

## **MÍNIMO EXISTENCIAL – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã**

**Cláudia Toledo\***

### **Resumo**

*Mínimo existencial* é um dos mais atuais temas relacionados ao tratamento doutrinário e jurisprudencial dos direitos fundamentais *sociais*. No entanto, é notória a carência de cientificidade na sua abordagem, seja na construção do seu *conceito*, na delimitação de seu *conteúdo* ou na determinação das hipóteses de sua *aplicabilidade*. Mediante análise de sua doutrina e estudo comparativo da jurisprudência constitucional do Brasil e da Alemanha, pretende-se contribuir para formulação de respostas às complexas questões que a temática envolve.

**Palavras Chaves:** Existencial. Doutrinário. Sociais

### **Abstract**

Minimum existential is one of the most current issues related to the doctrinal and jurisprudential treatment of fundamental social rights. However, there is a lack of scientificity in its approach, either in the construction of its concept, in the delimitation of its content or in the determination of the hypotheses of its

---

\* Professora associada na Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Doutorado em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-doutorado em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-doutorado em Filosofia do Direito pela Christian-Albrechts Universität zu Kiel, Alemanha.

Este artigo foi publicado no livro *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*, organizado por Jorge Miranda, José Luís Bolzan de Moraes, Saulo Tarso Rodrigues e Nuria Belloso Martin, lançado pela Editora Juruá, Curitiba, em 2016.

TOLEDO, Cláudia. MÍNIMO EXISTENCIAL – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. In: MIRANDA, Jorge *et al.* (org.). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 821-834.

applicability. Through an analysis of its doctrine and a comparative study of the constitutional jurisprudence of Brazil and Germany, it is intended to contribute to the formulation of answers to the complex issues that the thematic involves.

**Key words:** Existential. Doctrinal. Social

## 1 . Conceito e Conteúdo de *Mínimo Existencial*

A primeira contribuição para a formação da noção de mínimo existencial foi dada, em 1954, pela decisão BVerwGE 1, 159 do Tribunal Administrativo Federal (Bundesverwaltungsgericht) da Alemanha. Nela se reconheceu como direito subjetivo, fundado na dignidade humana, o auxílio material do Estado para a existência do indivíduo carente.

Desde então, a definição de mínimo existencial vem se consolidando tanto na Alemanha, país de onde é originário, quanto em todos os demais Estados Democráticos de Direito, que buscam sua institucionalização cada vez mais sólida. Isso porque (i) se o Estado é *democrático*, é formado pela vontade dos membros da sociedade, que, através de representantes, normatizam seus valores e interesses tornando-os direitos – deles, os mais relevantes são os *direitos fundamentais*; (ii) se o Estado é *de Direito*, funda-se em ordem jurídica hierarquizada, na qual a Constituição ocupa o ponto ápice – as normas constitucionais de maior peso axiológico são aquelas que declaram *direitos fundamentais*; (iii) a relação entre esses direitos e o mínimo existencial é direta, conceitual: *mínimo existencial* é o conjunto dos *direitos fundamentais sociais mínimos* para a garantia de patamar elementar de *dignidade humana*.

Isto é, os elementos centrais que compõem o conceito de mínimo existencial são (i) direitos fundamentais sociais mínimos e (ii) dignidade humana.

Direitos fundamentais sociais são direitos a prestação estatal *positiva*. Essa prestação pode ser *normativa* ou *fática*. As prestações estatais fáticas podem-se dar na forma de *bens*, *serviço* ou *dinheiro*. Desse modo, direitos fundamentais sociais como saúde, educação, trabalho, moradia, trabalho, segurança social podem ser prestados segundo aquelas formas, sendo do

legislador a competência originária de sua escolha<sup>1</sup>. Dentre os direitos fundamentais sociais, poucos são os que compõem o mínimo existencial. Daí serem eles chamados de direitos fundamentais sociais *mínimos*. E, finalmente, apenas o *núcleo essencial* desses direitos forma o *conteúdo* do mínimo existencial.

Não obstante ser a delimitação do conteúdo do mínimo existencial reduzida por definição, a identificação dos direitos fundamentais sociais mínimos que o integram é controversa tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Na Alemanha, adota-se majoritariamente o conteúdo proposto por Robert Alexy: direito à educação fundamental, média e profissionalizante; direito à moradia simples; e direito a um patamar mínimo de assistência médica<sup>2</sup>.

No Brasil, a diversidade do estabelecimento do conteúdo do mínimo existencial é nitidamente maior. Há autores que nele inserem outros direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, o direito à assistência social e que propõem até direitos que não são fundamentais sociais, como o direito de acesso à justiça<sup>3</sup>, o qual é objeto de um princípio formal<sup>4</sup>. Há doutrinadores que saem do âmbito dos direitos fundamentais, definindo o mínimo existencial, por exemplo, sob prisma tributário, como “proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas”<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf. item 2, *infra*.

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp, 1994, p. 466. Obviamente, mudando as condições *socioeconômicas* do país, modifica-se também o conteúdo do mínimo existencial. Afinal, o que é mínimo em um país com índice de desenvolvimento humano (IDH) comparativamente elevado em âmbito mundial, é médio ou máximo em realidades com situação econômica mais frágil e, conseqüentemente, com maior desigualdade social. Exemplo dessa situação é o tratamento do direito à educação na Alemanha e no Brasil. O nível de educação, que compõe o mínimo existencial alemão, é o fundamental, médio e profissionalizante. No Brasil, núcleo essencial do direito à educação, que faz parte do conteúdo do mínimo existencial, é atualmente a educação infantil e o ensino fundamental.

<sup>3</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 128, 258.

<sup>4</sup> Este princípio é *formal* porque *procedimental*. Embora o procedimento seja realmente uma prestação positiva do Estado, trata-se de uma prestação *normativa*. Os direitos fundamentais *sociais* se referem apenas às prestações *fáticas*.

<sup>5</sup> TORRES, Ricardo de Lobo. *Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 80-81. A falta de rigor conceitual no debate jurídico nacional é tão ampla que Torres, em outro trecho de sua obra (que, não obstante, é um marco no direito brasileiro, tendo sido o primeiro livro a tratar exclusivamente desse tema) chega a afirmar que o mínimo existencial compreende também os “direitos fundamentais originários”, quais sejam, os “direitos liberdade”. Ora, esses são os direitos fundamentais *individuais* por excelência e, como sabido, os direitos

Basta a referência a essas propostas para que se evidencie o tratamento absolutamente discricionário de conceito que se pretende científico. O risco dessa abordagem atécnica é de se gerar o resultado exatamente oposto àquele visado pela noção de mínimo existencial. Isto é, a destinação arbitrária, quase subjetiva, de direitos ao conteúdo do mínimo (por vezes, atribuem-se tantos direitos que o mínimo parece assumir o caráter de máximo), retira-lhe a força vinculante, a sua exigibilidade imediata, que é precisamente o objetivo buscado numa ação judicial em que se pleiteia a garantia de condições materiais básicas para o indivíduo, imprescindíveis para que se alcance nível elementar de dignidade humana.

Além disso, essa indefinição quanto ao conteúdo do mínimo existencial é prejudicial tanto para o particular, quanto para a sociedade. A *insegurança jurídica* ocasionada termina por lesar e enfraquecer ambos os interesses, o individual e o coletivo.

Não bastante a fragilidade da determinação de quais são os direitos fundamentais sociais formadores do mínimo existencial, mais obscuro ainda é o conceito de seu segundo elemento definidor: a *dignidade humana*.

O tratamento absolutamente superficial e retórico desse tema, marcado pela aleatoriedade da escolha dos elementos caracterizadores de seu conceito, começa a partir da comum referência à expressão dignidade da “pessoa humana” – que é utilizada pela própria Constituição Federal brasileira de 1988 em seu artigo primeiro. *Aleatoriedade* é característica oposta à *precisão científica*. A cientificidade do conceito exige a utilização apenas de notas a ele *essenciais*, exclusivamente *necessárias*, isto é, aquelas que dadas, fazem com que o objeto se apresente como tal e, se retiradas, o objeto deixa de existir. Ora, todo ser *humano* é *pessoa*. Portanto, a expressão dignidade da “pessoa humana” é absolutamente *redundante*<sup>6</sup>. Não por outro motivo tal problema não

---

fundamentais individuais não apenas não requerem *ação positiva* do Estado para serem exercidos, mas, ao contrário, exigem sua *abstenção*. Essa situação é simplesmente o oposto da noção de mínimo existencial, que demanda exatamente *prestação estatal* para sua efetivação. *Ibidem*, p. 37

<sup>6</sup> Ingo Sarlet defende o acerto da expressão “dignidade da pessoa humana”, justificando que apenas a dignidade de *determinada pessoa* é passível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a dignidade da *pessoa em abstrato*. Ora, *toda* norma jurídica é um enunciado *geral* e *abstrato*, na medida em que não se dirige a uma *pessoa específica* em um *caso concreto*. No entanto, cada indivíduo membro de uma sociedade é uma *pessoa determinada* que, enquanto *sujeito de direito*, exerce concretamente os direitos subjetivos que lhes são

ocorre no idioma alemão (*Menschenwürde*) do qual deriva o conceito de mínimo existencial ou no idioma internacionalmente utilizado na produção científica, o inglês (*human dignity*).

Não obstante, o problema do conceito de dignidade humana segue além da questão *terminológico-formal*. Não há precisão quanto ao enquadramento jurídico da dignidade humana como *princípio*, *regra* ou *fundamento*, para se mencionar as classificações mais frequentes. Além disso, do ponto de vista *ontológico-conceitual*, na tentativa de sua definição, a variedade dos elementos a ela atribuídos é, como dito, tão explícita e exaustivamente arbitrária, que, mais uma vez, não anda muito distante da subjetividade. Isto é, pouco se avança além de um *senso comum*, que é, no máximo refinado, se for erudito.

Dentro da amplitude da abertura semântica da expressão *dignidade humana*, identifica-se em Alexy sua definição mais precisa como um “conceito-ponte”<sup>7</sup>, dotado de elementos *descritivos* e *normativos*, ou seja, a ligação entre *pessoa* e *direitos humanos*<sup>8</sup>, na medida em que apenas como titular desses direitos o indivíduo pode ser levado a sério como pessoa (e não objeto).<sup>9</sup>

---

atribuídos *abstratamente* pelo direito objetivo vigente naquele Estado. Isto é, só há a pessoa determinada, porque existe o sujeito de direito em abstrato. Só há direito *in concreto* porque existe sua disposição *in abstracto*. O conceito de abstração, portanto, não se contrapõe ao conceito de existência ou concretude no Direito, antes o supõe. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 63, 73.

<sup>7</sup> Trata-se de conceito desenvolvido por Robert Alexy, no artigo ainda inédito intitulado *Human Dignity and Proportionality Analysis*.

<sup>8</sup> Os direitos humanos, por sua vez, possuem a dimensão *moral universal* (direitos de liberdade e igualdade) e a dimensão *ética comunitária* (demais direitos humanos criados por determinada sociedade), com o que se conjuga a *pretensão de universalidade* dos direitos humanos com o respeito à *relatividade* característica das diversas culturas singulares da realidade mundial. Cf. ALEXY, Robert. Law, morality and the existence of human rights *in Ratio Juris*, v. 25, n. 1, 2012, p. 02-14;. TOLEDO, Cláudia. Pretensão de correção e razões transcendentais ao direito positivo no pensamento de Robert Alexy. In: Congresso Brasil-Alemanha de Teoria do Direito e Direito Constitucional: conceito e aplicação do Direito em Robert Alexy. Belo Horizonte, 2014. Anais, Belo Horizonte, Imprensa Universitária da UFMG, 2014, p. 219-223.

<sup>9</sup> Não tão diversa fica a estrutura do conceito do próprio Ingo Sarlet, que afirma ser a dignidade humana “qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais” que assegurem a pessoa contra qualquer ato degradante e desumano. “Cada ser humano” é uma *pessoa* e um “complexo de direitos e deveres fundamentais” relaciona-se diretamente com a noção de *direitos humanos*, da definição de Alexy.

## 2 . Jurisprudência Constitucional Alemã

Após o primeiro passo dado para a construção da noção de *mínimo existencial* (*Existenzminimum*) em 1954, como explicado acima, a próxima decisão judicial na Alemanha que trouxe elementos mais expressivos para a consolidação daquele conceito foi a BVerfGE 33, 303 prolatada pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) em 18 de julho de 1972, *leading case* denominado “decisão *numerus clausus*”. O tribunal foi acionado para fixar entendimento *erga omnes* em relação ao estabelecimento de critérios explícitos e objetivos para a restrição do ingresso de alunos ao ensino superior, uma vez que havia divergência jurisprudencial sobre a matéria entre os tribunais administrativos de Hamburgo e da Bavária. Nessa decisão, foram elencados os parâmetros constitucionalmente admitidos para aquele fim, tais como o esgotamento das vagas disponíveis em todas as instituições do país, conjugado à prioridade de relocação dos estudantes considerando-se, ao máximo, a escolha do lugar de ensino por eles feita. O ponto de maior destaque da decisão no sentido da construção conceitual do mínimo existencial foi a delimitação da noção de *reserva do possível* (*Vorbehalt des Möglichen*)<sup>10</sup> como elemento essencial àquele conceito. Chegou-se à especificação da reserva do possível a partir da *contraposição* entre o interesse *individual* do candidato de ingressar no ensino superior (se provar a qualificação necessária) e o interesse *coletivo* de custeio dos cursos universitários. Houve então a determinação de que a pretensão individual permanecesse nos limites do *razoavelmente exigível*. Isto é, foi admitida a restrição à *liberdade de escolha profissional* do indivíduo, na medida em que se entendeu como *elevado o*

---

<sup>10</sup> Sobre o conceito de *reserva do possível*, cf. KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. O argumento da *reserva do possível* envolve dois aspectos: (i) deve haver *razoabilidade* entre a satisfação do interesse *individual* pleiteado e o interesse *coletivo*, ou seja, deve ser razoável exigir da *sociedade* o *ônus* relativo ao cumprimento daquele *interesse individual*, (ii) o *empenho financeiro* necessário para a satisfação desse *ônus* deve ser compatível com o equilíbrio do *orçamento público*. Há uma distinção na utilização brasileira e alemã do argumento da reserva do possível. Enquanto no Brasil dá-se ênfase ao seu aspecto econômico, na Alemanha o questionamento central refere-se à razoabilidade do pedido. Cf. SILVA, Carlos Augusto Lima Vaz da. *A aplicação limitada da reserva do possível*. Monografia de conclusão de curso (Direito), Universidade Federal de Juiz de Fora, 2014.

provável risco ao *bem coletivo*, em caso de ingresso indiscriminado nos cursos superiores.

Dessas considerações, já se extrai não apenas o esboço da ideia de *ponderação* entre interesse individual e coletivo, mas também a estrutura de *gradação*<sup>11</sup> na relação de afetação entre ambos.

No entanto, a decisão alemã paradigmática relativa ao mínimo existencial é a BVerfGE 125, 175 de 09 de fevereiro de 2010. Essa sentença é chamada *Hartz IV*<sup>12</sup>, na qual se dispõe detalhadamente sobre o *auxílio financeiro* concedido pelo Estado ao indivíduo desempregado e também àqueles necessitados de assistência social para a garantia de seu mínimo existencial.

A partir de ação judicial em que o requerente pleiteava aumento do valor do benefício a ele devido, o Tribunal Constitucional foi chamado a se pronunciar sobre a compatibilidade da legislação infraconstitucional relativa a auxílios financeiros estatais prévios com a lei instituidora do Hartz IV, considerando-se o art. 1º, § 1 (dignidade humana) e o art. 20, § 1 (Estado Social) da Lei Fundamental alemã.

Trata-se de decisão extremamente detalhada a respeito do enquadramento legal de várias situações fáticas em que pode estar o indivíduo (empregado ou desempregado, casado ou solteiro, com filhos ou não, idoso ou jovem, dentre outros critérios) para que tenha direito ao benefício estatal.

O critério para a estipulação do valor desse benefício é a garantia das condições *materiais* ao indivíduo carente, para sua existência *física* (como alimentação, vestuário, moradia, aquecimento, higiene, saúde) e para sua participação mínima na *vida social, cultural e política* (como sua “formação ou qualificação profissional”)<sup>13</sup>.

Um dos pontos mais relevantes dessa sentença é o fato de que a determinação da *forma* como essas prestações estatais serão cumpridas está no *espaço de*

---

<sup>11</sup> Manifesta na Teoria dos Degraus (*Stufentheorie*) adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.

<sup>12</sup> Esse benefício é chamado *Hartz IV* em homenagem a Peter Hartz, presidente da comissão parlamentar de trabalho do congresso alemão, responsável por reformas na legislação trabalhista. O *Hartz IV* entrou em vigor em janeiro de 2005, estipulando-se então o auxílio financeiro mensal no valor de 345 euros (atualmente, 399 euros).

<sup>13</sup> ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*, BVerfGE 125, 175 (180).

ação<sup>14</sup> (*Spielraum*) do legislador. Isto é, a decisão quanto a ser o mínimo existencial garantido mediante *dinheiro, objetos* ou *serviços* é de competência do *poder legislativo*<sup>15</sup>.

É o legislador que faz a avaliação das proporções e relevância das necessidades dos indivíduos, mas a amplitude dessa avaliação é variada: quanto mais voltada para a garantia da existência *física* do indivíduo é a necessidade, *menor* é a margem de discricionariedade ou o espaço de ação do legislador e quanto mais relacionada com a viabilização da participação do indivíduo na *vida social* é tal necessidade, *maior* aquela discricionariedade.<sup>16</sup>

Não obstante ter o poder legislativo competência *originária* para determinação de quais são aquelas necessidades e suas proporções, o *processo* dessa determinação deve ser *transparente* e *objetivo*, estabelecido sobre reais estimativas dos custos envolvidos. Caso isso não ocorra, cabe a *revisão judicial* do ato legislativo.

Portanto, o espaço de ação do legislador é amplo, mas *limitado*, sendo passível de *revisão judicial* tanto se não houver aquela transparência e objetividade nos procedimentos de cálculo adotados, quanto se o valor final do benefício for *evidentemente* insuficiente para cobrir os custos a que se destina.

Desse modo, para que o Judiciário assumira a competência revisional (que é excepcional), o equívoco tem que restar *evidente*. Esse é denominado pela doutrina alemã de “controle de evidência” (*Evidenzkontrolle*). Isto é, a *evidência* é o *requisito* para a atuação do poder judiciário. Dentro desses parâmetros, não há, portanto, *ingerência indevida* de um poder na competência de outro, mantendo-se respeito ao princípio formal da *separação dos poderes*.<sup>17</sup>

Por fim, é expressamente declarado que o indivíduo carente não depende de prestações estatais *voluntárias* ou *espontâneas* do Estado. Tais prestações são literalmente afirmadas pelo Tribunal Constitucional alemão como *direitos subjetivos*<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Também chamado “margem de atuação”, “espaço de conformação” ou ainda “margem de discricionariedade”. Optou-se aqui pela tradução literal da expressão.

<sup>15</sup> BVerfGE 125, 175 (138).

<sup>16</sup> BVerfGE 125, 175 (138).

<sup>17</sup> BVerfGE 125, 175 (141).

<sup>18</sup> BVerfGE 125, 175 (136).

### 3 . Jurisprudência Constitucional Brasileira

No Brasil, a primeira referência à noção de *proporcionalidade* ocorreu já em 1951, em recurso extraordinário, no qual o Ministro Orozimbo Nonato entendeu que o poder estatal de cobrar tributos devia ser exercido dentro dos limites que o tornassem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio, de indústria e com o direito de propriedade do indivíduo.

Contudo, o efetivo tratamento dos temas *proporcionalidade*, *direitos fundamentais sociais*, *justiciabilidade* e, especialmente a primeira menção a *mínimo existencial*, só foram realmente desenvolvidos na medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 45 MC/DF de 29 de abril de 2004, da qual foi relator o Ministro Celso de Mello<sup>19</sup>. Nessa ação, discutia-se a constitucionalidade de veto presidencial a artigo de proposição legislativa relativa à fixação das diretrizes de elaboração da lei orçamentária anual (LDO) de 2004. O Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) sustentava que o veto presidencial teria importado desrespeito a preceito constitucional decorrente da EC 29/2000, a qual dispõe acerca dos recursos financeiros mínimos que a União deve aplicar nas ações e serviços públicos de saúde.

Não obstante, a ação perdeu o objeto, na medida em que o presidente da república, logo após o veto parcial questionado, remeteu projeto de lei ao Congresso Nacional, em que se restaurou, em sua integralidade, a norma que fora vetada. Tal projeto se transformou na Lei 10777/2003. Em virtude desse fato superveniente, houve a prejudicialidade da ADPF. A despeito disso, o relator da sentença, Ministro Celso de Mello, procedeu à análise das questões que aquela ação implicava. Discorreu com marcada e inédita propriedade a respeito. Sua exposição, embora não aprofundada sobre cada um dos aspectos envolvidos com o tema, foi destacadamente abrangente. Justamente por sua riqueza de conteúdo e clareza expositiva, ela se tornou a referência

---

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação de Descumprimento de Preceito Constitucional, 45, relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 29 abr. 2004.

para *todas* as decisões posteriores – que, aliás, limitam-se, em sua absoluta maioria, a fazer mera remissão à ADPF 45, sem maior detalhamento dos vários tópicos envolvidos tanto *teoricamente* com a matéria, quanto *empiricamente* com as condições fáticas do caso *sub judice*, as quais são essenciais para a determinação do princípio prevalecente naquela situação concreta.<sup>20</sup>

Desse modo, a jurisprudência brasileira está basicamente no mesmo patamar de desenvolvimento de 2004. A despeito do caráter essencial do mínimo existencial tanto para a existência física quanto social do indivíduo, sua abordagem segue marcada pela incipiência e superficialidade. Não muito distante desse estágio é seu tratamento doutrinário, como exposto acima.

Portanto, longo percurso há para o chegue a nível suficiente de precisão científica do seu sentido e alcance. É dessa precisão que decorre a segurança jurídica de que a sociedade é absolutamente carente nesse tema hoje.

#### **4 . Contribuições para a determinação do *mínimo existencial***

Todas as normas jurídicas, exatamente por serem jurídicas, são *vinculantes*, a despeito do grau de abstração e generalidade de que, porventura sejam dotadas<sup>21</sup>. Os princípios constitucionais são as normas jurídicas de maior abertura semântica.

Todos os direitos fundamentais são por eles declarados<sup>22</sup>. Em virtude da amplitude de abrangência e densidade axiológica desses direitos, é

---

<sup>20</sup> Sobre a deficiência da abordagem do STF em relação ao *suporte fático* das normas de direitos fundamentais sociais, cf. ANDRADE, Priscila Carvalho de. Direitos sociais e discurso no Supremo Tribunal Federal: uma discussão quanto ao suporte fático de normas. In: Congresso Brasil-Alemanha de Teoria do Direito e Direito Constitucional: Conceito e Aplicação do Direito em Robert Alexy, 2014, Belo Horizonte. Anais, Belo Horizonte, Imprensa Universitária da UFMG, 2014, p. 36-40.

<sup>21</sup> TOLEDO, Cláudia. Direitos Fundamentais: conteúdo, máxima da proporcionalidade e efetivação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 27, n.2, jul/dez 2011, p. 225-226. Cf. ALEXY, Robert. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen. In: \_\_\_\_\_. *Recht, Vernunft und Diskurs*. Frankfurt: Suhrkamp, 1995, p. 262-287; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998; BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>22</sup> Os direitos fundamentais são declarados em princípios constitucionais positivados na Constituição ou em normas de direito fundamental *adscribas* – normas interpretativamente associadas àquelas expressamente declaradas no texto constitucional. Cf. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. Madri: Centro de

absolutamente frequente a colisão entre os princípios constitucionais. Sua solução se dá mediante a aplicação da *máxima da proporcionalidade*<sup>23</sup>, com a *ponderação* entre os princípios colidentes. É de se notar que *subsunção*, a qual é o método ordinário de aplicação silogística da norma jurídica, e *ponderação* não apenas não se opõem, mas se completam. Em virtude da singularidade dos princípios jurídicos como mandamentos de otimização, com a utilização da ponderação, alcança-se a *regra jurídica*, que, enquanto mandamento definitivo, será aplicada por subsunção à situação empírica<sup>24</sup>.

Princípios jurídicos declaram direitos subjetivos *prima facie*, cujo conteúdo excedente é determinado no caso concreto, de acordo com suas condições fáticas e jurídicas, alcançando-se, com isso, direitos subjetivos *definitivos*. Uma das questões mais polêmicas relativas aos direitos fundamentais sociais em especial é exatamente a adequação de seu enquadramento jurídico como *direitos subjetivos* ou como meros conteúdos de *normas objetivas*. Para que direitos como educação, saúde, moradia, trabalho sejam efetivados, é necessária grande *organização* social e econômica do Estado. Direitos subjetivos são *relacionais* ou bilaterais. No caso dos direitos fundamentais sociais, o titular do direito é o indivíduo e o destinatário, o Estado, que tem o *dever* de assegurar a organização necessária para efetivar aqueles direitos. Mas essa organização deve ser proporcionada não apenas a um indivíduo, mas a todos os indivíduos da sociedade.

A grande questão está em determinar essa organização como direito subjetivo ou não. Isso porque, se, por um lado, aos direitos subjetivos relacionais correspondem deveres relacionais, por outro lado, deveres relacionais implicam

---

Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; LUDWIG, Roberto José. *A norma de direito fundamental associada – Direito, moral, política e razão em Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

<sup>23</sup> Embora comumente se faça referência a “princípio da proporcionalidade”, essa não é a tradução adequada da expressão em alemão, idioma do qual advém, no contexto da Teoria dos Princípios (*Prinzipientheorie*) elaborada por Alexy. Nela, o termo utilizado é *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, cuja melhor tradução é “máxima da proporcionalidade”. Ela apresenta a estrutura de *regra*, somente podendo ser aplicada ou não, motivo pelo qual não é correta sua tradução como “princípio”. Não obstante, embora tenha estrutura, não se trata de regra, na medida em que não é norma jurídica. Daí a propriedade do termo “máxima”, que é também prescritivo, um comando.

<sup>24</sup> TOLEDO, Cláudia. Direitos fundamentais sociais: entre ponderação e subsunção. In: \_\_\_\_\_. *Direitos Sociais em Debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 81-90.

também deveres *não relacionais* e esse é, muitas vezes, o caso da organização social necessária para a implementação dos direitos fundamentais sociais. Não se trata de uma “relação”, pois não há um sujeito de direito específico, mas toda a coletividade.

O critério para a determinação da organização social como direito subjetivo reside então na importância que ela tem *imediatamente* para o *indivíduo*, considerando seus interesses e sua *liberdade*, ou *imediatamente* para a *coletividade*, considerando seus interesses e os *bens coletivos*<sup>25</sup>. A forma de realizar essa determinação é pela *ponderação* entre princípios constitucionais que resguardam os interesses do indivíduo através de seus direitos subjetivos e princípios constitucionais que protegem o interesse coletivo. Por ponderação, quanto maior for o grau de afetação do princípio preterido, tanto maior deverá ser a importância da satisfação do princípio precedente.<sup>26</sup>

Todo direito fundamental é um direito subjetivo e todo direito subjetivo é arguível no poder judiciário caso seja desrespeitado por seu destinatário, seja ele o Estado ou o particular. Via de consequência, sendo os direitos fundamentais sociais direitos subjetivos, são justiciáveis. Todo direito fundamental é um direito subjetivo *prima facie*, somente se tornando direito subjetivo *definitivo* mediante sua ponderação com o interesse coletivo ou com o interesse individual de terceiros<sup>27</sup>.

O único fundamental social *definitivo a priori* é o *mínimo existencial*, que, por isso, não requer ponderação para sua determinação, mas goza de *exigência imediata*. E assim é por ser o mínimo existencial, conforme afirmado, a reunião dos direitos fundamentais sociais mínimos, cujo núcleo essencial<sup>28</sup> deve ser

---

<sup>25</sup> TOLEDO, Cláudia. Fundamental social rights as subjective rights. In: World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, 26, 2013, Belo Horizonte. Anais, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2013, p. 461-462. Assim, todo *direito subjetivo* implica um *dever não relacional*, mas um *dever não relacional* não implica um direito subjetivo. Nesse caso, aquela organização social a ser estruturada pelo Estado é entendida como conteúdo de norma objetiva, a qual prescreve deveres não relacionais. Contudo, não é possível aqui o desenvolvimento dessa relevante matéria. Para tanto, cf. ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, *op.cit.*, p. 159-227; ALEXY, Robert. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, *op.cit.*, p. 262-287.

<sup>26</sup> ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, *op.cit.*, p. 146.

<sup>27</sup> A afetação de interesses individuais de terceiros mediante o exercício do direito fundamental social por seu titular é também denominado *efeito horizontal*. Cf. ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, *op.cit.*, p. 493

<sup>28</sup> O *núcleo essencial* de um direito fundamental é formado por seu *conteúdo essencial*, que é a reunião dos elementos que lhe são indisponíveis, uma vez que, conforme explicado, *essencial* é tudo aquilo que dado, faz com que o objeto apareça como tal, e, retirado, faz com que ele deixe de existir. Duas teorias se debatem em torno da forma de identificação desse núcleo

garantido judicialmente, por se apresentar como necessário para que se alcance grau elementar de *dignidade humana*, à qual todo indivíduo tem direito pelo simples fato de ser um indivíduo e não um objeto, como dito.

Entendido qual o *conceito* de mínimo existencial, a grande dificuldade com que se depara é a identificação de qual é o seu *conteúdo* em determinado país, em dado momento histórico. Isso porque, para que um direito seja *imediatamente exigível*, ele já precisa estar definido, especificado, não devendo passar por todo o processo ponderativo acima descrito para que tenha seu cumprimento judicialmente determinado<sup>29</sup>.

Nesse sentido, importante é a distinção entre mínimo existencial e *mínimo vital*. Este é relativo às condições *materiais* mínimas necessárias para a *sobrevivência* do indivíduo, ou seja, os pressupostos materiais imprescindíveis para sua *existência física*. No entanto, para a mínima formação do indivíduo como ser *humano*, indo-se além da satisfação de suas necessidades físicas e biológicas – as quais qualquer ser vivo possui –, deve ele ter condições elementares para a participação na vida *social e cultural* do país do qual é cidadão.

---

essencial: a *absoluta* e a *relativa*. A *teoria absoluta* sustenta que existe uma esfera *permanente* do direito fundamental que constitui o seu núcleo essencial. Dessa forma, cada direito possuiria duas partes: um núcleo e uma parte acessória. Todo direito fundamental apresentaria, então, um núcleo duro, resistente, invariável, determinável *em abstrato*. Logo, eventuais restrições só poderiam se dar na parte acessória do direito fundamental. Já a *teoria relativa* admite a restrição aos direitos fundamentais, com a exigência de sua *justificação*. Os critérios para essa restrição estão dispostos nas normas constitucionais ou delas derivam interpretativamente. Não considera o núcleo essencial como algo fixo, mas sim definido relativamente a *cada caso*, através da *ponderação*. Aos conceitos de teorias relativa e absoluta do núcleo essencial relacionam-se diretamente as teorias *externa* e *interna* tocantes à *restrição* a um direito. Segundo a teoria externa, há, em primeiro lugar, o *direito em si*, não restringido e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o *direito restringido*. Para a teoria interna, o conceito de restrição é substituído pelo de *limite*, ou seja, não há o direito e sua restrição, mas apenas o direito com *determinado conteúdo*. Assim, para esta teoria, não há dúvidas sobre quão extensa é a restrição do direito, mas sim dúvidas quanto a qual é seu conteúdo. Desse modo, se se considera a existência de direitos subjetivos *prima facie* e direitos subjetivos *definitivos*, trabalha-se com a teoria externa, uma vez que o direito subjetivo *prima facie* é determinado, restrito no caso concreto, tornando-se *definitivo*. ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, *op.cit.*, p. 250; 269. BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2005, p. 78-81.

<sup>29</sup> Cf. TOLEDO, Cláudia. Fundamental Social Rights and *Existezminimum*. In: *Philosophy Study*. Nova York, v. 4, n.1, jan. 2014, p. 20-27. Disponível em <[https://www.academia.edu/6401565/Philosophy\\_Study\\_2014-01](https://www.academia.edu/6401565/Philosophy_Study_2014-01)>. Acesso em: 31 jul. 2014, 17:30; ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, *op.cit.*, p. 159-227; 451-472.

Isto é, o mínimo vital é requisito necessário, mas não suficiente para que se alcance o grau mais elementar de dignidade humana no seu aspecto sociocultural. O direito fundamental social que integra o mínimo existencial e é responsável por esse desenvolvimento do indivíduo é o direito à educação. Sem nível básico de instrução formal, não se consegue compreender e participar, ainda que em nível elementar, da vida em sociedade<sup>30</sup>.

No presente contexto socioeconômico nacional, entende-se que os direitos fundamentais sociais integrantes do conteúdo do mínimo existencial são os direitos à saúde e educação, mais especificamente, seu núcleo essencial. Isso porque tem-se como (i) interesse individual razoável, cuja satisfação (ii) não desequilibra o orçamento público (uma vez que este deve ser planejado mediante ordem de prioridade de investimento dos recursos financeiros), a garantia de educação no nível infantil e ensino fundamental e de um nível básico de assistência médica.<sup>31</sup>

A delimitação do núcleo essencial do direito à educação no caso brasileiro não apresenta maiores dificuldades por ser a educação estabelecida em níveis seriados, o que não acontece com o direito à saúde. A determinação de qual seria um “nível básico” de assistência médica passível de exigibilidade imediata, já que se trata de direito definitivo, é questão das mais atuais e controversas na realidade brasileira. Na tentativa dessa delimitação, acertado é o esclarecimento de Luciana Gaspar Melquíades Duarte no sentido de que

---

<sup>30</sup> Precisamente no caso do direito à educação, percebe-se a singularidade da situação em que se encontra o Brasil: a partir de 2016, também o ensino médio integrará o núcleo essencial desse direito, em virtude de sua determinação como obrigatório pelo Estado segundo o art. 6º da Emenda Constitucional nº 59 de 2009. No entanto, sendo o conteúdo do mínimo existencial definido conforme as condições socioeconômicas da realidade em que se encontra e, especialmente em meio à crise institucional e financeira por que passa o país, não é de se ter como provável que o ensino médio esteja disponível a todo cidadão brasileiro, de qualquer camada social, em qualquer espaço geográfico dentro da vastidão do território nacional. Isto é, não é provável que seja viável seu reconhecimento como direito subjetivo definitivo. Depara-se então com impasse jurídico: ou o Estado brasileiro descumpra suas próprias determinações e não efetiva a prestação positiva do fornecimento do ensino médio a que se obrigou constitucionalmente ou elabora emenda constitucional a emenda constitucional, retirando o ensino médio da educação básica obrigatória. No entanto, esta última hipótese, além de atentatória a qualquer grau de racionalidade, é inconstitucional, dentre outros motivos, pelo desrespeito ao princípio da proibição do retrocesso.

<sup>31</sup> Na medida em que o mínimo existencial satisfaz as exigências de (i) razoabilidade do pedido e (ii) não desequilíbrio das contas públicas, o argumento da reserva do possível não lhe é oponível.

deve se tratar de “demandas de saúde de primeira necessidade”<sup>32</sup>. Na busca da identificação de quais são essas demandas e de critérios para seu tratamento, importante iniciativa teve o CNJ com a criação do evento anual *Jornada do Direito da Saúde*, do qual tem resultado a elaboração de vários enunciados com o fornecimento de diretrizes para o poder judiciário<sup>33</sup>. Atuante também se mostra o poder legislativo, mediante a apresentação do projeto de lei 8058/2014, que trata da estipulação de critérios para a intervenção do Judiciário em políticas públicas.<sup>34</sup>

## Conclusão

Em suma, algumas conclusões podem ser extraídas do texto, embora seguramente careçam de maiores discussões e desenvolvimentos, tanto em virtude do estado incipiente em que se encontra o tratamento da matéria, quanto pela riqueza dos aspectos que envolve, sejam eles jurídicos, sociais ou políticos.

O *mínimo existencial* foi conceituado como a reunião dos direitos fundamentais sociais mínimos para a garantia de nível elementar de dignidade humana, sendo tais direitos variáveis quantitativa e qualitativamente de acordo com o contexto socioeconômico em que se inserem.

A partir da análise das duas decisões paradigmáticas do Brasil e da Alemanha a respeito do mínimo existencial, foram abordadas as principais questões que lhe são afins, tais como a reserva do possível; prestação positiva estatal normativa e fática (em dinheiro, objetos ou serviços); competência originária e espaço de ação do legislador; competência excepcional e revisão judicial; princípios jurídicos e ponderação; direitos subjetivos e normas objetivas;

---

<sup>32</sup> MELQUIADES DUARTE, Luciana Gaspar. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde – um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 167.

<sup>33</sup> Participam da *Jornada do Direito da Saúde* membros da sociedade civil, juízes, membros do Ministério Público e da Defensoria, médicos, gestores do SUS, dentre outros.

<sup>34</sup> O projeto de lei 8058/2014 é de autoria do deputado federal Paulo Teixeira e encontra-se atualmente na Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados.

direitos subjetivos *prima facie* e direitos subjetivos definitivos; mínimo vital; justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais.

Todo esse percurso foi desenvolvido para que se chegasse, argumentativa e fundamentadamente, ao entendimento da correção tanto do estabelecimento do direito ao mínimo existencial em Estados que se apresentem como democráticos e de direito, quanto de sua exigibilidade imediata como direito subjetivo definitivo.

### Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp, 1994.

ALEXY, Robert. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen. In: \_\_\_\_\_. *Recht, Vernunft und Diskurs*. Frankfurt: Suhrkamp, 1995. p. 262-287.

ALEXY, Robert. Law, morality and the existence of human rights. In: *Ratio Juris*. Hoboken: John Wiley & Sons Inc, v. 25, n. 1, 2012. p. 02-14.

ANDRADE, Priscila Carvalho de. Direitos sociais e discurso no Supremo Tribunal Federal: uma discussão quanto ao suporte fático de normas. In: Congresso Brasil-Alemanha de Teoria do Direito e Direito Constitucional: Conceito e Aplicação do Direito em Robert Alexy, 2014, Belo Horizonte. Anais, Belo Horizonte, Imprensa Universitária da UFMG, 2014. p. 36-40.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde – um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LUDWIG, Roberto José. *A norma de direito fundamental associada – Direito, moral, política e razão em Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

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

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Carlos Augusto Lima Vaz da. *A aplicação limitada da reserva do possível*. Monografia de conclusão de curso (Direito), Universidade Federal de Juiz de Fora, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TOLEDO, Cláudia. Direitos fundamentais sociais: entre ponderação e subsunção. In: \_\_\_\_\_. *Direitos Sociais em Debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 81-90.

TOLEDO, Cláudia. Direitos Fundamentais: conteúdo, princípio da proporcionalidade e efetivação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 27, n.2, jul/dez 2011. p. 225-226.

TOLEDO, Cláudia. Fundamental Social Rights and *Existezminimum*. In: *Philosophy Study*. Nova York, v. 4, n.1, jan. 2014, p. 20-27. Disponível em <[https://www.academia.edu/6401565/Philosophy\\_Study\\_2014-01](https://www.academia.edu/6401565/Philosophy_Study_2014-01)>.

TOLEDO, Cláudia. Fundamental social rights as subjective rights. In: World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, 26, 2013, Belo Horizonte. Anais, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2013. p. 461-462.

TOLEDO, Cláudia. Pretensão de correção e razões transcendentais ao direito positivo no pensamento de Robert Alexy. In: Congresso Brasil-Alemanha de

Teoria do Direito e Direito Constitucional: conceito e aplicação do Direito em Robert Alexy. Belo Horizonte, 2014. Anais, Belo Horizonte, Imprensa Universitária da UFMG, 2014. p. 219-223.

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

RECEBIDO 20/12/2016

APROVADO 15/01/2017

PUBLICADO 24/02/2017