ser concedido. O direito ao mínimo existencial, espécie de direito fundamental social, ganha relevo na medida em que, segundo consenso doutrinário praticamente formado, prevalece sobre qualquer outro direito ou valor colidente.

A doutrina, contudo, controverte-se acerca do conteúdo do direito ao mínimo existencial. Essa controvérsia reside não só sobre quais direitos¹ efetivamente compõem o conteúdo do mínimo existencial, mas sobretudo se esse rol de direitos pode ser identificado aprioristicamente ou não. O presente trabalho busca responder a essa pequena, mas complexa indagação.

Para tanto, é necessário, primeiro, tecer algumas linhas sobre a jusfundamentalidade dos direitos sociais, enfrentando os argumentos contrários e demonstrando a força dos argumentos favoráveis aos direitos fundamentais sociais. Salutar, ainda, abordar algumas questões relativas ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, haja vista a íntima relação existente entre esse tema e o direito ao mínimo existencial.

Nessa quadra, abordar-se-á as perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, bem como as teorias interna e externa e as teorias absoluta e relativa, sempre apontando, quando possível, aquela mais adequada ao caráter principiológico das normas veiculadoras de direitos fundamentais e à sua proteção.

¹ Conforme se verificará ao longo do trabalho, o conteúdo do mínimo existencial é composto, na verdade, pelo *núcleo essencial* de certos direitos fundamentais sociais, e não de algum direito fundamental social, considerando-se sua dimensão maximalista.

Por oportuno, a teoria dos princípios também será objeto de breve exposição, especialmente naquilo que pertence à diferenciação entre regras e princípios.

Isto posto, explana-se a estreita relação entre o mínimo existencial e o núcleo de alguns dos direitos fundamentais sociais, sem deixar de lado a distinção entre direitos *prima facie* e direitos definitivos.

Na sequência, demonstra-se a tese doutrinária segundo a qual o direito ao mínimo existencial consiste num e no único direito subjetivo definitivo *a priori*. Lidera essa corrente, no mundo, o jusfilósofo Robert Alexy, ao passo que, no Brasil, é bastante popular a formulação abstrata de Ana Paula de Barcellos para o conteúdo do mínimo existencial.

No capítulo V, busca-se negar a supracitada tese, ou, em outros termos, afirmar a impossibilidade de se identificar abstratamente o conteúdo do mínimo existencial, sem considerar as condições fáticas existentes. Para alcançar isso, evidenciar-se-ão não só as contradições internas no pensamento dos defensores da existência de um direito subjetivo definitivo *a priori*, mas também os argumentos favoráveis à inexistência desse direito, mormente aqueles decorrentes da própria teoria dos princípios.

Conveniente à temática, ademais, é traçar algumas breves notas sobre a técnica de identificação do conteúdo do mínimo existencial, qual seja, a ponderação. Por derradeiro, busca-se trazer à baila alguns aspectos que diferenciem, de fato, a espécie *mínimo existencial* do gênero *direitos fundamentais sociais*.

Para se responder à indagação inicial, utilizar-se-á, como marco teórico, a teoria dos princípios e a teoria dos direitos fundamentais elaboradas por Robert Alexy. O método adotado é o dedutivo, o qual, segundo entendimento clássico, é aquele que, a partir de teorias consideradas verdadeiras, prediz a ocorrência de casos particulares com base na lógica, explicando o conteúdo das premissas por intermédio de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, de análise do geral para o particular. Dito de outro modo, o método adotado se propõe a extrair uma ideia de outras anteriores, a partir da aceitação destas por meio de sua comprovação e correlação com a síntese.

2 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desnecessário fazer digressões acerca da amplitude e da severidade da pobreza mundial. No cenário brasileiro, em que pesem os avanços ocorridos após a promulgação da Constituição de 1988², os níveis de miserabilidade ainda são assustadores. Dados recentes denotam uma relativa estabilidade no nível de desigualdade de renda no Brasil, ao invés da almejada redução substancial³.

De logo, urge salientar que o argumento de que o Estado não deve interferir no domínio privado sob pena de ofender as liberdades individuais sucumbe ante o mínimo de sensibilidade social que dê conta da relevante noção de redistribuição em um país como o Brasil, cujo índice de concentração de renda é um dos maiores do mundo⁴. No âmbito interno, em que o total de riqueza produzida coloca o país em posição invejada⁵, torna-se mister resolver o problema da concentração de renda⁶.

Consoante as lições de Pogge, a desigualdade entre os homens é inflamada por eles mesmos, quer por meio da negligência de seu dever positivo – *ajudar as pessoas em dificuldade aguda* –, quer mediante o descumprimento de seu dever

² A promulgação da atual Constituição brasileira em 1988 reafirmou o processo de redemocratização iniciado em 1985. Concomitantemente à positivação de diversos direitos sociais, foi implementado um sistema de garantias desses direitos, o que é reconhecidamente considerado como fundamental para os avanços sociais ocorridos desde então, inclusive em razão da força normativa da Constituição.

³ Em estudo liderado pelo doutor Marcelo Medeiros, comparando pela primeira vez dados tributários (DIRFP) com dados de pesquisas domiciliares (PNAD), pesquisadores chegaram à conclusão de que a desigualdade no Brasil é muito alta e, surpreendentemente, estável. Números de 2006 a 2012 demonstram que o 1% mais rico da população adulta concentra mais de um quarto de toda a renda do país e que os 5% mais ricos detêm quase metade da renda. Um milésimo das pessoas acumula mais renda que toda a metade mais pobre da população junta. Segundo os estudiosos, tais níveis de concentração se mantêm praticamente os mesmos no período analisado, cf. MEDEIROS, Marcelo; SOUZA, P. H. G. F.; CASTRO, F. A. *A estabilidade da desigualdade de renda no Brasil, 2006 a 2012: estimativa com dados do imposto de renda e pesquisas domiciliares*. Ciência e Saúde Coletiva, v. 20, n. 4. Rio de Janeiro, pp. 971-986, abril 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2493877>>. Acesso em: 15 maio 2015.

⁴ Conforme dados e estimativas do Banco Mundial, disponíveis no site <<http://data.worldbank.org/indicador/SI.POV.GINI>>. Em relação ao ano de 2013, por exemplo, o Brasil apresentou índice de desigualdade de distribuição de renda (coeficiente Gini) igual a 52,9, número que o coloca atrás de diversos países vizinhos, como Uruguai, Argentina, Peru, Equador, Bolívia, Paraguai e tantos outros.

⁵ Segundo dados obtidos pelo Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, em 2014 o Brasil ocupou o 7º lugar na lista das maiores economias do mundo, haja vista o Produto Interno Bruto de 2,39 trilhões de dólares. Informações obtidas no site: <<http://www.funag.gov.br/ipri/index.php/equipe/47-informacoes/94-as-15-maiores-economias-do-mundo-em-pib-e-pib-ppp>>.

⁶ DUARTE, Leonardo de Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 193.

negativo – *não sustentar a injustiça, não contribuir para ou lucrar com o empobrecimento dos outros*⁷. Em consonância com essa noção de que os seres humanos possuem um *dever moral* para com seus pares, Gosepath adverte que o indivíduo só deve arcar, sozinho, com as consequências de suas livres decisões caso esteja acima de um padrão mínimo social de prestações de ajuda incondicionalmente ordenadas. Nessa toada, o auxílio a tais subjugados é uma demanda dirigida a todos, haja vista que nem sempre as pessoas estão em condições de prestarem a si mesmas ajuda em medida suficiente, além de ser injusto que somente os indivíduos mais próximos àqueles que estão em situação de necessidade arquem com o ônus social de assistência⁸. Não é outro, aliás, o preceito constante do art. 29, item I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹.

Esse múnus advém, também, da ideia de *ética da alteridade* apresentada por José Ricardo Cunha, qual seja, o *dever de cuidado* para com o outro. Isso demanda de todos senso de responsabilidade e tolerância, de forma a garantir, além da autorrealização do indivíduo, convivência humana¹⁰. Outrossim, ademais desse *dever moral*, a mera experiência cotidiana demonstra ser correta a assertiva de Thomas Nagel segundo a qual é praticamente impossível para quem está em estado de pobreza extrema mudar, autonomamente, sua própria situação por vias lícitas¹¹.

Adicione-se que as tentativas de reparação social se revelam ineficazes quando perpetradas por pessoas individual ou grupalmente consideradas. Isso porque, muito embora a ação unilateral de caridade seja sempre bem-vinda, o

⁷ POGGE, Thomas W. *Para erradicar a pobreza sistêmica: em defesa de um dividendo dos recursos globais*. Tradução: Pedro Soares. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, vol. 4, n. 6, 2007, p. 145. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452007000100008>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

⁸ GOSEPATH, Stepath. Uma pretensão de direito humano à proteção fundamental. Tradução: Cláudia Toledo e Bráulio Borges Barreiros. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. São Paulo: Elsevier, 2013, p. 74.

⁹ “Todo o homem tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”.

¹⁰ CUNHA, José Ricardo. Os direitos sociais vistos de uma perspectiva humanística... In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. São Paulo: Elsevier, 2013, pp. 110-114.

¹¹ Ampliando Nagel, o filósofo Thomas Pogge, em estudo sistematizado sobre a desigualdade radical, aduz, dentre outros pontos, que a desigualdade é impermeável, vez que “é difícil ou impossível para as pessoas em situação de miséria melhorar substancialmente sua sorte”, mas pode ser evitada, já que “os que estão em estado melhor podem melhorar as condições dos que estão em estado pior sem ficarem em situação ruim”, cf. POGGE, Thomas W. *Op. cit.*, pp. 145-146.

sistema global ou comunitário está estruturado de forma a gerar novos padrões de empobrecimento, o que torna a desigualdade radical moralmente reprovável¹².

Com efeito, considerando-se todo o predito, resta evidenciada a necessidade de efetivação dos direitos sociais, sendo sua implementação institucional o meio mais eficiente não só de gerar autorrespeito e autoestima, mas também de inserir o sujeito oprimido em um contexto de *empoderamento*¹³. Alcançar tal escopo exige, por óbvio, a emancipação da igualdade formal para uma igualdade material de direitos, sendo imprescindível, para tanto, a existência de um conjunto de direitos sociais previsto no ordenamento jurídico e assegurado por um sistema de garantias¹⁴, sob a inafastável pena de não se lograr êxito nesse árduo desafio de empoderar os indivíduos.

Gosepath sintetiza judiciosamente tais considerações ao asseverar que os direitos sociais “têm como objetivo e limite a eliminação dos prejuízos desiguais, em relação aos quais o indivíduo não é responsável, e a produção de um estado de chances iguais, para realização de reconhecidas funções e capacidades”¹⁵.

Ante o exposto, é razoável presumir que, se os direitos sociais fossem assegurados, as pessoas teriam acesso a uma renda adequada, poderiam exercer suas capacidades e seriam socialmente incluídas. Há, portanto, uma escorreita relação entre a pobreza e a não efetivação de direitos sociais¹⁶.

Atento a essa necessidade de se efetivarem os direitos sociais, o constituinte brasileiro originário, ao positivá-los sobretudo no Título II da Carta de 1988, elevou-

¹² CUNHA, José Ricardo. *Op. cit.*, p. 103.

¹³ O termo refere-se a ações destinadas a promover a integração dos excluídos, carentes e demandatários de bens elementares à sobrevivência, de modo a transformar as estruturas sociais através da redistribuição de poder e do incremento de oportunidades (*empoderamento comunitário*) e também ao processo de mobilizações e práticas que objetivam promover e impulsionar a autonomia dos indivíduos, os quais renunciam ao estado de impotência, transformando-se em sujeitos ativos, autônomos e autodeterminados (*empoderamento individual*). Nesse sentido, v. KLEBA, Maria Elisabeth; WENDAUSEN, Agueda. *Empoderamento: processo de fortalecimento dos sujeitos nos espaços de participação social e democratização política*. Saúde e Sociedade. São Paulo, v. 18, n. 4, 2009, p. 738. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-12902009000400016>>. Acesso em: 27 dez. 2014; e também ROSSO, Adriane; MOISES, Romanin. *Empoderamento individual, empoderamento comunitário e conscientização: um ensaio teórico*. UERJ: Psicologia e Saber Social. Rio de Janeiro, vol. 3, n. 1, 2014, p. 90. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/psi-sabersocial/article/view/12203/9505>>. Acesso em: 27 dez. 2014.

¹⁴ CUNHA, José Ricardo. *Op. cit.*, pp. 114-115.

¹⁵ GOSEPATH, Stepath. *Op. cit.*, p. 79.

¹⁶ CUNHA, José Ricardo. *Op. cit.*, p. 105. Referido autor avança em suas considerações, ao ponto de afirmar, após interessante digressão filosófica e jurídica, que a não efetivação desses direitos, consubstanciada na pobreza, fere de morte o próprio Estado de Direito.

os ao patamar de direitos fundamentais. Desse modo, consoante ensina Sarlet, os direitos fundamentais sociais, em razão do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, possuem aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes constituídos¹⁷.

Referida posituação jurídico-constitucional resguarda, de certa forma, os direitos fundamentais sociais de agentes nocivos à sua estabilidade e progressividade. Com isso, avançou-se na resolução da questão relativa à proteção de tais direitos, a qual, segundo Norberto Bobbio, se trata de um problema central¹⁸.

Além desse aspecto formal, correspondente à inserção desses direitos no texto constitucional, importa salientar, com Robert Alexy, que as pretensões relativas aos direitos fundamentais sociais são *fundamentais* porque “a permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo não tem valor sem uma liberdade fática (real), isto é, possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas”¹⁹.

Destarte, a liberdade é real somente para quem possui as condições para exercê-la, bem como os bens materiais e intelectuais inerentes à autodeterminação²⁰. Por oportuno, destaque-se que, na sociedade hodierna, a liberdade fática de um sem-número de titulares de direitos fundamentais depende da atuação positiva do Estado, sob pena de uma desvinculação muito ampla em relação à liberdade jurídica garantida²¹.

Ainda em consonância com as lições do prestigiado jusfilósofo de Kiel, o imperativo de os direitos fundamentais garantirem a liberdade fática advém da

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. ISBN 978-85-7348-789-3. E-book, 2ª parte, tópico 3.4.1.

Algumas obras que compõem a bibliografia da presente monografia, como a supracitada, foram consultadas em formato digital (“*epub*”). Como é cediço, os livros eletrônicos, popularmente conhecidos como *e-books*, não possuem páginas fixas, vez que o texto se adapta ao tamanho da tela do dispositivo e ao tamanho da fonte. A maioria dos *e-books* não faz referência à página correspondente à edição impressa do livro e muitos deles também não contam com a possibilidade de se verificar a localização digital de determinado trecho. A ABNT ainda não editou norma que discipline as citações e referências nesses casos. Sendo assim, os livros digitais utilizados serão referenciados pela regra comum, à exceção do número de página. Entretanto, acrescentar-se-á a indicação de ser um *e-book*, a respectiva identificação numérica (ISBN) e o tópico no qual se insere o trecho citado. Dessa forma, o leitor, uma vez tendo acesso ao *e-book*, poderá facilmente localizar a referência através da ferramenta de pesquisa, digitando algumas palavras-chave.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 503.

²⁰ STEIN, Lorenz v., 1959 apud ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, p. 504.

²¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, p. 504.

importância dessa liberdade para o indivíduo. Para este, a eliminação de sua situação de necessidade é mais importante que as liberdades jurídicas, que a ele pouco servem em razão de sua hipossuficiência. Além do mais, se o desiderato dos direitos fundamentais for o livre desenvolvimento da personalidade humana, é mister que eles garantam os *pressupostos* do exercício das liberdades jurídicas, ou seja, a liberdade fática²².

Diante desse quadro de positivação e valoração constitucional, os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, possuem exigibilidade, ou seja, “os direitos a prestações materiais são exigíveis em Juízo, na condição de direitos subjetivos individuais”²³.

Na medida em que o mínimo existencial é um direito fundamental social, ele também pode ser sindicado pela via judicial. O professor Ricardo Lobo Torres aduz que a doutrina contemporânea, ao conferir exigibilidade ao mínimo existencial, teria retirado de todos os outros direitos sociais a jusfundamentalidade²⁴. Nessa quadra, a efetivação de direitos sociais que ultrapassem o conteúdo do mínimo existencial estaria relegada à política pública²⁵, sob pena de uma eventual intervenção judicial ferir a independência e harmonização dos poderes, acarretar sérias consequências macroeconômicas e gerar problemas na igualdade da repartição dos recursos e benefícios dos direitos fundamentais sociais²⁶.

Em que pesem o costumeiro acerto do referido doutrinador e o fato de esse entendimento ser defendido por outros juristas²⁷, não se pode dar razão a tais ilações, conforme se argumentará a seguir.

²² ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, pp. 503-506.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2012, 2ª parte, tópico 3.2.

²⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 53-54 e 273-274. Referido tributarista defende ser preciso distinguir *mínimo existencial* – o qual toma como sinônimo de direitos fundamentais sociais – de *direitos sociais*, a fim de se verificar os limites da obrigação de prever e implementar as prestações públicas, cf. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 73-76.

²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, 2010, p. 74.

²⁶ DUARTE, Leonardo de Farias. *Op. cit.*, p. 150.

²⁷ Ricardo Lobo Torres não se encontra isolado em seu posicionamento. Rawls concebeu o mínimo existencial como um direito constitucionalmente assegurado, sendo que seu *plus* seria de competência legislativa (políticas de justiça amplas), cf. SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011, pp. 185-186. Igualmente, Emerson Garcia afirma que “não se sustenta que todo e qualquer direito previsto na

Inicialmente, cumpre reafirmar que, em âmbito nacional, a fundamentalidade dos direitos sociais advém do próprio comando constitucional insculpido no § 1º do art. 5º²⁸. Nesse contexto, Sarlet advoga que todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles no Título II da Carta Política ou dispersos pelo texto constitucional, ou se encontrem, ainda, em tratados internacionais firmados e incorporados pelo Brasil. Referido autor aduz que

a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras, *também as normas de direitos sociais (inclusive de cunho prestacional) devem, em princípio, ser consideradas como dotadas de plena eficácia e, portanto, direta aplicabilidade*, o que não significa (e nem o poderia) que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais²⁹ (grifos não originais).

Nessa linha de raciocínio, percebe-se que o ilustre jurista brasileiro defende que todos os direitos fundamentais sociais, e não só o mínimo existencial, são dotados de “exigibilidade perfeita”³⁰.

Sandoval Alves da Silva, por sua vez, acrescenta que não há uma distinção radical entre o mínimo existencial e os demais direitos fundamentais sociais, pois aquele é uma categoria destes, os quais, portanto, também são considerados direitos fundamentais³¹. Semelhantemente, Leonardo de Farias Duarte alerta para o

Constituição possa resultar na coerção estatal para o seu fornecimento”, havendo como contraponto “o mínimo existencial, que, face o [sic] seu conteúdo mínimo, apresenta níveis aceitáveis de exequibilidade”, cf. GARCIA, Emerson. *O direito à educação e suas perspectivas de efetividade*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5847>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

²⁸ Preceitua referido dispositivo que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 18-19.

³⁰ TOLEDO, Cláudia. Direitos fundamentais sociais: entre a ponderação e subsunção. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. São Paulo: Elsevier, 2013, p. 82.

³¹ SILVA, Sandoval Alves da. *Op. cit.*, pp. 184-185.

cuidado a ser tomado no sentido de que, ao se reconhecer a exigibilidade do mínimo existencial, não se negue aos direitos sociais a sua fundamentalidade³².

A jusfundamentalidade dos direitos sociais advém, outrossim, de sua proximidade com os direitos de defesa³³. Hodiernamente, sabe-se que os direitos sociais podem ser conquistados até mesmo sem a intervenção estatal, como, por exemplo, quando os movimentos sociais fazem suas conquistas diretamente em face do capital ou de setores privados da sociedade³⁴.

Vale lembrar, ainda, que “todos os direitos têm custos”³⁵. Na verdade, tal como os direitos fundamentais sociais, os direitos fundamentais civis e políticos também demandam *muitos* recursos orçamentários³⁶. Nessa senda, é acertada a posição de Stephen Holmes e Cass Sunstein quando afirmam que a oposição entre direitos negativos e positivos é frívola, na medida em que existem diversos direitos que não se enquadram no simplismo dessa regra³⁷.

Assim, considerando-se a indiferença entre direitos sociais e direitos de defesa no que tange aos custos, bem como o tratamento jurídico-constitucional outorgado aos direitos sociais pela Constituição de 1988, pode-se afirmar que não só o mínimo existencial, mas também todos os demais direitos sociais, são direitos fundamentais.

Da análise acurada das obras de Alexy e Sarlet se extrai, portanto, que os direitos sociais, quando previstos implícita ou explicitamente na Constituição, são direitos fundamentais, independentemente da posição jurídica que se confira ao mínimo existencial.

³² DUARTE, Leonardo de Farias. *Op. cit.*, pp. 166-167.

³³ DUARTE, Leonardo de Farias. *Op. cit.*, pp. 180-184.

³⁴ Essa possibilidade de a efetivação de direitos a prestações poder ser levada a efeito pelos movimentos sociais independentemente da ação estatal é lembrada por José Ricardo Cunha (*in*: CUNHA, José Ricardo. *Op. cit.*, p. 122) e por Leonardo de Farias Duarte (*in*: DUARTE, Leonardo de Farias. *Op. cit.*, p. 184). Exemplifique-se a atuação dos sindicatos em busca de direitos sociais no âmbito trabalhista por meio das negociações coletivas, nas quais geralmente não há ingerência estatal e, às vezes, a atuação ocorre até mesmo de forma contrária aos interesses do Estado.

³⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano (org). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 157.

³⁶ CUNHA, José Ricardo. *Op. cit.*, pp. 123-124.

³⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass, 1999 apud CUNHA, José Ricardo. *Op. cit.*, p. 123.

3 NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conquanto não seja este um trabalho a respeito da distinção entre princípios e regras, importa anotar brevemente algumas linhas sobre o tema. A razão consiste no fato de que, de acordo com o conceito de princípio adotado, variará a delimitação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, a forma de se definir o âmbito de proteção de cada direito fundamental e a relação entre os direitos e suas restrições³⁸.

Até os primeiros escritos jusfilosóficos de Dworkin, predominaram dois critérios para diferenciar princípios de regras: *grau de generalidade e importância para o sistema jurídico*. Pelo primeiro, princípios e regras se distinguem segundo a generalidade das proposições de dever-ser, não havendo diferença estrutural ou lógica. Já o segundo considerava os princípios apenas como normas que dão unidade ao sistema jurídico (mandamento nuclear, alicerce) e das quais é possível inferir outras mais concretas e específicas³⁹.

Essas teorias foram superadas⁴⁰, prevalecendo, hoje, aquela que distingue regras e princípios em função da *estrutura dos comandos normativos*.

Para Dworkin, a diferença entre princípios e regras é uma distinção lógica, diferindo-se no caráter da diretiva que fornecem, apesar de ambos indicarem decisões acerca do que é juridicamente devido em certas ocasiões. Assim, as regras se realizam na modalidade tudo-ou-nada, ou seja, se os fatos que uma regra estipula ocorrem, então a consequência jurídica prevista por ela também deve ocorrer, a menos que ela seja inválida e não aplicável ao caso. Já os princípios possuem uma *dimensão de peso* ou de importância, cujo conflito se resolve na consideração do peso de cada um deles⁴¹.

³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 43.

³⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 183-184.

⁴⁰ Uma síntese das críticas direcionadas às teorias referenciadas, demonstrando suas fragilidades, pode ser encontrada em: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, pp. 185-187.

⁴¹ *Ibid.*, p. 187.

Semelhantemente, Alexy afirma de forma categórica que “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁴². Já as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Os princípios são *mandados de otimização*, ao passo que as regras contêm *razões definitivas*⁴³.

A doutrina acompanha referido entendimento, sendo quase uníssona no sentido da impossibilidade de se entender o Direito como um sistema composto puramente por regras⁴⁴. Afirma-se, portanto, que todos os direitos fundamentais são constituídos mediante princípios⁴⁵.

Em razão da crescente dificuldade que marca os conflitos desenhados no seio social, envolvendo diversos direitos colidentes, exurgem casos difíceis, “cuja solução depende de um juízo de ponderação”⁴⁶. Alexy ensina que quem empreende ponderação no âmbito jurídico “pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação são dotadas da estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios acaba chegando ao processo de ponderação”⁴⁷.

Logo, diante dos complexos problemas que envolvem o confronto de diversos direitos fundamentais, o intérprete é impelido a ponderar, a fim de encontrar o equilíbrio. Isso implica compreender que os direitos fundamentais são declarados em princípios.

Isto posto, releva salientar que, segundo a doutrina, a definição de um núcleo essencial para os direitos fundamentais pode ser abordada a partir de uma perspectiva objetiva ou subjetiva⁴⁸.

⁴² ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, p. 90.

⁴³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, p. 189.

⁴⁴ BARBOSA, Charles Silva. *A participação política como pressuposto de efetivação do mínimo existencial no Estado democrático brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). 2015. 210 f. Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2015, p. 68. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17447>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

⁴⁵ TOLEDO, Cláudia. *Reunião de orientação*, Juiz de Fora, 28 jan. 2016.

⁴⁶ BARBOSA, Charles Silva. *Op. cit.*, p. 70. Essa questão é abordada no subtópico 5.1.

⁴⁷ ALEXY, Robert, 1998 apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-13425-6. E-book, cap. 1, apêndice II.

⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 185. Prefere-se a utilização do termo “perspectiva” a fim de se evitar qualquer confusão com o termo “dimensão”, já habitualmente colocado na discussão em torno

3.1 Perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

As perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais não são uma espécie de reverso uma da outra. Antes, dizer que os direitos fundamentais possuem uma faceta objetiva significa que é outorgada função autônoma às normas que preveem direitos subjetivos. Essa autonomia transcende a perspectiva subjetiva e desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos, conferindo funções distintas aos direitos fundamentais⁴⁹.

Apesar das controvérsias em relação ao conteúdo, significado, implicações e terminologia, já existe um consenso acerca da existência de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais⁵⁰. Por essa perspectiva, os direitos fundamentais constituem valores constitucionais de natureza jurídico-objetiva, que vinculam e direcionam a atuação dos poderes constituídos, além de influenciarem todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional⁵¹.

Consoante as lições de Ingo Wolfgang Sarlet, essa perspectiva aponta para uma eficácia irradiante dos direitos fundamentais, no sentido de que eles fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional. Isso aponta, segundo Sarlet, para a “necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais”⁵².

Alexy, fazendo referência às lições de Friedrich Klein, afirma que o núcleo essencial de um direito fundamental pode ser protegido a partir de uma perspectiva objetiva quando se proíbe “que a validade de uma disposição de direito fundamental seja de tal forma reduzida que se torne insignificante para todos os indivíduos ou para a maior parte deles ou ainda para a vida social”⁵³. Nesse sentido, proteger o

das gerações dos direitos fundamentais. Essa terminologia é adotada por Ingo W. Sarlet, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2012, 1ª parte, cap. 5.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2012, 1ª parte, tópico 5.1.2.

⁵⁰ *Ibid.*, 1ª parte, tópico 5.1.2.

⁵¹ MÉLO FILHO, Marconi Araní. *Direitos fundamentais e exigibilidade das prestações sociais: a eficácia jurídica das normas constitucionais de direitos sociais a prestações e o papel do Judiciário*. Dissertação (Mestrado em Direito). 2006. 194 f. Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito, Recife, 2006, p. 36. Disponível em: <<https://http://repositorio.ufpe.br:8080/xmlui/handle/123456789/4565>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2012, 1ª parte, tópico 5.1.2.

⁵³ KLEIN, Friedrich, 1957 apud ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, pp. 296-297.

núcleo essencial implica proibir restrições que tornem determinado direito sem significado para a coletividade⁵⁴.

Virgílio Afonso da Silva, sem deixar de reconhecer a importância da perspectiva objetiva, salienta que ela, em casos individuais ou em situações a partir das quais a restrição não coloca em risco o direito fundamental em seu sentido “para o todo social”, pode não oferecer proteção alguma para o sujeito individualmente considerado, na medida em que pode implicar total eliminação em situações concretas. É que, embora uma restrição ou mesmo a eliminação da proteção de um direito em um caso concreto possa não afetar sua faceta objetiva, pode perfeitamente significar uma violação ao núcleo essencial daquele direito em dado caso concreto⁵⁵. Nesse ponto, assume relevância significativa a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais.

Referir-se aos direitos fundamentais como direitos subjetivos significa dizer que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de exigir, em juízo, seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário⁵⁶. Robert Alexy salienta que, no caso, trata-se de uma relação de três variáveis, pois, “quando o titular, *perante o destinatário*, tem um direito a uma determinada atuação, é o destinatário, perante o titular, obrigado a fazer essa atuação”⁵⁷. De imediato, percebe-se que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito.

Salutar à noção de direito subjetivo é o reconhecimento de sua exigibilidade pela via judicial. Fazer referência a direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos, significa reconhecer a “possibilidade que tem o seu titular (...) de fazer valer *judicialmente* os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão”⁵⁸ (grifos não originais).

⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 185.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 186.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2012, 1ª parte, tópico 5.1.3.

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Direito, razão discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pp. 202-203.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2012, 1ª parte, tópico 5.1.3.

Robert Alexy, por meio da denominada *tese da subjetivação*, discorre que há uma presunção em favor da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais. Disso decorre a ilação de que quem afirmar que uma norma de direito fundamental tem um caráter meramente objetivo deve suportar a carga argumentativa⁵⁹. A presunção da perspectiva subjetiva é sustentada por dois argumentos.

Pelo argumento do *individualismo dos direitos fundamentais*, pode-se afirmar que a finalidade e o fundamento dos direitos fundamentais é a proteção do particular, e não a garantia de ordem objetiva ou bens coletivos. Isso não significa que não existam bens jurídico-fundamentais coletivos, mas, tão somente, que estes não podem ter uma finalidade de proteção autônoma⁶⁰. Nesse sentido, a perspectiva objetiva consiste numa espécie de reforço da proteção jurídica dos direitos subjetivos⁶¹.

O segundo argumento, concernente à *otimização dos direitos fundamentais*, relaciona-se ao caráter principiológico dos direitos fundamentais, os quais devem ser realizados na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Isto posto, argumenta Alexy que a subjetivação significa uma medida maior de realização do que a previsão de obrigações de cunho meramente objetivo. A caracterização das normas declaradoras de direitos fundamentais como princípios exclui uma redução destes a meros interesses de direitos fundamentais ou reflexos de direitos fundamentais⁶².

Por fim, é certo que “tanto normas que concedem direitos subjetivos quanto normas que obrigam o estado só objetivamente podem ter caráter de princípio”⁶³. Logo, não há um paralelismo necessário entre as regras e a perspectiva subjetiva e, de outro vértice, entre princípios e perspectiva objetiva. Pode-se, portanto, falar em regras e princípios consagradores de direitos subjetivos fundamentais, bem como de regras e princípios meramente objetivos⁶⁴.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2010, p. 210.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 211.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2012, 1ª parte, tópico 5.1.3.

⁶² ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2010, p. 211.

⁶³ *Ibid.*, p. 205.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2012, 1ª parte, tópico 5.1.3.

3.2 Teoria interna e teoria externa

São notórias duas teorias acerca das restrições dos direitos fundamentais, quais sejam, a teoria interna e a teoria externa.

De logo, adiante-se que a compreensão de que os direitos fundamentais são declarados em princípios implica adotar a *teoria externa* relativamente aos seus limites ou restrições. Cabe, contudo, explanar sinteticamente a distinção entre ambas as teorias.

Em suma, segundo a *teoria interna*, não existe o direito e sua restrição, mas apenas o direito com dado conteúdo, de modo que os limites seriam imanentes⁶⁵. Dessa forma, “a fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, *sobretudo não por colisões com outros direitos*”⁶⁶.

Com efeito, se a definição do conteúdo de cada direito não depende de fatores externos, ou seja, é realizada de antemão, chega-se à conclusão de que “*direitos definitivos a partir do enfoque da teoria interna têm sempre a estrutura de regras*”⁶⁷.

De outra parte, partindo do pressuposto de que inexistem direitos absolutos, a *teoria externa* afirma que o *direito definitivo* não é algo definido internamente e *a priori*. Por conseguinte, somente no caso concreto, após a ponderação, é que será possível definir o que *definitivamente* vale, de acordo com as condições fáticas e jurídicas externas⁶⁸.

Assim, em consonância com a teoria externa, o conceito de restrição de um direito implica a existência do *direito em si* (*Recht an sich*) e do *direito restringido* (*eingeschränkte Recht*)⁶⁹.

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, pp. 277-278.

⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 128.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 129.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 140.

⁶⁹ BARBOSA, Charles Silva. *Op. cit.*, pp. 91-92.

O embate entre as duas teorias supracitadas pode ser traduzido na caracterização das normas de direitos fundamentais como *regras* ou *princípios*. Noutras palavras,

saber se correta é a teoria externa ou a teoria interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser⁷⁰.

Como é cediço, um direito fundamental pode chocar-se com outros direitos individuais ou até mesmo com valores consagrados na Constituição⁷¹, evidenciando em certos casos a necessidade de reduzir o âmbito normativo do direito fundamental. Essa possibilidade de se adequar aos interesses externos em conflito evidencia a natureza principiológica das normas de direito fundamental. Diante disso, é a *teoria externa* que parece melhor se coadunar com a efetiva possibilidade de restrição dos direitos fundamentais.

No cenário luso-brasileiro, coadunam com esse entendimento J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes e Ingo Wolfgang Sarlet⁷². Nas palavras de Ana Carolina Lopes Olsen:

Se os direitos fundamentais sociais, em grande parte dos casos, criam posições jurídicas *prima facie*, de modo que estão sujeitos à ponderação de bens, princípios e valores, a fim de identificação de direitos definitivos, é porque seu âmbito normativo mostra-se maleável e sujeito a restrições (...). Assim, os conceitos trazidos pela teoria externa, se adaptados a uma teoria de princípios, fornecem o instrumental mais seguro para uma dogmática preocupada com o controle da atividade dos poderes constituídos em relação aos direitos fundamentais⁷³.

Uma vez estabelecido que os direitos fundamentais podem ser restringidos, sabe-se, segundo Alexy, que restringíveis são as posições *prima facie* garantidas

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, p. 278.

⁷¹ Paulo Gustavo Gonet Branco, relativamente ao confronto entre um direito individual e um bem jurídico da comunidade, traz à baila o exemplo que ocorre quando o valor saúde pública enseja medidas restritivas na liberdade de ir e vir (confinamentos), cf. MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 211.

⁷² OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 126-127

⁷³ *Ibid.*, pp. 126-127.

por princípios de direitos fundamentais. Tais restrições, entretanto, somente são admitidas se compatíveis com a Constituição⁷⁴.

No que concerne aos direitos fundamentais sociais, a restrição ocorrerá quando uma ação ou omissão estatal enfraquecer as obrigações previstas na respectiva norma. Tal restrição será legítima, conforme já dito, se “for adequada aos parâmetros de controle material de constitucionalidade, como os valores constitucionais, a proporcionalidade, o núcleo essencial, dentre outros”⁷⁵.

Desse modo, percebe-se que da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais decorre não só que os direitos fundamentais podem ser restringidos, mas também que essa restrição possui limites, haja vista os princípios colidentes.

Esses “limites dos limites”, que balizam a ação do legislador quando restringe direitos fundamentais, referem-se, segundo Gilmar Ferreira Mendes, “tanto à *necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental* quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas” (grifos não originais)⁷⁶.

Com isso, estabelece-se que os direitos fundamentais possuem um *núcleo essencial*, compreendido este no sentido de ser “limite das restrições, sobretudo legislativas, aos direitos fundamentais. Nesse sentido, consubstancia um conteúdo mínimo ou núcleo indevassável dos direitos com relação à atividade restritiva do legislador”⁷⁷.

A proteção do núcleo essencial foi consagrada em alguns ordenamentos, como, por exemplo, na Lei Fundamental alemã⁷⁸ e nas Constituições portuguesa⁷⁹ e

⁷⁴ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, p. 281.

⁷⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. cit.*, p. 148.

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, 2012, cap. 1, tópico 1.3.2.1.

⁷⁷ DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Tese (Doutorado em Direito). 2011. 436 f. Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2015, p. 68. Disponível em: <<https://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8703>. Acesso em: 06 jan. 2016.

⁷⁸ Art. 19.2 – “Em nenhum caso, o conteúdo essencial de um direito fundamental deve ser afetado” (traduzido por Cláudia Toledo).

⁷⁹ Art. 18.3 – “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

espanhola⁸⁰. A Constituição brasileira de 1988, por sua vez, não contemplou qualquer disciplina sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. Entretanto, “afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte”, de modo que a não admissão de um limite ao poder legiferante tornaria inócua qualquer proteção aos direitos fundamentais⁸¹.

Alexy sistematiza as teorias acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais segundo dois aspectos. O primeiro relaciona a garantia do núcleo essencial a uma situação subjetiva ou a uma situação objetiva de regulação constitucional, sendo certo que essa perspectiva já foi explicitada no subtópico 3.1. Já o segundo diz respeito ao tratamento do núcleo essencial conforme a teoria absoluta e a teoria relativa⁸². Esse aspecto é o cerne do item subsequente.

3.3 Teoria absoluta e teoria relativa

Conforme anunciado, tomando como pressuposto uma perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, a doutrina se divide em duas correntes acerca de seu núcleo essencial, denominadas de teoria absoluta e teoria relativa⁸³.

Solidificou-se na doutrina que os direitos não são absolutos, podendo perfeitamente ser restringidos. A questão que se coloca aqui, nesse contexto, é saber se esse núcleo essencial e indevassável é constante ou se é mutável. Na primeira hipótese se está diante da teoria absoluta; na segunda, da teoria relativa⁸⁴.

A despeito das diversas versões da teoria absoluta⁸⁵, pode-se afirmar que, para os defensores da existência de um núcleo essencial absoluto, esse núcleo

⁸⁰ Art. 53.1 – “Os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II do presente Título vinculam todos os poderes públicos. Somente por lei, que em todos os casos deve respeitar seu conteúdo essencial, poderão ser regulados esses direitos e liberdades” (tradução livre).

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, 2012, cap. 1, tópico 1.3.2.3.

⁸² ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, pp. 296-301.

⁸³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. cit.*, p. 150.

⁸⁴ DANTAS, Miguel Calmon. *Op. cit.*, p. 407.

⁸⁵ Claudia Drews distingue a teoria absoluta em *dinâmica* e *estática*. Para a primeira corrente, embora o núcleo essencial absoluto não sofra relativizações de acordo com urgências e contingências, ele pode ser modificado com a passagem do tempo, já que seria mutável. Já para os defensores da

seria uma última área intocável, onde não haveria lugar para a ponderação⁸⁶. Assim, seus limites externos formariam uma barreira intransponível, independentemente das situações e dos interesses em concreto⁸⁷.

De outro vértice, segundo a teoria relativa, o núcleo essencial é “aquilo que resta após o sopesamento”⁸⁸. O ponto central dessa tese reside na rejeição de um núcleo essencial com contornos fixos e definíveis aprioristicamente, porquanto seu conteúdo varia conforme as condições fáticas e os direitos e interesses colidentes⁸⁹.

A tese de um núcleo essencial relativo guarda íntima relação com a máxima da proporcionalidade. Nesse particular, Alexy afirma que “a garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade”⁹⁰. Isso significa dizer que restrições a direitos fundamentais que respeitem a máxima da proporcionalidade não afetam a garantia do núcleo essencial dos direitos restringidos.

No embate entre as duas teorias em epígrafe, Alexy afirma que a teoria absoluta está *em certa medida* correta quando afirma que “há posições em relação às quais não há razões mais importantes que justifiquem sua restrição”. Todavia, isso só pode ser juridicamente sustentado, continua o jusfilósofo de Kiel, se permanecer como uma questão relativa à colisão entre os princípios envolvidos, ou seja, apoiando-se na teoria relativa⁹¹.

Considerando a melhor adequação de um sistema de regras e princípios para a compreensão dos direitos fundamentais sociais e também a adoção da teoria externa das restrições como meio de proteger tais direitos de intervenções exógenas, Ana Carolina Lopes Olsen também advoga que a teoria relativa do núcleo essencial é mais adequada do que a teoria absoluta. Segundo a jurista,

a referida teoria permite identificar um núcleo de maior significação no direito fundamental, de modo a exigir uma carga de argumentação racional profundamente convincente a fim de justificar sua mitigação

segunda corrente, o núcleo essencial dos direitos fundamentais seria absoluto não só em sentido espacial, mas também em sentido material-temporal, ou seja, além de intangível, seria imutável. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, pp. 188-190.

⁸⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, p. 298.

⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 187.

⁸⁸ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, p. 297.

⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 196.

⁹⁰ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, p. 298.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 300-301.

em virtude do peso de outros princípios, bens jurídicos ou valores em conflito. (...) A teoria relativa permite um conceito maleável de núcleo essencial (...). Apesar desta maleabilidade, ela não deixa o direito fundamental desprotegido, pois os critérios da proporcionalidade deverão sempre ser satisfeitos quando o Estado pretende restringir o âmbito normativo de um direito fundamental⁹².

A bem da verdade, não se formou uma doutrina dominante em torno do tema em epígrafe. Entretanto, Klaus Stern assinala que se tem unanimidade em relação à ideia de que a proteção do núcleo essencial refere-se ao elemento essencial dos direitos fundamentais, não sendo tal garantia supérflua⁹³.

Nesse contexto, é possível sustentar que os limites impostos pelos direitos fundamentais à liberdade de conformação legiferante ganham relevo em se tratando de condições existenciais mínimas. Segundo Canotilho, o recorte de um *núcleo essencial* de direitos perfila-se como o último reduto de garantia contra as leis e as medidas agressivamente restritivas desses direitos⁹⁴.

Considerando, ainda, que um atentado contra a dignidade é um atentado contra a própria humanidade do indivíduo e que há uma íntima vinculação entre o *núcleo essencial* dos direitos fundamentais sociais e o princípio da dignidade humana, tal *conteúdo mínimo* não pode ser afetado⁹⁵. Aliás, as pretensões essenciais – compreendidas como aquelas cuja não obtenção gera um importante dano – daqueles que necessitam de ajuda são consideradas como “o mais evidente, indiscutível e fundamental”⁹⁶.

Demais, é incumbência estatal a proteção positiva da vida humana, que é, aliás, a razão de ser do Estado e o pressuposto para exercício de qualquer direito. Não observadas essas restrições ao poder de legislar, pode-se sustentar, com Sarlet, que o indivíduo estaria exposto, *mutatis mutandis*, à morte por inanição. Para

⁹² OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. cit.*, pp. 155-156.

⁹³ STERN, Klaus, 2001 apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, 2012, cap. 1, tópico 1.3.2.3.

⁹⁴ CANOTILHO, J. J. G. O direito constitucional como ciência de direção... In: CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, M. O. G.; CORREIRA, E. P. B (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 26-28. Afirma referido constitucionalista que os direitos transportam determinadas dimensões que são *essenciais* relativamente a eles mesmos.

⁹⁵ O primeiro estudioso a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o jurista alemão Otto Bachof, que defendia que a dignidade humana reclama, além da liberdade, de um mínimo de segurança social, vez que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade ficaria sacrificada, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2012, 2ª parte, tópico 3.4.4.3.2.

⁹⁶ GOSEPATH, Stepath. *Op. cit.*, pp. 73-76.

além desse aspecto vital, é certo, também, que a liberdade pessoal e a autonomia constituem exigência indeclinável da própria dignidade⁹⁷.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2012, 2ª parte, tópico 3.4.4.3.4.

4 MÍNIMO EXISTENCIAL

Tem sido profundamente difundida na doutrina a ideia segundo a qual todo indivíduo deve ter suas necessidades básicas satisfeitas para que lhe seja reconhecida uma sobrevivência digna⁹⁸.

Embora a vinculação do *mínimo existencial* ao princípio da dignidade humana não padeça de críticas⁹⁹, parece acertada a nota de Ana Paula de Barcellos quando concebe o mínimo existencial como sendo formado pelas condições materiais básicas para a existência, correspondente a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana, ao qual se deve reconhecer o *status* de direito subjetivo e, portanto, exigível diante do Poder Judiciário¹⁰⁰.

O direito ao mínimo existencial funciona, nessa quadra, como uma cláusula de barreira contra qualquer ação ou omissão estatal induzida pelo Estado que impeça a adequada concretização ou efetivação do núcleo essencial dos direitos fundamentais que o compõem¹⁰¹.

De fato, não há como negar, mesmo dentre os entusiastas da reserva do possível ou da inaplicabilidade plena dos direitos fundamentais sociais, que deve ser salvaguardada a realização das prestações sociais inerentes ao mínimo existencial. Segundo Canotilho, isso é algo “razoável e possível”¹⁰². Não há falar nem que as situações de crise econômica são suficientes para conter a realização dos direitos

⁹⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. cit.*, p. 311.

⁹⁹ Canotilho adverte que, apesar de o princípio da dignidade humana ainda ser o fundamento inquestionável das prestações sociais a cargo estatal, há nele, atualmente, um esvaziamento solidarístico em razão de sua vinculação ao mínimo existencial, o que culminou na compreensão de que a dignidade humana só passaria a ser afetada se o regime jurídico-legislativo não garantisse os “mínimos” da dignidade. Isso conduz, segundo Canotilho, ao seguinte resultado: “não há direitos sociais autonomamente recortados, mas refrações sociais da dignidade da pessoa humana aferidas pelos *standards* mínimos da existência”, cf. CANOTILHO, J. J. G. *Op. cit.*, pp. 14-15. No mesmo sentido, v. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2ª parte, tópico 3.4.4.3.4.

¹⁰⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 292 e 302.

¹⁰¹ CALIENDO, Paulo, 2008 apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2012, 2ª parte, tópico 3.4.4..3.2.

¹⁰² CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 481.

fundamentais sociais mínimos, pois, consoante Alexy, é nessas situações que se faz necessária a “proteção jusfundamental das posições sociais”¹⁰³.

Pode-se, destarte, perfilhar à corrente, expressada pelo professor Ricardo Lobo Torres, no sentido de que a proteção positiva do mínimo existencial não encontra óbice na reserva do possível. Desse modo, é lícito ao Judiciário determinar ao Poder Público a entrega de tais prestações positivas¹⁰⁴. Esse reconhecimento de um direito subjetivo do particular a determinada prestação é possível porque, partindo-se do pressuposto de que os recursos públicos devem ser distribuídos para o atendimento de todos os direitos fundamentais básicos, o indeferimento dessas prestações de cunho emergencial poderia acarretar o comprometimento irreversível, ou mesmo o sacrifício, de outros bens sociais. Por isso, a outra conclusão não pôde Sarlet chegar senão a de que

a afirmativa corrente de que a preponderância dos direitos fundamentais, notadamente naquilo que está em causa o mínimo existencial, segue sendo o mote a pautar as opções por parte dos atores estatais (não apenas, mas também o poder judicial) é de ser aplaudida como a posição mais adequada¹⁰⁵.

São muitas as controvérsias em torno do mínimo existencial, havendo dissonâncias quanto à terminologia, ao conceito, ao conteúdo, à natureza e a outras nuances. Considerando o escopo e os limites da presente monografia, esboçar-se-ão, nos tópicos seguintes, algumas notas sobre esse direito, mormente no que concerne à delimitação de seu conteúdo.

¹⁰³ Contra as objeções de que direitos fundamentais sociais definitivos tornariam impossível a necessária flexibilidade durante uma crise econômica, que, por conta desse óbice, poderia transformar-se em uma crise constitucional, Alexy observa, “em primeiro lugar, que nem tudo aquilo que em um determinado momento é considerado como direitos sociais é exigível pelos direitos fundamentais sociais mínimos; em segundo lugar, que, de acordo com o modelo aqui proposto, os necessários sopesamentos podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos; e, em terceiro lugar, que é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível”, cf. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, p. 513.

¹⁰⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, 2010, p. 74.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2012, 2ª parte, tópico 3.4.4.3.4.

4.1 Relação entre mínimo existencial e núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais

Conforme já foi salientado, alguns doutrinadores interpretam o mínimo existencial como parâmetro de fundamentalidade dos direitos sociais, de modo que os direitos sociais que excedam seu conteúdo não seriam fundamentais. Todavia, consoante se percebeu, da teoria dos princípios advém a noção de que todo direito fundamental social, na condição de direito subjetivo, é exigível.

Logo, o mínimo existencial não se constitui em parâmetro adequado para definir a exigibilidade de um direito fundamental social¹⁰⁶. Ademais, no âmbito da Constituição de 1988, a fundamentalidade dos direitos sociais exsurge, no aspecto formal, do próprio texto constitucional e, no aspecto material, do conjunto de princípios e valores contidos em tal Carta¹⁰⁷.

Conquanto o mínimo existencial não seja parâmetro de fundamentalidade dos direitos sociais, conforme ressaltado no capítulo II, ele se sobressai no que toca à efetividade dos direitos fundamentais sociais. É que, comumente, a doutrina refere-se ao mínimo existencial como sendo o *núcleo essencial* de alguns dos direitos fundamentais sociais¹⁰⁸.

De início, impende advertir que nem sempre o conteúdo do núcleo essencial de um direito fundamental social será equivalente ao conteúdo do mínimo existencial. Todavia, como o núcleo essencial de um direito fundamental é considerado intangível, porquanto oriundo da ponderação de princípios e identificado através de uma densa carga argumentativa, muitos doutrinadores têm apresentado o conteúdo do mínimo existencial como sendo o núcleo essencial de certos direitos fundamentais sociais¹⁰⁹.

Ana Paula de Barcellos também observa essa identidade entre o núcleo essencial de alguns direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial, ao ressaltar que esse último corresponde a um

¹⁰⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. cit.*, p. 322.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 319.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 319.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 320-321.

subconjunto dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais menor – minimizando o problema dos custos – e mais preciso – procurando superar a imprecisão dos princípios. E mais importante, que seja efetivamente exigível do Estado”¹¹⁰.

Diz-se, ainda, que uma norma de direito fundamental social pode ser restringida até o limite de suficiência da prestação demandada, garantindo-se a realização mínima pretendida. Exatamente neste ponto que a noção de mínimo existencial ganha relevância¹¹¹.

Nesse contexto, salienta Charles Barbosa que o mínimo existencial não guarda relação de gênero-espécie com qualquer dimensão dos direitos fundamentais. Antes, o mínimo existencial “constitui uma consolidação de categorias parciais destes mesmos direitos, que se extraem a partir da definição daquilo que o ser humano necessita para ingressar no terreno da dignidade”¹¹².

Estabelecida a relação entre o mínimo existencial e o núcleo essencial dos demais direitos fundamentais sociais, cumpre tecer alguns comentários acerca do mínimo existencial enquanto direito subjetivo definitivo *a priori*. Previamente, contudo, importa diferenciar direitos *prima facie* de direitos definitivos.

4.2 Distinção entre direitos *prima facie* e direitos definitivos

De acordo com as lições de Alexy, as normas consagradoras de *direitos fundamentais sociais* podem ser enquadradas segundo três critérios: (1) normas que garantam direitos *subjetivos* ou normas que apenas obriguem o Estado de forma *objetiva*; (2) normas *vinculantes* (aquelas cuja violação é passível de análise judicial) ou *não vinculantes* (enunciados programáticos); e (3) normas que fundamentem direitos e deveres *definitivos* (regras) ou *prima facie* (princípios). As normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações garantem a proteção mais intensa, ao passo que as normas não vinculantes que instituem

¹¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de, 2002 apud OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. cit.*, p. 320.

¹¹¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. cit.*, p. 326.

¹¹² BARBOSA, Charles Silva. *Op. cit.*, p. 62.

apenas um dever estatal objetivo *prima facie* garantem uma proteção mais fraca. Combinando-se tais critérios, podem-se obter oito normas de estrutura bastante diversa, que são “candidatas” a atribuição de direitos fundamentais sociais¹¹³.

Após análise dos argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, Alexy chega à conclusão de que os direitos fundamentais sociais são direitos subjetivos/vinculantes, variando-se no que concerne ao seu caráter *prima facie* ou definitivo. Esse modelo de direitos fundamentais sociais, portanto, é baseado na ponderação, cujo cerne consiste na ideia de que “aquilo que é devido *prima facie* seja mais amplo que aquilo que é devido definitivamente”¹¹⁴.

Ao exposto acrescenta-se que, se um direito é garantido por uma norma que tenha estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, salvo se houver alguma exceção que torne a regra inaplicável no caso concreto. Lado outro, se a norma tem estrutura principiológica, o direito por ela previsto é *prima facie*, cuja realização se dá parcialmente. Nesse caso, conforme já anotado, há uma diferença entre aquilo que é garantido *prima facie* e aquilo que é garantido definitivamente¹¹⁵.

4.3 Mínimo existencial como direito subjetivo definitivo *a priori*

Antes de prosseguir, mister fazer, muito sinteticamente, uma distinção acerca de duas polêmicas sobre o mínimo existencial.

A primeira polêmica refere-se ao conteúdo do mínimo existencial. Segundo a corrente denominada por Daniel Wunder Hachem de *conteúdo determinável no caso concreto*, o mínimo existencial não possui conteúdo apriorístico, de modo que seus contornos só podem ser delimitados concretamente, de acordo com as circunstâncias fáticas e as necessidades da pessoa sob exame. A corrente alcunhada de *rol constitucional preferencial*, por sua vez, aduz que, embora varie

¹¹³ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, pp. 500-501.

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 511-514.

¹¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 45. O modo pelo qual aquilo que é garantido *prima facie* passa a ser garantido definitivamente é abordado no tópico 5.1 deste trabalho.

conforme os momentos históricos e os diferentes Estados, o conteúdo do mínimo pode ser definido a partir de um elenco constitucional preferencial, aprioristicamente definido¹¹⁶.

A segunda polêmica concerne à estrutura normativa do direito ao mínimo existencial. Para alguns autores, o mínimo existencial é um direito subjetivo definitivo, ou seja, possui natureza de regra, aplicando-se consoante a lógica do tudo-ou-nada. Para outros, o mínimo existencial tem o caráter de princípio e, enquanto direito subjetivo *prima facie*, sua realização ocorre na máxima medida possível, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes¹¹⁷.

As duas polêmicas trazidas à baila, embora tangenciem-se em muitos pontos, não são coincidentes.

À luz do que já foi exposto, a concepção de um direito fundamental como princípio implica, necessariamente, a sua ponderação no caso concreto. Logo, quem afirma que o mínimo existencial só pode ter seu conteúdo definido *a posteriori* deve afirmar, também, que ele tem natureza principiológica, e vice-versa. Nessa quadra, a corrente do *conteúdo determinável no caso concreto* e aquela segundo a qual o mínimo existencial é um *direito subjetivo prima facie* são equivalentes¹¹⁸.

Por outro lado, da afirmação de que o mínimo existencial pode ser definido a partir de um *rol constitucional preferencial* não decorre, necessariamente, que ele tenha natureza de *regra jurídica*. Se se entender que esse *rol constitucional preferencial* é apenas um parâmetro, então o mínimo existencial pode perfeitamente ter natureza de princípio. Contudo, caso se entenda que tal *rol constitucional preferencial* acaba por determinar em definitivo o conteúdo do mínimo existencial, então ele teria natureza de regra, porquanto uma vez estabelecido que determinada prestação compõe o mínimo existencial, dela não se pode abrir mão.

Dentro de sua teoria sobre os direitos fundamentais, Robert Alexy concebeu o mínimo existencial como um direito subjetivo definitivo, isto é, uma regra¹¹⁹. Para

¹¹⁶ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 215.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 222.

¹¹⁸ TOLEDO, Cláudia. *Reunião de orientação*, Juiz de Fora, 14 jan. 2016.

¹¹⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. cit.*, p. 314.

tanto, desenvolve o raciocínio subsequente, argumentando que os direitos a prestações devem ser concebidos como *definitivamente* garantidos se

(1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levaram em consideração. *Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistências médica*¹²⁰ (grifos não originais).

Dessa forma, o *direito ao mínimo existencial* é um direito fundamental social *definitivo*, inclusive em tempos de graves crises econômicas¹²¹. De igual modo, Ingo Sarlet, compreendendo, com acerto, que os direitos fundamentais sociais têm certos limites de efetividade, mormente a reserva do possível, procede à análise, tal como efetuado por Alexy, do direito a uma existência digna, ao qual confere *status* de direito subjetivo definitivo, de modo a concluir que,

em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, *na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo prima facie, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada*¹²² (grifos não originais).

Ao argumentarem que, diante do mínimo existencial, a alegação de outros bens jurídicos, sobretudo a reserva do possível, não pode ser acatada, Alexy e Sarlet acabam por deduzir, dessa linha argumentativa, que o *direito ao mínimo existencial* se reveste de definitividade. Em sendo um direito subjetivo definitivo, o

¹²⁰ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, p. 512.

¹²¹ Vide nota de rodapé n. 103.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2012, 2ª parte, tópico 3.4.4.3.4.

mínimo existencial impõe ao Estado a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental¹²³. De outro lado, os direitos a prestações para além do mínimo existencial podem ser relativizados, sem que com isso se esteja colocando em dúvida a sua fundamentalidade formal e material¹²⁴.

Ricardo Lobo Torres também doutrina que o mínimo existencial tem natureza de regra, porquanto seria sujeito à subsunção, e não à ponderação¹²⁵. Ana Paula de Barcellos, que também caracteriza o direito ao mínimo existencial como um direito subjetivo definitivo¹²⁶, é ainda mais clara ao afirmar que

(...) uma fração do princípio da dignidade humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do “tudo ou nada”, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância: também a ponderação tem limites (grifos não originais)¹²⁷.

Além de afirmar que o mínimo existencial tem, *sempre*, natureza de regra, Alexy aduz que tal direito pode ter seu conteúdo definido abstratamente, isto é, *a priori*¹²⁸. Nesse sentido, Cláudia Toledo, em análise acurada da obra alexyana,

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2012, 2ª parte, tópico 3.4.4.3.4.

¹²⁴ Por curial à espécie, registre a síntese de Sarlet: “ao advogarmos o entendimento de que na esfera da garantia do mínimo existencial (que não poderá ser reduzido ao nível de um mero mínimo vital, ou, em outras palavras, a uma estrita garantia da sobrevivência física) há que reconhecer a exigibilidade (inclusive judicial!) da prestação em face do Estado, não estamos – enfatize-se este ponto – afastando a possibilidade de direitos subjetivos a prestações que ultrapassem esses parâmetros mínimos, mas apenas afirmando que neste plano (de direitos subjetivos para além do mínimo existencial) o impacto dos diversos limites e objeções que se opõem ao reconhecimento destes direitos (especialmente o comprometimento de outros bens fundamentais) poderá, a depender das circunstâncias do caso, prevalecer”, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2012, 2ª parte, tópico 3.4.4.3.4.

¹²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, 2009, p. 84.

¹²⁶ Barcellos defende ser possível estabelecer um consenso material acerca das prioridades do homem e de sua dignidade tanto no direito interno quanto no direito alienígena, ainda que, neste último caso, o consenso seja meramente teórico, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 292.

¹²⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 296.

¹²⁸ A observação é de Marcelo Leonardo Tavares, conforme registra Cláudia Honório, *in*: HONÓRIO, Cláudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito). 2009. 306 f. Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Paraná, 2009, p. 123. Disponível em: <<https://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17942/claudia1.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

também observa que, como *direito subjetivo definitivo a priori*, o jusfilósofo alemão apresenta apenas o *direito ao mínimo existencial*¹²⁹.

Robert Alexy, então, defende que o mínimo existencial seria composto de moradia modesta, educação fundamental e média, educação profissionalizante e um padrão mínimo de assistência médica¹³⁰. Vieira de Andrade, por sua vez, defende que a composição do mínimo existencial se constitui do direito ao subsídio de desemprego e do direito a um rendimento social de inserção¹³¹.

Já para Ana Paula de Barcellos¹³², com a qual concorda Daniel Wunder Hachem¹³³, o mínimo existencial compõe-se de quatro elementos, sendo três materiais (educação básica, saúde básica e assistência aos desamparados) e um instrumental (acesso à Justiça). Tais elementos comporiam, segundo Barcellos, o núcleo da dignidade humana. De modo diverso, Maria Elisa Villas-Bôas, conquanto admita a mutabilidade do direito ao mínimo existencial, afirma categoricamente que alguns elementos são inafastáveis do seu conteúdo, “como vida, saúde, identidade, alimentação regular, vestuário básico, moradia, nível basal de educação, direitos trabalhistas essenciais à não escravização, bem como o acesso à justiça apto a garantir isso”¹³⁴.

Os pensamentos suprarreferidos são suficientes para se perceber a controvérsia doutrinária sobre o conteúdo do mínimo existencial. Nada obstante, é seguindo a linha argumentativa ora anunciada que a doutrina, considerando a estreita relação entre o direito ao mínimo existencial e as condições mínimas de uma vida digna, caracteriza o mínimo existencial como um direito subjetivo definitivo *a priori*. E, em virtude de sua natureza de regra, não seria suscetível à ponderação¹³⁵.

¹²⁹ TOLEDO, Cláudia. *Op. cit.*, 2013, p. 82.

¹³⁰ TOLEDO, Cláudia. *Reunião de orientação*, Juiz de Fora, 14 jan. 2016.

¹³¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, 2006 apud DUARTE, Leonardo de Farias. *Op. cit.*, p. 168.

¹³² BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, pp. 300-301.

¹³³ HACHEM, Daniel Wunder, *Op. cit.*, p. 217.

¹³⁴ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa, 2007 apud HONÓRIO, Cláudia. *Op. cit.*, pp. 143-144.

¹³⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, 2009, p. 89.

5 MÍNIMO EXISTENCIAL: DIREITO SUBJETIVO *PRIMA FACIE*

Inicialmente, cumpre destacar a contradição do raciocínio jurídico retromencionado. Ao mesmo tempo em que referidos estudiosos aduzem que o mínimo existencial é um direito subjetivo definitivo *a priori*, eles também assentam a necessidade de ponderação para se delimitar aquilo que é devido *definitivamente* por um direito fundamental social, senão vejamos.

Alexy defende que seu modelo de direitos fundamentais sociais é baseado no sopesamento, sendo-lhe característico, portanto, que aquilo que é devido *prima facie* seja mais amplo que aquilo que é devido definitivamente¹³⁶. Logo, haverá a estrutura argumentativa de um jogo de razões e contrarrazões, inclusive no que concerne aos direitos fundamentais sociais mínimos, pois estes têm, “especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros”¹³⁷. Somando-se essas diferenças estruturais às diferenças substanciais (conteúdo minimalista e maximalista dos direitos fundamentais sociais), Alexy conclui que a efetividade dos direitos fundamentais sociais não pode ser resolvida por meio de uma questão de tudo-ou-nada¹³⁸.

Supracitado doutrinador também afirma que

a todos são conferidas posições no âmbito dos direitos a prestações, na forma de direitos fundamentais sociais, que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples. *De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. (...) O modelo não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem. Mas ele diz que ele pode ter alguns e o que é relevante para sua existência e conteúdo (grifos não originais)*¹³⁹.

No mesmo sentido, e também evidenciando uma contradição em seu pensamento, Sarlet expressamente salienta que, em razão de depender de um

¹³⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, p. 514.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 512.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 502.

¹³⁹ *Ibid.*, pp. 511-512.

conjunto de fatores, de ordem social, econômica e cultural, bem como das condições pessoais de cada indivíduo, o mínimo existencial não pode ser reduzido a um objeto fixo. E acrescenta, ainda, a necessidade de se identificar quais direitos fundamentais sociais, em sua dimensão nuclear, compõem o conteúdo do mínimo existencial¹⁴⁰.

Pode-se até concordar com Alexy no sentido de que “o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto” e que “esse é o caso dos direitos mínimos”¹⁴¹. Todavia, da afirmação de que as condições de prevalência do princípio da liberdade fática estão necessariamente satisfeitas pelo mínimo existencial não se pode inferir que tal direito seja definitivo e que seu conteúdo possa ser identificado *a priori*. Isso porque o estabelecimento do princípio prioritário em dado caso concreto depende necessariamente de um juízo de ponderação, para o qual são determinantes as condições concretas, especialmente aquelas relacionadas ao contexto social e econômico do país em questão¹⁴².

Desse modo, a prevalência do mínimo existencial, isto é, a determinação de sua definitividade, só é possível em razão da necessária ponderação a ser operada para a definição daquilo que compõe seu conteúdo. Este pode variar de acordo com as circunstâncias, sendo certo, ainda, que poucos são os direitos sociais consagrados em determinada época que são exigíveis como direitos fundamentais sociais mínimos¹⁴³.

Noutras palavras, até mesmo naquilo pertinente ao *direito ao mínimo existencial* deve a máxima da proporcionalidade incidir, até porque a própria identificação do mínimo existencial, cujo fundamento situa-se na proteção à vida e na dignidade humana, exige ponderações, de forma a reclamar uma exegese não apenas na esfera jurídica, mas também orientada pelo contexto circundante (fatores

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2012, 2ª parte, tópico 3.4.4.3.2.

¹⁴¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, pp. 514-517. Para reforçar essa ideia, Alexy afirma que para o caso da dignidade humana, que guarda estreita relação com o mínimo existencial, há “um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes”, cf. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, pp. 111-112.

¹⁴² TOLEDO, Cláudia. *Reunião de orientação*, Juiz de Fora, 14 jan. 2016.

¹⁴³ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, p. 513.

culturais, históricos, geográficos, climáticos etc.)¹⁴⁴ e, sobretudo, pelas condições socioeconômicas da realidade nacional analisada¹⁴⁵. À luz dessas considerações, depreende-se que, embora o *mínimo existencial* sempre prevaleça, seu conteúdo exige a exposição de razões e contrarrazões.

Além disso, o tratamento do mínimo existencial como um direito subjetivo definitivo *a priori* é contraditório porque os pensadores citados também adotam a teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Ora, consoante os ensinamentos de Ana Carolina Lopes Olsen,

(...) aqueles que adotam a teoria absoluta do núcleo essencial o apresentam como mínimo absoluto e intangível em quaisquer hipóteses, e aqueles que adotam a teoria relativa defendem-no como essencial e intocável para determinado caso concreto, em virtude da aplicação da técnica de ponderação e do postulado da proporcionalidade¹⁴⁶.

Logo, adotar a teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais implica reconhecer que o conteúdo do direito ao mínimo existencial é intangível somente em determinado caso concreto, após a aplicação da máxima da proporcionalidade e a determinação do direito definitivo.

Nesse sentido, razão assiste a Virgílio Afonso da Silva, o qual, após afirmar que o núcleo essencial de um direito fundamental social “está intimamente ligado, a partir da teoria relativa, a um complexo de fundamentações necessárias para a justificação de eventuais não-realizações desse direito”, conclui que o mínimo existencial “é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível”¹⁴⁷.

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2012, 2ª parte, tópico 3.4.4.3.4.

¹⁴⁵ *Ibid.*, 2ª parte, tópico 4.4.3.5.

¹⁴⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. cit.*, p. 320.

¹⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, 2011, p. 205. Virgílio Afonso da Silva é adepto da *teoria relativa* do núcleo essencial dos direitos fundamentais, defendendo que até mesmo a *dignidade*, salvo nos casos de expressa exceção constitucional por meio de normas com estrutura de regra, pode ser relativizada a depender das circunstâncias. O jurista certamente segue, nesse tocante, o pensamento de Robert Alexy, para quem, em casos como o da prisão perpétua de um agente com periculosidade permanente, a proteção da comunidade estatal tem precedência em face do princípio da dignidade humana, cf. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, p. 113.

Contraditoriamente, Sarlet ressalva que a compreensão dos direitos relacionados ao mínimo existencial como direitos subjetivos definitivos não significa que sejam direitos absolutos,

no sentido de absolutamente infensos a qualquer contextualização e mesmo restrição, inclusive em face dos impactos da reserva do possível. (...) Assim, verifica-se que o direito-garantia do mínimo existencial, ainda mais em relação a direitos sociais específicos consagrados nas constituições, assume o significado de uma cláusula aberta, sendo ela própria, aliás, pelo menos na maioria das ordens jurídicas, enquadrada no elenco de direitos fundamentais implícitos¹⁴⁸.

Em outro momento, Sarlet também assegura que algumas situações, quando devidamente demonstradas, podem exigir a alocação de recursos inclusive na seara do *mínimo existencial*. Seria o caso, exemplifica o constitucionalista, daquelas situações que não podem ser imputadas diretamente ao Estado ou, ainda que tenham ligação com ações ou omissões dos poderes públicos, geram uma situação de inviabilidade fática, resultando, conforme as circunstâncias, em impossibilidade de atendimento parcial ou até mesmo integral de prestações sociais (hipóteses de graves calamidades)¹⁴⁹.

Como se não bastassem as contradições acima elencadas, a compreensão do mínimo existencial como um direito subjetivo *prima facie* encontra certo respaldo doutrinário.

Diversos doutrinadores advertem sobre a mutabilidade do conteúdo do mínimo existencial conforme as condições espaço-temporais. Daniel Sarmiento, por exemplo, entende que a inserção ou não de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial não pode ser realizada *in abstracto*, pois não se pode ignorar a condição específica do titular do direito¹⁵⁰. No mesmo passo, Sandoval Alves da Silva compreende o mínimo existencial como um conjunto de direitos fundamentais

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2012, 2ª parte, tópico 3.4.4.3.2.

¹⁴⁹ *Ibid.*, 2ª parte, tópico 3.4.4.3.4.

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 417. Segundo argumenta o jurista, é imprescindível aferir-se, no caso concreto, quais seriam as consequências para certo indivíduo da omissão estatal em relação à prestação por ele requerida. Exemplifica que, para determinada pessoa, o fornecimento de um dado medicamento pode integrar o mínimo existencial se ela não possui recursos suficientes para obtê-lo, mas pode não integrar para outra pessoa que, padecendo da mesma doença, possua dinheiro para tanto.

selecionados segundo critérios de essencialidade, não sendo uma categoria universal, mas dependente de diversas circunstâncias¹⁵¹.

Semelhantemente, Andreas Krell salienta para o fato de que o conteúdo do mínimo existencial varia de país para país¹⁵². Embora não faça referência direta ao mínimo existencial, Gilmar Mendes observa, *sem ressalvas*, que os direitos fundamentais sociais são dotados de conformação variada ou diversa, de acordo com o estágio de desenvolvimento de uma dada sociedade, e podem (devem) sofrer adaptação ou atualização no decorrer do tempo¹⁵³. Ana Carolina Lopes Olsen, por seu turno, é bastante clara ao salientar que,

de fato, um mínimo existencial não pode ser definido abstratamente, sob pena de se comprometer a racionalidade jurídica. Através da argumentação racional vinculada às informações fornecidas por dados da realidade, é possível realizar justiça¹⁵⁴.

Charles Barbosa também salienta as sérias dificuldades de se delimitar aprioristicamente o conteúdo do mínimo existencial. Ele é categórico ao afirmar que “os elementos aptos a definir a preservação do mínimo existencial não são passíveis de exame em abstrato”¹⁵⁵. Acrescenta que é da realidade concreta, à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios, que se devem extrair tais balizas.

Para o jurista Rogério Gesta Leal, o mínimo existencial ostenta uma natureza relacional em face do tempo e do espaço, variando seu conteúdo, por exemplo, se comparadas as realidades da Suíça com países africanos. Acena o autor para as dessemelhanças, tanto qualitativas quanto quantitativas, das prestações que cada indivíduo, nessas diferentes localidades, pode precisar para viver dignamente. Ressalta, ainda, que casos fortuitos ou de força maior influenciam nessa variabilidade, como, por exemplo, a ocorrência de um desastre natural¹⁵⁶.

Essa necessidade de contextualização e, por conseguinte, ponderação, sugere que os direitos fundamentais sociais, o que inclui o direito ao mínimo

¹⁵¹ SILVA, Sandoval Alves da. *Op. cit.*, pp. 184-185.

¹⁵² KRELL, Andreas, 2002 apud MÉLO FILHO, Marconi Araní. *Op. cit.*, p. 126.

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, 2012, cap. 13, tópico 13.3.2.

¹⁵⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. cit.*, p. 322.

¹⁵⁵ BARBOSA, Charles Silva. *Op. cit.*, p. 93.

¹⁵⁶ LEAL, Rogério Gesta, 2009 apud HACHEM, Daniel Wunder, *Op. cit.*, pp. 213-214.

existencial, não são protegidos definitivamente *a priori*, sendo, antes de tudo, direitos *prima facie*. Dito de outro modo, o mínimo existencial não é um direito subjetivo *definitivo* “desde o início”. Somente após identificado no caso concreto que a prestação social exigida em juízo compõe o conteúdo do mínimo existencial é que será possível se falar em direito definitivo. Mas não sem antes haver demonstrações comprovadas e fundamentadas daquilo que se deve entender por seu conteúdo¹⁵⁷.

Ainda que um direito prestacional como parte integrante do mínimo existencial seja algo por demais evidente, como ocorre, não poucas vezes, no caso do direito à saúde, a ponderação é minimamente necessária. Acerca da imprescindibilidade da ponderação, a lição de Ana Carolina Lopes Olsen:

Para que seja possível afirmar que determinado direito corresponde a um mínimo existencial, e outro não, terá sido necessário realizar um processo de ponderação, no qual, de um lado, tem-se a prestação prevista na norma, fundada na dignidade humana, na justiça material, e na igualdade fática, e de outro, outros direitos ou bens jurídicos que apontem para seu afastamento (...). Assim, todos os direitos fundamentais sociais prestacionais podem assumir o caráter de direitos subjetivos, de modo que sua não realização somente se justifica a partir de um processo de ponderação orientado pela argumentação juracional¹⁵⁸ (grifos não originais).

Não obstante defender a ideia de que o mínimo existencial é um direito subjetivo definitivo, Ingo Wolfgang Sarlet também lembra a importância da ponderação, ao doutrinar que o modelo ponderativo de Alexy oferece a melhor solução para o problema da colisão entre direitos fundamentais. Isso porque tal modelo ressalta a indispensável contraposição dos valores em pauta, além de fazer remissão a uma solução calcada nas circunstâncias do caso concreto e, portanto, necessariamente afinada com as exigências da proporcionalidade. Para Sarlet, “estabelecer, nesta seara, uma pauta abstrata e genérica de diretrizes e critérios efetivamente não nos parece possível”¹⁵⁹, o que é um paradoxo à tese por ele advogada da definitividade *a priori* do mínimo existencial.

Ademais, aceitando-se a possibilidade de se identificar o conteúdo do mínimo existencial abstratamente, cumpre indagar quem teria legitimidade para fazê-lo, quem teria legitimidade para delimitar quais prestações um indivíduo precisa para

¹⁵⁷ TOLEDO, Cláudia. *Reunião de orientação*, Juiz de Fora, 14 jan. 2016.

¹⁵⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. cit.*, p. 325.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2012, 2ª parte, tópico 3.4.4.3.4.

viver de forma minimamente digna. Quem teria tal legitimidade, senão o juiz à luz do caso concreto, das necessidades individuais e das condições fáticas existentes? Entender que essa identificação pode efetuar-se *a priori* conduz ao voluntarismo político, onde, segundo as lições de Vicente de Paulo Barretto, “o mínimo para a vida humana fica a depender da vontade do governante”¹⁶⁰. Consoante assinala Alexy, aos indivíduos são conferidas certas posições em face dos direitos fundamentais sociais que são tão importantes que a decisão sobre sua efetividade não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar¹⁶¹.

Da conclusão de que a definitividade do direito ao mínimo existencial só ocorre *a posteriori* não se infere, ressalte-se, que nenhum parâmetro de delimitação possa ser feito. O professor Charles Barbosa, por exemplo, não ignora a possibilidade de se construírem, a partir de casos concretos, algumas regras aptas a delinear tal conteúdo, *in verbis*:

Dessa forma, *ainda que de modo incompleto*, é preciso que se considere a possibilidade de estabelecimento de conteúdo substancial para o mínimo existencial que permita *fixar as balizas* às atuações negativas e positivas do Ente Político, bem como *orientar a* garantia de acesso ao mínimo necessário (...) ¹⁶² (grifos não originais).

A construção das regras que devem integrar o conceito substancial do mínimo existencial é *tarefa diuturna dos atores jurídicos* – Magistratura, Ministério Público, Advocacia e Defensoria Pública – que, *a partir dos casos concretos* que lhes são submetidos pelas diversas esferas da sociedade democrática ou por indivíduos isoladamente considerados, devem buscar conformar a ordem jurídica¹⁶³ (grifos não originais).

De igual modo, Ingo Sarlet – e aqui exsurge, outra vez, uma contradição em seu pensamento – após concluir pela “impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e, acima de tudo, de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas”, também não exclui a “possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, *em princípio e sem excluir outras possibilidades*, servem

¹⁶⁰ BARRETTO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre direitos sociais*. Boletim de ciências econômicas, v. XLVI, 2003. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 134.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, pp. 511-512.

¹⁶² BARBOSA, Charles Silva. *Op. cit.*, p. 57.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 94.

como uma espécie de *roteiro a guiar o intérprete* e, de modo geral, os órgãos vinculados à concretização” do mínimo existencial (grifos não originais)¹⁶⁴.

Eurico Bittencourt Neto¹⁶⁵, por sua vez, extrai do art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal, alguns exemplos de parâmetro para uma vida minimamente digna, os quais devem ser avaliados caso a caso, a depender das necessidades específicas do indivíduo. Analogamente, Víctor Abramovich e Christian Courtis¹⁶⁶, bem como Federico Saggese¹⁶⁷, retiram de normas internacionais protetivas de direitos humanos tais parâmetros, como, por exemplo, aquelas estabelecidas pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas¹⁶⁸.

No âmbito da saúde, por exemplo, ganham destaque as Jornadas de Direito à Saúde promovidas pelo Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, criado em 2010 pelo CNJ. Comparecem a esses eventos anuais juristas (v.g., magistrados, advogados, professores universitários etc.), profissionais da saúde, servidores que atuam na área da saúde pública, dentre outros, com o propósito de debater os problemas inerentes à judicialização da saúde. A partir das discussões, são elaborados enunciados a serem utilizados como diretrizes para os juízes em decisões sobre fornecimento de medicamentos, mediante os quais são criados certos parâmetros sobre o que deve ou não ser concedido e sob quais condições¹⁶⁹.

É possível, portanto, estabelecer alguns indicativos mínimos oriundos da práxis jurídica e de normas nacionais (v.g., a Constituição Federal) e internacionais,

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios*. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional. Florianópolis, v. I, n. 01, dez. 2013, p. 39. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

¹⁶⁵ BITTENCOURT NETO, Eurico, 2010 apud HACHEM, Daniel Wunder, *Op. cit.*, p. 214.

¹⁶⁶ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, 2004 apud HACHEM, Daniel Wunder, *Op. cit.*, pp. 214-215.

¹⁶⁷ SAGGESE, Federico, 2009 apud HACHEM, Daniel Wunder, *Op. cit.*, pp. 214-215

¹⁶⁸ Nesse sentido, v. HACHEM, Daniel Wunder, *Op. cit.*, pp. 214-215.

¹⁶⁹ A I e a II Jornadas de Direito à Saúde ocorreram nos anos de 2014 e 2015, respectivamente. Os enunciados encontram-se disponíveis na internet, através do site: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/forum-da-saude>>. Destacamos, na sequência, dois enunciados, sendo salutar o seu caráter meramente diretivo:

Enunciado n. 5 - Deve-se evitar o processamento, pelos juizados, dos processos nos quais se requer medicamentos não registrados pela ANVISA, off label e experimentais, ou ainda internação compulsória, quando, pela complexidade do assunto, o respectivo julgamento depender de dilação probatória incompatível com o rito do juizado.

Enunciado n. 6 - A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.

os quais servem como parâmetro para a averiguação das condições materiais de existência digna no caso concreto¹⁷⁰. É o que ocorre, exemplifica Cláudia Toledo, com o direito ao ensino fundamental, o qual, por contar com um contundente amparo institucional e estrutural¹⁷¹, compõe, *no contexto brasileiro atual*, o conteúdo do mínimo existencial.

Em harmonia com todas as considerações expostas, conclui-se que não se pode afirmar que o mínimo existencial seja um direito subjetivo definitivo *a priori*. O que pode ser dito é que o mínimo existencial, em razão de sua imprescindibilidade e íntima relação com a núcleo essencial da dignidade humana, cumprirá inevitavelmente todas as condições para que se torne definitivo. Entretanto, a modificação de sua natureza de direito *prima facie* para definitivo só acontece após a ponderação. Podem ser elaborados, ainda, conforme salientado, certos parâmetros daquilo que deve compor o mínimo existencial, a fim de corroborar a atividade do magistrado, ao qual é dado modificar ou mesmo rejeitar tais parâmetros conforme forem as condições do caso *sub judice* e, principalmente, as condições socioeconômicas da realidade.

5.1 Técnica de identificação do conteúdo do mínimo existencial

Conforme assinalado no capítulo III, a distinção entre regras e princípios reside sobretudo na *estrutura dos comandos normativos*, e não somente na generalidade das proposições de dever-ser. Logo, os conflitos de regras e as colisões de princípios são solucionados de maneira diversa. As regras aplicam-se

¹⁷⁰ TOLEDO, Cláudia. *Reunião de orientação*, Juiz de Fora, 14 jan. 2016.

¹⁷¹ Em que pesem a baixa qualidade do ensino público e a distorção idade-série, são inegáveis os avanços ocorridos no sentido da universalização do ensino fundamental no Brasil, sobretudo em razão da reorganização do sistema educacional promovida a partir da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que fortaleceu a tendência à descentralização do sistema educacional e modificou a responsabilidades de diferentes esferas do poder, cf. NOGUEIRA, Francis Mary Guimarães; BORGES, Liliam Faria. *A efetivação da universalização do ensino fundamental e o processo de democratização no Brasil*. Revista HISTEDBR On-line, Campinas, n.16, dez. 2004, p. 85. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/revista/revis/revis16/art6_16.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2015.

pela *subsunção*, sendo *razões definitivas*, isto é, válida a regra, as consequências por ela previstas são aplicáveis ao caso concreto¹⁷².

Os princípios, ao garantirem direitos *prima facie*, que poderão ser restringidos, revelam a capacidade de serem ponderados. Consoante ensina Cláudia Toledo, o modo pelo qual se pode passar da dimensão de direitos *prima facie* para direitos definitivos é dado através da aplicação da máxima da proporcionalidade, que é composta por três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁷³. Segundo Alexy, o postulado da ponderação corresponde a esta última máxima parcial¹⁷⁴.

Na ponderação, o conflito se dá na *dimensão do peso* de cada princípio e a solução através do estabelecimento de certas *condições de prioridade*. Assim, um princípio cede ao outro sem que o princípio afastado seja declarado inválido ou lhe tenha sido atribuída cláusula de exceção. Verificando-se o peso dos princípios em conflito, obtém-se uma regra construída a partir da otimização dos mesmos naquela situação fática. Isso pode ser traduzido pela *Lei de Colisão*, segundo a qual as condições diante das quais um princípio precede a outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente¹⁷⁵.

A ponderação, portanto, “estabelece *preferências condicionadas* entre valores ou princípios opostos”¹⁷⁶, compatibilizando tais enunciados principiológicos em linha de colisão. A *máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito* pode ser enunciada pela Lei da Ponderação, a saber: “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deverá ser a importância da satisfação de outro”¹⁷⁷. Ao fim de cada ponderação, chega-se a uma *regra* (aplicável ao caso concreto) que permitirá a subsunção condutora da solução do caso em questão: sempre que estiver presente a condição “C”, o princípio “P1” prevalecerá sobre “P2”, onde “P” é a relação de precedência [(P1 P P2) C]¹⁷⁸.

¹⁷² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, p. 189.

¹⁷³ TOLEDO, Cláudia. *Op. cit.*, 2013, pp. 82-83.

¹⁷⁴ ALEXY, Robert, 1998 apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, 2012, cap. 1, apêndice II.

¹⁷⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, p. 187.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 191.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 192.

¹⁷⁸ Thomas da Rosa de Bustamante defende que o fato de a *Lei da Ponderação* corresponder à *máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito* não exime o intérprete, ao raciocinar com

Por derradeiro, consigne-se que a aplicação da Lei da Ponderação ao caso concreto responde à pergunta sobre se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a interferência no outro princípio. Ademais, a expressão simbólica dessa *lei* por meio da *fórmula de peso*, ilustrada acima, demonstra a universalidade do processo de ponderação, auxiliando na sua objetivação e permitindo que ele seja controlado racionalmente¹⁷⁹.

5.2 Alguns aspectos diferenciadores do mínimo existencial em relação aos demais direitos fundamentais sociais

Certo de que o mínimo existencial não se diferencia dos demais direitos fundamentais sociais segundo a ventilada tese de que ele seria o único direito cujo conteúdo poderia ser definido *a priori*, porquanto, conforme exposto, todos os direitos são, inicialmente, *prima facie* e só após passarem pelo crivo da ponderação se tornam *definitivos*, necessário se faz traçar algumas breves notas do que distingue esse direito em espécie do seu gênero.

Já se disse que os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial. O conteúdo do mínimo existencial corresponde, consoante também já assinalado, ao núcleo essencial de alguns direitos fundamentais sociais. Essa correspondência é variável no tempo e no espaço. Nesse contexto, o mínimo existencial é o conjunto de alguns direitos fundamentais sociais mínimos. Diferentemente dos demais direitos fundamentais sociais, o mínimo existencial possui um conteúdo múltiplo, composto pelo núcleo essencial dos direitos que o compõem¹⁸⁰.

Não parece possível, diante de todo o exposto, que o mínimo existencial tenha núcleo. A uma porque *todo* o seu conteúdo é formado pelo conjunto do núcleo essencial – e assim sendo intangível – daqueles direitos que o compõem, e a duas

princípios em colisão, de analisar as duas máximas parciais precedentes (adequação e necessidade), cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, pp. 193-194.

¹⁷⁹ TOLEDO, Cláudia. *Op. cit.*, 2013, p. 84.

¹⁸⁰ TOLEDO, Cláudia. *Reunião de orientação*, Juiz de Fora, 14 jan. 2016.

porque compõem o mínimo somente os direitos fundamentais sociais mais elementares em determinado lugar e época.

De outra parte, destaque-se que o mínimo existencial possui íntima e direta relação com o princípio da dignidade humana, o que não ocorre em medida tão intensa com os demais direitos fundamentais sociais. Conquanto se admitida a relativização do princípio da dignidade humana, não há como transigir em relação à preservação de um elemento nuclear intangível da dignidade, consistente na vedação de qualquer conduta que importe em coisificação e instrumentalização do ser humano, de modo que a dignidade, enquanto qualidade intrínseca desse ser, não parece ser contornável¹⁸¹. A garantia de um direito ao mínimo existencial foi construída justamente para possibilitar aos indivíduos um *standard* mínimo de dignidade. Nesse sentido, a observação Ana Carolina Lopes Olsen:

O mínimo existencial, compreendido como condições necessárias à sobrevivência do homem, e como núcleo essencial do direito fundamental no dado caso concreto, em relação direta com a dignidade da pessoa humana, erige-se, tal qual verdadeira muralha, que não poderá ser transposta, sob pena de comprometimento de todo o sistema constitucional, e da legitimidade do Estado Democrático de Direito¹⁸².

As características acima citadas, que destacam o mínimo existencial dos demais direitos fundamentais sociais, fazem com que tal direito tenha um tratamento diferenciado, especialmente quando da ponderação. Isso porque é perfeitamente “válido reconhecer um peso especial às normas de direitos fundamentais sociais sempre que através delas se buscar a realização das prestações minimamente necessárias à sobrevivência digna de cada cidadão”¹⁸³.

Mais determinante, ainda, para a consideração do princípio que estabelece o mínimo existencial como prioritário é a constatação de que seu peso abstrato é superior aos dos demais direitos fundamentais sociais. Diferentemente destes, o

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. ISBN 978-85-7348-730-5. E-book, cap. 5, tópico 5.2. Segundo Sarlet, o fato de cada ser humano ser, “em virtude de sua dignidade, merecedor de igual respeito e consideração no que diz com a sua condição de pessoa, e que tal dignidade não poderá ser violada ou sacrificada nem mesmo para preservar a dignidade de terceiros, não afasta, portanto – e convém repisar este aspecto – uma certa relativização ao nível jurídico-normativo”.

¹⁸² OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. cit.*, p. 333.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 325.

direito ao mínimo existencial guarda maior determinação e permanência no tempo, porquanto está intimamente condicionado às condições socioeconômicas da realidade, as quais possuem certa durabilidade¹⁸⁴.

Esse peso maior atribuído ao mínimo existencial também pode ser explicado estruturalmente no processo ponderativo. Alexy assenta que quanto mais um princípio é restringido, mais ele fica resistente, de forma que a força das razões contrapostas tem de crescer de modo sobreproporcional¹⁸⁵. Considerando-se que o conteúdo do mínimo existencial corresponde à fração nuclear da dignidade humana, da qual não pode o indivíduo ser privado, tal direito, enquanto princípio, possui demasiada resistência, não podendo ser contornado.

Em razão de vincular-se ao núcleo essencial da dignidade humana e dos demais direitos fundamentais sociais que o compõem, o mínimo existencial beneficia-se de um peso reforçado quando submetido à ponderação com princípios colidentes. Tal peso é evidentemente maior que aquele desfrutado pela parcela de todos os outros direitos fundamentais sociais que excede esse mínimo. “Aí residiria o ponto distintivo entre o direito ao mínimo existencial e os direitos sociais em geral: aquele ostenta uma dimensão de peso maior do que estes frente a argumentos como a reserva do possível”¹⁸⁶. Daí porque Daniel Sarmento afirmar que, no processo ponderativo,

o mínimo existencial constitui elemento importante, pois quanto mais essencial for a necessidade material em jogo, maior será o peso atribuído ao direito social no processo ponderativo. Prestações situadas fora do mínimo existencial têm, portanto, uma chance menor de êxito, já que quando elas estiverem em questão, o direito social comparecerá à ponderação com peso reduzido. Porém, persiste a possibilidade teórica de adjudicação de direitos sociais mesmo naquilo que extrapolar ao mínimo existencial, a depender da constelação concreta dos interesses em disputa (grifos não originais)¹⁸⁷.

¹⁸⁴ TOLEDO, Cláudia. *Reunião de orientação*, Juiz de Fora, 28 jan. 2016. Registre-se que essa permanência no tempo não se confunde com imutabilidade, vez que não só as condições socioeconômicas de um país podem mudar, como também a situação individual de cada sujeito varia conforme o caso concreto, o que torna impossível a existência de direitos que sejam definitivos *a priori*.

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2012, p. 300.

¹⁸⁶ HACHEM, Daniel Wunder, *Op. cit.*, p. 225. Citado autor, contudo, concorda com aqueles doutrinadores que defendem o mínimo existencial como um direito subjetivo definitivo *a priori*.

¹⁸⁷ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 420.

Assim, no processo ponderativo, o mínimo existencial possui um peso maior, ou uma *proteção mais intensa*, de modo que, em razão do fato de sua efetivação constituir condição *sine qua non* para que o jurisdicionado tenha uma vida minimamente digna, prevalecerá sobre qualquer outro princípio ou valor em conflito. A compreensão da variabilidade do conteúdo do mínimo existencial facilita a ilação de que, se, em dado caso concreto, no qual foram respeitadas as regras da argumentação jurídica e aplicada a máxima da proporcionalidade, determinado direito fundamental social não foi concedido ao requerente, isso só ocorreu porque o núcleo desse direito não compõe o conteúdo do mínimo existencial, já que este último não é contornável.

6 CONCLUSÃO

Dos argumentos levantados nos capítulos precedentes podem ser extraídas algumas conclusões. A primeira delas é o estreito liame entre a não efetivação dos direitos sociais e a desigualdade radical. Para diminuir o descompasso entre a liberdade jurídica e a fática, percebeu-se a necessidade de se efetivar os direitos sociais por meio de ações institucionais.

Nesse contexto, restou patente, diante dos argumentos expostos em tópico próprio, que os direitos sociais são direitos fundamentais tal como os denominados direitos de defesa. Em âmbito nacional, consoante se demonstrou, a jusfundamentalidade desses direitos advém do próprio comando constitucional insculpido no art. 5º, § 1º, bem como do sistema de garantias no qual estão inseridos e de sua correspondência com os valores preconizados pela Carta de 1988.

Dentre as perspectivas a partir das quais os direitos fundamentais podem ser considerados, verificou-se que a perspectiva subjetiva, em razão da *tese da subjetivação*, goza de presunção em relação à perspectiva objetiva, além de sempre proteger o sujeito individualmente considerado, o que por vezes não ocorre em se tratando da perspectiva objetiva. Sendo os direitos fundamentais direitos subjetivos, possuem, todos, exigibilidade perfeita.

Verificou-se, também, que é a teoria externa que melhor se coaduna com a efetiva possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, haja vista a natureza principiológica das normas de direito fundamental. Tal entendimento encontra bastante adesão no cenário luso-brasileiro. Considerando a adoção da teoria externa e a melhor harmonização de um sistema de regras e princípios para a compreensão dos direitos fundamentais sociais, forçoso concluir, consoante argumentado, que a teoria relativa é a mais adequada, porquanto permite um conceito maleável de núcleo essencial e, ao mesmo tempo, não deixa o direito fundamental desprotegido, na medida em que a máxima da proporcionalidade deverá sempre incidir para delimitar os limites dessa restrição.

Essa existência de limites à restrição dos direitos fundamentais refere-se à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental. Esse

núcleo possui estreito liame com o direito ao mínimo existencial. Isso ocorre porque o conteúdo desse último é, de fato, formado pelo conjunto do núcleo essencial de certos direitos fundamentais sociais.

Conforme amplamente assinalado, pela teoria dos princípios, sabe-se que aquilo que é devido *prima facie* é mais amplo que aquilo que é devido definitivamente. Afirmou-se, também, que a ponderação é o modo pelo qual se pode passar da dimensão de direitos *prima facie* para direitos definitivos. Logo, a prevalência do mínimo existencial, isto é, a determinação de sua definitividade, só é possível em razão da necessária ponderação a ser operada para a definição do que compõe seu conteúdo. São determinantes, para esse fim, as condições concretas, mormente as relacionadas ao contexto socioeconômico da realidade nacional.

Com isso, inferiu-se que o direito ao mínimo existencial, como todos os outros direitos fundamentais, é um direito subjetivo *prima facie*. Não prevalece, destarte, a ideia segundo a qual o direito ao mínimo existencial seria um direito subjetivo definitivo *a priori*. A necessidade de contextualização daquilo que compõe o conteúdo do mínimo existencial demonstra, à toda evidência, ser impossível, sob o ponto de vista técnico-jurídico, identificar aprioristicamente qualquer direito que, em sua dimensão nuclear, seja parte integrante do direito ao mínimo existencial.

Nessa perspectiva é que se buscou desincumbir do ônus de demonstrar o equívoco da ventilada tese de que o conteúdo do mínimo existencial pode ser identificado abstratamente. Demonstrou-se, ainda, as contradições dessa corrente, que, muito embora assente-se em um modelo baseado na ponderação, advoga que o direito ao mínimo existencial seria *sempre* consagrado por uma regra.

No entanto, também foi possível fazer a ilação de que, a despeito da inafastável contextualização, é possível estabelecer certos parâmetros acerca do que se inclui no conteúdo do mínimo existencial, já que ele guarda maior determinação e permanência no tempo do que os demais direitos sociais. Tais parâmetros, como o próprio nome sugere, servem tão somente para orientar a atividade do magistrado na concretude desse direito.

Diante do exposto, pode-se categoricamente afirmar que o mínimo existencial é um *direito subjetivo prima facie*, o qual tem aptidão a se tornar *definitivo*, desde que submetido à ponderação com os direitos e interesses colidentes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direito, razão discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

APPIO, Eduardo. *A judicialização da política em Dworkin*. Revista Sequência. Florianópolis, n. 47, p. 81-97, dez. 2003. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15279/13883>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

BARBOSA, Charles Silva. *A participação política como pressuposto de efetivação do mínimo existencial no Estado democrático brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). 2015. 210 f. Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2015, p. 68. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17447>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre direitos sociais*. Boletim de ciências econômicas, v. XLVI, 2003. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 134.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 481.

CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, M. O. G.; CORREIRA, E. P. B (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Tese (Doutorado em Direito). 2011. 436 f. Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2015, p. 68. Disponível em: <<https://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8703>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

DUARTE, Leonardo de Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GARCIA, Emerson. *O direito à educação e suas perspectivas de efetividade*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5847>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

GRINOVER, A. P.; LUCON, P. H. S.; KAZUO Watanabe. *PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015fev23/plcontrolejurisdicionalpoliticapublicaconstitucional>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240.

HONÓRIO, Cláudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito). 2009. 306 f. Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Paraná, 2009, p. 123. Disponível em: <<https://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17942/claudia1.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

KLEBA, Maria Elisabeth; WENDAUSEN, Agueda. *Empoderamento: processo de fortalecimento dos sujeitos nos espaços de participação social e democratização política*. Saúde e Sociedade. São Paulo, v. 18, n. 4, pp. 733-743, 2009. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-12902009000400016>>. Acesso em: 27 dez. 2014.

MEDEIROS, Marcelo; SOUZA, P. H. G. F.; CASTRO, F. A. *A estabilidade da desigualdade de renda no Brasil, 2006 a 2012: estimativa com dados do imposto de renda e pesquisas domiciliares*. Ciência e Saúde Coletiva, v. 20, n. 4. Rio de Janeiro, abril 2015, pp. 971-986, 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2493877>>. Acesso em: 15 maio 2015.

MÉLO FILHO, Marconi Araní. *Direitos fundamentais e exigibilidade das prestações sociais: a eficácia jurídica das normas constitucionais de direitos sociais a prestações e o papel do Judiciário*. Dissertação (Mestrado em Direito). 2006. 194 f. Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito, Recife, 2006, p. 36. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br:8080/xmlui/handle/123456789/4565>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-13425-6. E-book.

NOGUEIRA, Francis Mary Guimarães; BORGES, Liliam Faria. *A efetivação da universalização do ensino fundamental e o processo de democratização no Brasil*. Revista HISTEDBR On-line, Campinas, n.16, p. 84-96, dez. 2004. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/revista/revis/revis16/art6_16.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2015.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

POGGE, Thomas W. *Para erradicar a pobreza sistêmica: em defesa de um dividendo dos recursos globais*. Tradução: Pedro Soares. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, vol. 4, n. 6, pp. 145-146, 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452007000100008>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

ROSSO, Adriane; MOISES, Romanin. *Empoderamento individual, empoderamento comunitário e conscientização: um ensaio teórico*. UERJ: Psicologia e Saber Social. Rio de Janeiro, vol. 3, n. 1, pp. 83-95, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/psi-sabersocial/article/view/12203/9505>>. Acesso em: 27 dez. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios*. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional. Florianópolis, v. I, n. 01, p. 29-44, dez. 2013. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. E-book. ISBN 978-85-7348-730-5.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 389-427.

SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão*. Tradução de Leonardo Martins et. Al. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. São Paulo: Elsevier, 2013.

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