

## O MÍNIMO EXISTENCIAL E O PODER JUDICIÁRIO: PARÂMETROS NO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

### *THE EXISTENTIAL MINIMUM AND THE JUDICIARY: PARAMETERS IN THE JURISDICTIONAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES*

Luciana Turatti\*

Marciano Buffon\*\*

Ana Christina Konrad\*\*\*

**RESUMO:** O presente artigo examina os pressupostos teóricos que contribuíram para formação do conceito de “mínimo existencial”, posto que, tal conceito se transformou em uma garantia na consecução dos objetivos constitucionais, e serve, em muitas oportunidades, de parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas. Dentro de um contexto de insuficiência de recursos e da impossibilidade de realização e concretização plena de todos os direitos fundamentais, o mínimo existencial aparece como um elemento importante na perspectiva de sua realização, pois caracteriza uma esfera mínima que precisa ser implementada, um núcleo básico de direitos e da dignidade que precisam ser garantidos, que não pode ser negligenciado. Pretende-se ainda discorrer sobre os questionamentos presentes na definição do mínimo existencial, bem como acerca da possibilidade de sua quantificação na aplicação como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas. O método empregado foi o dedutivo. Conclui-se, ao final das discussões que a utilização do mínimo existencial como parâmetro de definição de políticas públicas e das condições materiais mínimas para uma vida digna pode sinalizar o melhor caminho a ser trilhado. O que fica evidente, enfim, é que a conceituação do que compõe o mínimo existencial não pode deixar de observar os fundamentos maiores do Estado Brasileiro, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana..

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to examine the issue of so-called "existential minimum", since such a guarantee, and contribute to the fulfillment of constitutional objectives, can serve as a parameter for the jurisdictional control of public policies. Within a context of insufficient resources and the realization of the impossibility and full realization of all fundamental rights, the existential minimum appears as an important element in view of its accomplishment, as features a minimum sphere that needs to be implemented, a basic core rights and dignity must be guaranteed, which can not be neglected. Thus, it is intended in this article discuss the questions present in defining the existential minimum, and about the possibility of quantifying the application as a parameter to the judicial review of public policies. The method used in the construction of this article is deductive. Thus, it is concluded that the use of existential minimum as parameter setting public policy and minimum material conditions for a dignified life can signal the best way to go. What is clear, in short, it is that the concept of what makes up the existential minimum can not fail to observe the major foundations of the Brazilian State, in particular the principle of human dignity.

172

**PALAVRAS-CHAVE:** Mínimo Existencial. Poder Judiciário. Políticas Públicas.

**KEYWORDS:** Existential Minimum. Judicial Power. Public Policy.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Mínimo Existencial: origens e perspectivas históricas. 1.1 Mínimo existencial: contornos conceituais. 1.2 Mínimo existencial: há parâmetros para sua quantificação? 1.3 O Supremo Tribunal Federal e o controle jurisdicional de políticas públicas.

\* Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Rio Grande do Sul. Professora Adjunta da Universidade do Vale do Taquari (Univates), Rio Grande do Sul. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Sistemas Ambientais e Sustentáveis da Universidade do Vale do Taquari (Univates), Rio Grande do Sul. Professora Colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Ambiente e Desenvolvimento da Universidade do Vale do Taquari (Univates), Rio Grande do Sul.

\*\* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Rio Grande do Sul. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Rio Grande do Sul.

\*\*\* Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ambiente e Desenvolvimento da Universidade do Vale do Taquari (Univates), Rio Grande do Sul. Pesquisadora Bolsista PROSUP/CAPES. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq *Práticas Ambientais, Comunicação, Educação e Cidadania*.

1.3.1 Análise do Recurso Extraordinário nº 482.611\SC. 1.3.2 Análise do Recurso Extraordinário 410.715-5\SP. Considerações Finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

O atual século encontra-se marcadamente caracterizado pela presença do Estado na realização de políticas públicas – especialmente no campo social - orientadas pelos princípios fundantes e pelos objetivos de um texto constitucional comprometido com a concretização de um modelo de estado que seja democrático e social de direito. Ocupando um espaço de privilegiada importância, encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para o atendimento destas premissas, cabe ao Estado buscar mecanismos e instrumentos dotados de eficiência que possam garantir, da forma mais democrática possível, a aplicação dos recursos públicos. Vale dizer que, quando vem à tona a questão da democracia, há de se ter presente que neste modelo de Estado impõe-se a necessidade de superar seus aspectos meramente formais, rumando para uma concepção substancial de democracia, eficientemente voltada à realização de direitos fundamentais sociais.

Ocorre que a realidade que permeia o atual cenário político-econômico não tem possibilitado a concretização dos direitos e garantias fundamentais em sua integralidade, cabendo ao Judiciário, muitas vezes, a escolha do que aplicar e até de onde aplicar. Evidentemente, esse ativismo judiciário sempre pressupõe uma provocação por parte do cidadão ou de grupos sociais ou ainda daqueles legitimamente autorizados.

Em vista disso, há de se examinar a questão do denominado “mínimo existencial”, uma vez que tal garantia, além de contribuir com o atendimento dos objetivos constitucionais, pode servir de parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas.

Dentro de um contexto de insuficiência de recursos e da impossibilidade de realização e concretização plena de todos os direitos fundamentais, para todos ao mesmo tempo, o mínimo existencial aparece como um elemento importante na perspectiva de sua realização, pois caracteriza uma esfera mínima que precisa ser implementada, um núcleo básico de direitos e da dignidade que precisam ser garantidos, que não pode ser tangenciado ou negligenciado.

Assim, pretende-se no presente artigo, discorrer sobre os questionamentos presentes na definição do mínimo existencial, bem como acerca da possibilidade de sua quantificação na aplicação como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas. Ou seja, ainda que se trabalhe com a lógica de que o Judiciário não deveria interferir nas questões referentes

às políticas públicas, a garantia do mínimo existencial constitui um aspecto básico de garantia ao qual o Judiciário estaria vinculado.

No que tange ao método, de acordo com Mezzaroba e Monteiro (2008), este foi o dedutivo, pois parte de argumentos gerais para particulares, ou seja, o ponto de partida é sempre um enunciado, uma ideia geral baseada na observação e, desse enunciado são extraídas premissas que encaminham para as devidas conclusões. Também utilizou-se instrumentos técnicos equivalentes ao uso de material bibliográfico e documental. A pesquisa teórica bibliográfica teve o propósito de construir os conceitos elencados, cujas ferramentas a serem utilizadas foram além de artigos de publicações periódicas, livros de doutrina, eis que há autores relevantes que se aprofundaram sobre o tema abordado. No que se refere a pesquisa documental, foi utilizada a norma legal relacionada a proposta.

## 1 MÍNIMO EXISTENCIAL: ORIGENS E PERSPECTIVAS HISTÓRICAS

Para que se possa compreender de forma adequada a extensão e o significado desempenhado pelo conceito de mínimo existencial na concretização dos direitos fundamentais, faz-se necessário, num primeiro momento, abordar sua origem e examinar como sua concepção foi sendo formatada ao longo do tempo.

Considerando a história moderna ZILVETI (2004) afirma que as preocupações com o mínimo existencial surgem de uma maneira muito incipiente logo após a Revolução Francesa, ressurgindo após a segunda metade do século XIX com caráter mais intervencionista, haja vista que, a partir de então, este passou a ser utilizado como parâmetro para busca da diminuição das desigualdades sociais.

Ainda após a segunda metade do século XIX, na Alemanha, foi estabelecido que, quem não tivesse condições de prover um mínimo para ter uma vida digna, deveria receber do Estado a garantia do direito a um auxílio social econômico e ainda permanecer imune da obrigação de pagar tributos (ZILVETI, 2004, p. 205).

É também na Alemanha que se encontra a primeira menção à imunidade pautada em um mínimo existencial. A lei de 25 de maio de 1873, que tratava do imposto de renda, fixou em 1.000 *thalers* (moeda alemã da época) o mínimo necessário à subsistência, provocando grande impacto no número de contribuintes de tal imposto. Como lembra o mesmo autor, de um

universo de 9.300.000 (nove milhões e trezentos mil) contribuintes, 5.000.000 (cinco milhões) ficaram imunes (ZILVETI, 2004, p. 205).

Seguindo o exemplo alemão, ao longo do século XX, outros países incorporaram a preocupação com o estabelecimento de um mínimo existencial em seus textos constitucionais. Exemplo disso é Liechtenstein, que de 1921 até hoje mantém expresso o mínimo existencial, em matéria tributária, no artigo 24, I, da sua Constituição: “o Estado estabelecerá por via legislativa um sistema tributário igualitário, por meio da fixação de um mínimo existencial isento e uma maior incidência sobre as fortunas e rendas mais altas” (ZILVETI, 2004, p. 206).

Apesar de aparecer em textos ao longo do início do século XIX, é somente a partir da metade do Século XX que o reconhecimento desta garantia toma ênfase.

Dos estudiosos alemães, um dos que se destaca na doutrina do pós segunda grande guerra é Otto Bachof, por entender que a dignidade da pessoa humana estaria vinculada à garantia de um mínimo de segurança social, que, por sua vez, não se configuraria sem a garantia de recursos materiais básicos para os indivíduos (SARLET, 2001, p. 296).

Logo após o reconhecimento da necessidade de padrões mínimos de vida a serem assegurados aos indivíduos, no início da década de 1950, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*) reconheceu a existência de um mínimo existencial a ser preservado pelo Estado. Mais tarde, passadas aproximadamente duas décadas, o conceito foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), em decisão histórica. Sarlet (2001, p. 297) apresenta uma tradução de um trecho da decisão:

[...] certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, se encontram limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais (BVerfGE 40, 121:133).

Ainda sobre o contexto alemão, Sarlet e Timm (2008, p. 19) afirmam que:

Em que pese não existirem, de um modo geral, direitos sociais típicos notadamente de cunho prestacional, expressamente positivados na Lei Fundamental da Alemanha (1949) – excepcionando-se a previsão da proteção da maternidade e dos filhos, bem como a imposição de uma atuação positiva do Estado no campo da compensação de desigualdades fáticas no que diz com a discriminação das mulheres e dos portadores de necessidades especiais (para muitos não considerados propriamente direitos sociais) –, a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma

existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos preparatórios no âmbito do processo constituinte, mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, onde foi desenvolvida pela doutrina, mas também no âmbito da práxis legislativa, administrativa e jurisprudencial.

A garantia do mínimo existencial não foi prevista, contudo, exclusivamente em regramentos domésticos. No cenário internacional, em especial nas declarações internacionais de direitos humanos, ela também apareceu.

O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 traz previsão expressa neste sentido, ao dispor que “toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, texto digital).

Há de se citar também o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PDICP), responsável pela ampliação do catálogo de direitos constantes da Declaração de 1948. Dentre as preocupações presentes no Pacto encontra-se, no artigo 11, o reconhecimento ao direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, incluindo a alimentação, vestimenta e moradia, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Neste mesmo artigo também é reconhecido o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, devendo o Estado adotar, para tanto, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias.

Outro texto a referir tal garantia é a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Aprovada pela Resolução 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 4 de dezembro de 1986, declarou em seu art. 1º o “direito ao desenvolvimento humano”. Em seu artigo 1º, § 1º, estabelece, ainda, que “o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados”; e segue estabelecendo, no artigo 2º, § 3º, que “os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa, e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes”.

Ainda de maneira exemplar, estabelece em seu artigo 8º, § 1º que

Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento, e devem assegurar, inter alia, igualdade de oportunidade para todos no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda. Medidas efetivas devem ser tomadas para assegurar que as mulheres tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento. Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais (DECLARAÇÃO SOBRE O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO, texto digital).

A Declaração do Milênio das Nações Unidas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, texto digital) também demonstra preocupação com os direitos relacionados ao mínimo existencial, uma vez que, dentre o conjunto de objetivos-chave propostos, encontram-se os direitos humanos e a erradicação da pobreza. Enfim, não são poucos os instrumentos internacionais que preveem a proteção do núcleo essencial dos direitos pertinentes às necessidades básicas do ser humano.

Retornando ao cenário nacional, no Brasil, a Constituição Federal de 1946 (de caráter democrático e social), em seu artigo 15, §1º, determinava que seriam isentos do imposto de consumo os artigos que a lei classificasse como mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica. Percebe-se, pois, uma preocupação – embora incipiente ainda – com o mínimo vital ou mínimo existencial, haja vista que tal dispositivo corresponde a um instrumento de proteção da incidência tributária de alguns produtos que fariam parte de um conjunto minimamente necessário à sobrevivência do cidadão (BORGES, 2001 p. 52).

No período compreendido entre a Constituição de 1946 e a Constituição de 1988, o mínimo existencial pouco apareceu na doutrina e na jurisprudência brasileira. Não obstante sua previsão constitucional, a garantia do mínimo existencial não foi o objeto de central preocupação, neste período marcado especialmente pelos vinte anos de ditadura militar (1964/1984).

A Constituição Federal de 1988 também não faz referência expressa ao princípio do mínimo existencial. No entanto, uma leitura atenta de seu texto deixa clara a incorporação implícita desta garantia, em especial quando adota como princípio basilar a dignidade da pessoa humana e, como objetivos fundamentais, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, assim como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Uma vez levantados os elementos históricos que contribuíram para a evolução da garantia ao mínimo existencial, passa-se, agora, a examinar os elementos representativos de seus contornos conceituais.

### 1.1 Mínimo Existencial: Contornos Conceituais

Conceituar a garantia ao mínimo existencial não constitui tarefa fácil, uma vez que tal expressão encontra-se repleta de subjetividade. Mesmo assim, pretende-se, com apoio da doutrina, traçar alguns contornos conceituais que poderão contribuir com as discussões posteriores.

Para Ana Paula de Barcellos *apud* SARLET e TIMM (2008, p. 77), o chamado mínimo existencial está vinculado às condições materiais básicas para existência humana e tem como núcleo a dignidade da pessoa humana. A autora entende ser o mesmo composto por quatro elementos: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça.

Com uma proposta diferente da de Barcellos, SARLET (2001, p. 26) informa que o que compõe o mínimo existencial reclama uma análise (ou pelo menos a possibilidade) de uma averiguação à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso.

A proposta da doutrina alemã, anteriormente referida, vincula a garantia do mínimo existencial à dignidade da pessoa humana, a qual, vale lembrar, configura um conceito indeterminado, ou seja, não ajuda muito na conformação mais objetiva de seus parâmetros (PÉREZ LUÑO, 2005 p. 324). Neumann, referido por Sarlet, lembra que a dignidade propriamente dita não é passível de quantificação. Assim, “a necessária fixação do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que pese sua viabilidade, é, além de condicionada espacial e temporalmente, dependente também do padrão socioeconômico vigente” (SARLET; TIMM, 2008, p. 20). Ou seja, para o estabelecimento do mínimo existencial, deve-se considerar o entorno, a realidade sócio-econômica da qual o indivíduo que pleiteia tal garantia faz parte.

SARLET e TIMM (2008, p. 21) seguem referindo a lição de Neumann

Tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não

corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.

Segundo LEAL (2009 p. 91), para a doutrina internacional, o mínimo existencial impõe condições mínimas para uma vida humana digna. As pessoas devem possuir condições mínimas de sustento físico próprio e, ainda, condições para participar da vida social de seu Estado, mantendo relacionamentos com seus pares, na sociedade na qual vivem.

Não obstante haja um certo consenso conceitual acerca da definição do mínimo existencial, há de se reconhecer que a principal dificuldade reside em compreender a amplitude de seu significado (interpretação) e conseqüentemente há uma inequívoca dificuldade de se estabelecer critérios objetivos para sua implementação.

De qualquer forma, a idéia de mínimo existencial pode ser compreendida como um direito às condições mínimas necessárias para uma existência humana digna. Embora não se possa considerar como componentes do mínimo existencial todos os direitos constitucionalmente protegidos, pode-se afirmar que a concretização daqueles direitos fundamentais intrinsecamente decorrentes do princípio da igualdade – notadamente numa perspectiva material – certamente ocupam um espaço insubstituível na sua garantia. Ademais, direitos como saúde, alimentação e assistência social básica, positivados no artigo 6º da Constituição Brasileira, também compõem o núcleo essencial da vida humana.

Como mencionado por Neumann, acima referido, a dignidade não é passível de quantificação. Mas, como para a maioria dos autores o mínimo existencial vincula-se à dignidade da pessoa humana, poderia este ser alvo de quantificação? Acerca desta questão discorrer-se-á no tópico que segue.

## 1.2 Mínimo existencial: há parâmetros para sua quantificação?

Para iniciar tal análise, cabe referir que o mínimo existencial, enquanto elemento básico relacionado à proteção e realização dos direitos fundamentais, vincula o Estado, imputando-lhe duas formas de conduta: um *status negativus* e um *status positivus*. No *status negativus*, impõe-se ao Estado uma postura não intervencionista, no sentido de garantir a liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência. Já no *status positivus* cabe ao Estado prestações positivas de natureza prestacional e assistencial (PALAYO apud LEAL, 2009, p. 91 e 92). Esta dualidade reflete e acompanha tanto a classificação das dimensões de direitos

fundamentais (direitos individuais negativos, direitos sociais positivos), assim como a própria teoria dos status de Georg Jellinek (*status negativus*, *status positivus*).

Acerca da instituição de parâmetros para sua definição, cabe lembrar Vieira de Andrade apud Leal (2009 p. 92), que sustenta que o tema do mínimo existencial não está relacionado somente com os aspectos qualitativos que demarcam os direitos fundamentais. Para o autor, tais parâmetros alcançam a órbita quantitativa da qualidade de vida humana mensurável.

A tarefa apresentada, não é de fácil monta. Neste sentido, LEAL (2009, p. 92) afirma que

a perspectiva de mínimo existencial que chega, por exemplo, ao Judiciário, para fins de proteção, apresenta-se centrada – geralmente – numa ótica individual, sem levar em conta as dimensões e impactos sociais pertinentes à espécie (cada qual quer o SEU direito à saúde, não importante se, para atendê-lo, ter-se-á que sacrificar o direito à saúde de muitos), razão pela qual, na dicção de Ricardo Torres – com o que concordo no ponto –, é cada dia mais difícil estremar o mínimo existencial, em sua região periférica, do máximo de utilidade (*maximum welfare*, *Nutzenmaximierung*), que é princípio ligado à ideia de justiça e aos direitos sociais.

180

Torres corrobora tal posicionamento, quando refere que o mínimo se revela como uma incógnita muito variável, pois pode abranger qualquer direito em sua dimensão essencial inalienável. Para o autor o mínimo existencial não pode ser quantificado, uma vez que envolve em especial aspectos qualitativos (valorativos), e não quantitativos (TORRES, 2002 p. 144).

Desta forma, como mencionado anteriormente, a fixação do mínimo se moldará segundo o conceito adotado de necessidades básicas pela sociedade, sendo passível de definição legal pelo legislador e sujeitando-se à apreciação do Judiciário, quando provocado em um determinado caso concreto.

Em verdade, o que se percebe é que o mínimo existencial incorpora o denominado “estado espiritual” (*geistige Situation*) de seu tempo, conforme propõe Konrad Hesse, ou seja, ele possui, assim como os direitos fundamentais, uma perspectiva histórica, cultural e contingencial. Este estado concede especial força normativa a tal garantia, que, com o apoio e a defesa da consciência geral, passa a ser compreendido, assim, como a “vontade de Constituição”. Isso significa, pois, um estado espiritual que faz com que a sociedade queira fazer valer esta mesma Constituição, conferindo-lhe especial força normativa (HESSE, 1991 p. 20).

Sendo mais preciso, Leal (2009 p. 96) propõe que o Brasil hoje conta com o que denomina de “indicadores constitucionais parametrizantes” do mínimo existencial, que, em sua

opinião, são públicos e cogentes, não podendo ser desconsiderados por quem quer que seja (setor público ou privado). Neste sentido, segue:

Tais indicadores, em síntese, dizem respeito à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Enfim, percebe-se que a definição dos parâmetros de quantificação do mínimo existencial não podem ser relacionados de forma objetiva, até porque tal situação poderia gerar a exclusão de novos parâmetros. Não obstante, mesmo não sendo possível relacioná-los, está claro, a partir do exposto, que os princípios norteadores existem e se alicerçam nos princípios fundantes da Constituição Federal de 1988. Pode-se dizer, assim que o que permanece em aberto, portanto, é a necessidade de interpretação e de sua realização no caso concreto, segundo o momento histórico e a realidade socio-cultural.

Dentro deste contexto, a atuação do Poder Judiciário ganha destaque, razão pela qual passa-se, agora, à análise de alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de que se possa realizar uma contextualização da forma de incorporação da garantia do mínimo existencial na jurisprudência Pátria e, por consequência, analisar de que forma esta garantia pode operar como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas.

### 1.3 O Supremo Tribunal Federal e o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas

A intenção deste item não é de discutir acerca da legitimidade do controle jurisdicional de políticas públicas, haja vista que tal tentativa imporia uma análise aprofundada dos propósitos inscritos no princípio da separação dos poderes e na ordem constitucional brasileira. O que se pretende então é analisar de que forma a jurisprudência tem se pautado no enfrentamento da questão concernente ao mínimo existencial.

A escolha das jurisprudências analisadas ocorreu a partir da realização de uma pesquisa no ano de 2014, junto ao sítio do STF, onde os parâmetros de busca foram as expressões “mínimo” e “existencial”. A busca acusou a presença de 13 acórdãos, dos quais identificaram-se 02 para realização de uma análise mais aprofundada, visto que um dos critérios de exclusão

dizia respeito ao fato dos demais versarem sobre direitos prestacionais. A análise dos acórdãos considerou o aspecto qualitativo.

Assim, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não será feita a partir da perspectiva da legitimidade do Poder Judiciário no exercício do controle de políticas públicas – mesmo que em alguns momentos sejam tecidos comentários acerca disso – mas sim a partir da concepção de como deve ocorrer tal controle, ou seja, de que forma esse controle tem ou não observado a garantia do mínimo existencial.

Para tanto, a seguir, serão analisados dois julgados do STF: um em que o emprego da garantia do mínimo existencial foi feito de forma direta e outro no qual o seu uso aparece como uma consequência indireta da deliberação.

### 1.3.1 Análise do Recurso Extraordinário nº 482.611/SC

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado, o qual entendia que a implementação do Programa Sentinela - Projeto Acorde, no município de Florianópolis, deveria ocorrer na medida das possibilidades do poder público, contrariando a decisão do juiz de primeira instância, que havia se manifestado favorável à manutenção do Programa por parte do Município.

O Programa Sentinela - Projeto Acorde foi implantado pelo município de Florianópolis – SC, no ano de 1991, com o objetivo de atender crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso e exploração sexual. E este atendimento consistia, num primeiro momento em oferecer a estrutura necessária para permanência das crianças e adolescentes, funcionando como um albergue. A partir de 2001 o programa passou a se preocupar também com a adoção de medidas preventivas, contemplando o atendimento dos familiares.

Segue o teor de parte da ementa do acórdão do Tribunal de Justiça de SC:

Apelação cível. Ação civil pública. Programa Sentinela - Projeto Acorde. Atendimento de criança. Determinação judicial. Impossibilidade. Princípio da separação dos Poderes. Política social derivada de norma programática. Recurso provido. À Administração Pública, calcada no seu poder discricionário, compete estabelecer as políticas sociais derivadas de normas programáticas, vedado ao Poder Judiciário interferir nos critérios de conveniência e oportunidade que norteiam as prioridades traçadas pelo Executivo.

O Ministério Público, parte recorrente, sustentou que o acórdão impugnado teria transgredido o art. 227 da Constituição da República, que rege:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A posição do Ministério Público foi no sentido de que não poderia haver discricionariedade por parte do Poder Público para deliberar sobre a implementação ou não do Programa.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, proferida no voto do Ministro Relator Celso de Mello, foi no sentido de que “os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 227, “*caput*”, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social” (BRASIL, 2015, fl. 9).

Entendeu o magistrado que, em se tratando de um direito social de alta relevância, não há como se cogitar a possibilidade de discricionariedade político-administrativa decorrente de questão orçamentária. Para o Ministro, deveria, portanto, ser acolhida a pretensão recursal do Ministério Público de Santa Catarina, em face da jurisprudência firmada pelo STF sobre a questão examinada no sentido de que o cumprimento dos direitos prestacionais básicos é obrigatório, não sendo permitida a oposição, nesses casos, da reserva do possível.

Da mesma forma, entendeu que, em momento algum, acolhendo o Recurso Extraordinário, estaria o Judiciário promovendo alguma intervenção em esfera reservada aos demais poderes da República, já que a ineficiência administrativa, aliada à omissão e à incapacidade de gerir os recursos públicos, não podem ser compreendidos como obstáculos para a concretização da Constituição.

Sendo assim, em face das razões expostas e considerando, ainda, decisão anterior sobre o mesmo tema (AI 583.264/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Ministro deu conhecimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, para dar-lhe provimento (CPC, art. 557, § 1º-A), em ordem a restabelecer a sentença proferida pelo

magistrado local de primeira instância que, concretamente, determinava que, o Programa Sentinela deveria ser mantido pelo município.

A questão enfrentada no Recurso Extraordinário ora analisado trouxe à tona, portanto, a discussão acerca do papel do Judiciário no contexto brasileiro, bem como a classificação dos direitos fundamentais e sua aplicação, bem como o papel do Judiciário em sua efetivação. Dentro deste contexto, destacam-se três eixos: a classificação dos direitos sociais; a reserva do possível e o chamado "mínimo existencial", sobre os quais se discorrerá a seguir.

O caso em questão versa sobre a aplicação do artigo 227 da CF/88, que se encontra dentro do capítulo da ordem social, integrando, assim o rol de direitos sociais, que pertencem ao grupo dos direitos positivos ou prestacionais.

Neste sentido referem SARLET e TIMM (2008, p. 15-16):

Se os direitos sociais na sua dimensão de direitos a prestações (que, segundo Alexy, correspondem aos direitos a prestações em sentido estrito, no sentido de direitos subjetivos a prestações materiais vinculados aos deveres estatais do Estado na condição de Estado Social de Direito) também implicam direitos subjetivos negativos - impedindo, por exemplo, restrições que violem o seu respectivo núcleo essencial, que, por sua vez, sempre serão desproporcionais - há que destacar que a Constituição de 1988 incluiu no rol de direitos sociais, típicos direitos de caráter negativo (defensivo), como dão conta, entre outros, os exemplos do direito de greve, da liberdade de associação sindical, das proibições de discriminação entre os trabalhadores (direitos especiais de igualdade).

184

Como direito social de alta relevância, a proteção à criança e ao adolescente requer do Estado o desenvolvimento de políticas públicas que busquem dotar de máxima eficácia, segundo o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, a previsão constitucional.

Ocorre que, diante de uma demanda cada vez maior e de orçamentos cada vez mais limitados, o poder público tem alegado, como força legitimamente de se abster desta obrigação, a denominada "reserva do possível".

A reserva do possível, segundo Sarlet, abrange uma dimensão tríplice:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (SARLET; TIMM, 2008 p.30).



Devido à importância da temática, conforme o entendimento do Ministro Celso de Mello na questão analisada, não existe a possibilidade de o poder público alegar tal reserva, até mesmo porque a questão envolvida no julgamento estava adstrita ao denominado “mínimo existencial”.

A cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

A decisão indica assim que incluindo-se o conteúdo na esfera do mínimo existencial a reserva do possível não se aplica.

A questão, a saber, é se a proteção da criança e do adolescente em relação a atos de violência se enquadra no conceito de mínimo existencial, não podendo, portanto, ser confrontada com o orçamento, ou se, não sendo enquadrada como tal, pode o Judiciário forçar o Executivo a implementar políticas públicas direcionadas a este tema.

Tendo tal questionamento como pano de fundo, a segunda questão a ser enfrentada é: considerando-se o orçamento público existente, o administrador tem ou não discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social, quando estas compõem a esfera do mínimo existencial? E ainda: cabe ao Judiciário intervir nestas questões? Até onde pode ele intervir?

Enfim, percebe-se que, apesar da clara tentativa, não se consegue fugir dos questionamentos acerca da legitimidade do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

O voto do Ministro Celso de Mello refere (fl. 2) que "a proteção aos direitos da criança e do adolescente qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, impondo, para tanto, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num "facere", pois o Estado dele só de desincumbirá criando condições objetivas que viabilizem, em favor dessas mesmas crianças e adolescentes, (...) com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".



Verifica-se, assim, que a falta de implementação de políticas públicas na área da criança e do adolescente pode acarretar um desrespeito à Constituição e, até mesmo, uma inconstitucionalidade por omissão.

Disto se tem certeza! A questão que se coloca então é: como concretizar tais medidas em um contexto marcado por um incremento da demanda e ao mesmo tempo por uma arrecadação insuficiente para o atendimento da mesma? Talvez a aplicação do princípio da eficiência possa ser uma resposta viável.

Ser eficiente significa a “otimização do emprego dos meios disponíveis para, com eles, obter os melhores resultados possíveis, relevantes para o interesse público”. A Administração deve considerar “o aspecto da economicidade, de modo a verificar o emprego adequado dos recursos no contexto das políticas públicas direcionadas à realização dos direitos fundamentais” (SARLET; TIMM, 2008, p. 136).

A questão é: quem deve avaliar se a administração está agindo de forma eficiente? Quais são os parâmetros para se estabelecer quando uma política pública é eficiente? Enfim, o desafio é grande, visto que, busca-se em um conceito aberto e indeterminado a objetivação ou o parâmetro/critério para o conceito de mínimo existencial.

Neste sentido, também é de total relevância o denominado "controle social" da administração pública. Quando se constata a existência de recursos cada vez mais escassos para a realização de políticas públicas, torna-se essencial a participação da população nas discussões acerca das prioridades orçamentárias. Exemplos como o orçamento participativo - atual Processo de Participação Popular - podem ser citados, mas devem ser aperfeiçoados, visto que eles normalmente permitem a discussão apenas sobre percentuais ínfimos do orçamento.

Além de participar das discussões orçamentárias, cabe aos cidadãos também o controle social dos gastos públicos. Sabe-se, contudo, que tal controle só se tornará efetivo se a população tiver maior conhecimento e informação para decidir, o que, todavia, nem sempre ocorre; mas este não pode ser um fator que implique no abandono da ideia de participação na deliberação de tais gastos. Pelo contrário, deve-se buscar ampliar os espaços de discussão e de participação e, nestes, a informação deve ser difundida, para que a falta de participação não implique na aplicação interessada e/ou particularizada dos recursos de todos.

Não obstante o exposto resta uma questão a ser enfrentada: qual é o papel do Poder Judiciário neste processo? Pode ele seguir decidindo de forma casuística e pontual as questões envolvendo os direitos sociais ou deve ele exercer o controle da implementação de políticas

públicas? O mínimo existencial deve ser o parâmetro delimitador da discricionariedade no âmbito das políticas públicas?

Considerando tudo que foi colocado até o momento, com o objetivo de que os princípios fundantes da atual ordem constitucional sejam observados, tem-se que cabe, sim, ao Judiciário o controle de políticas públicas, para garantir a correta aplicação do dinheiro público no desenvolvimento e realização das mesmas, acompanhar o atingimento das metas e resultados decorrentes das escolhas realizadas e garantir a aplicação do mínimo vital ou existencial.

Não cabe, contudo, ao Judiciário interferir em matéria orçamentária, sob pena de atingir a decisão dos poderes que representam a maioria, como é o caso do Legislativo.

Posição um tanto diferente é adotada pelo Ministro Celso de Mello no acórdão analisado (folhas 5 e 6), posto que este entende que o Judiciário deve suprir eventuais lacunas em matéria de implementação de políticas públicas, como se percebe na seguinte fala: "Impende assinalar, no entanto, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados da estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame" (BRASIL, 2005).

As ações do Judiciário devem ficar adstritas à efetivação das políticas públicas previstas constitucionalmente e mesmo assim, muitas vezes, sem eficiência, posto que, isto pode implicar em questões orçamentárias. Enfim, deve o mesmo intervir, mas sem interferir nas competências dos demais poderes. Reconhece-se que isto é um tanto quanto difícil.

### 1.3.2 Análise do Recurso Extraordinário 410.715-5\SP

Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo Município de Santo André contra decisão que conheceu e deu provimento ao Recurso Extraordinário deduzido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, envolvendo o atendimento em creche e pré-escola de crianças de até 06 (seis) anos de idade, onde se invocou o dever jurídico de prestação do direito à educação, instituído constitucionalmente, por parte do Município.

Segue o teor de parte da ementa do acórdão:

Recurso Extraordinário - Criança de até 06 anos de idade - Atendimento em creche e pré-escola - Educação infantil - Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV) - Compreensão global do direito constitucional à educação - dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º) - recurso improvido.

O Município, parte agravante, sustenta que não é possível cobrar somente do Município a manutenção do sistema de ensino. Entende o mesmo, a partir do disposto na Emenda Constitucional n.º. 14/96, que fixa os limites orçamentários que devem ser aplicados ao ensino e define as atribuições dos entes federados para acerca da matéria, que a oferta de ensino deve ser compartilhada entre a União, os Estados e os Municípios. Opõe, ainda, a crescente demanda em torno do atendimento em creches e a diminuição dos repasses orçamentários para atender a tal demanda. Menciona que o deferimento das medidas liminares e de sentenças obrigando a criação de vagas, a partir do disposto no Estatuto da Criança e Adolescente, promove uma indevida ingerência do Judiciário no poder discricionário do Executivo.

A decisão proferida no voto do Ministro Relator Celso de Mello foi no sentido de que

188

o direito à educação qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, cujo adimplemento, por ser considerado um direito de segunda geração, impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num "facere", pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, às crianças de zero a seis anos de idade (BRASIL, 2005, fl. 10).

Como se constata na decisão em foco, o não cumprimento desde verdadeiro dever constitucional de fazer pode caracterizar uma inaceitável omissão do Poder Público.

Quanto à determinação, por parte do Judiciário, no sentido de ditar as políticas públicas necessárias, comenta o magistrado que não é função precípua do Judiciário a definição de políticas públicas. Não obstante, poder-se-á atribuir excepcionalmente ao mesmo tal incumbência, “se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional” (BRASIL, 2005 fl. 10). Enfim, mesmo que não seja função precípua desse, cabe mais uma vez ao Judiciário fazer tal avaliação.

Segue o Ministro mencionando que por se tratar de direito fundamental e estar intimamente ligado com os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, o Judiciário

encontra-se autorizado a adotar provimentos jurisdicionais para a concretização desse direito e o atendimento dos direitos prestacionais. A partir do disposto, a Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo.

A discussão enfrentada no Recurso Extraordinário ora analisado faz referência, num primeiro momento, à teoria do custo dos direitos. A relação que se estabelece entre esta teoria e a garantia ao mínimo existencial é direta, uma vez que, apesar de não se poder alegar que os custos do direito transformem-se em um empecilho para concretização do mínimo existencial, o mesmo acaba ocorrendo.

Percebe-se no voto do Ministro Celso de Mello (fls. 10-11) a aceitação da teoria dos custos dos direitos quando este refere que

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização, depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado na Carta Política.

189

Apesar do entendimento do Ministro ser no sentido de que, havendo alegação plausível de incapacidade econômico-financeira por parte da pessoa estatal, desta não se pode exigir a prestação devida, a cláusula da reserva do possível só poderá se aceitar se houver um justo motivo objetivamente aferível.

Ou seja, não se pode permitir que o Município invoque a discricionariedade para, com base em mera conveniência ou juízo de oportunidade, julgar se deve ou não prestar o direito à educação. Em matéria de concretização de políticas públicas constitucionais, a discricionariedade deve ser limitada. A margem de discricionariedade é mínima.

Em um contexto no qual as demandas são cada vez maiores e os recursos escassos, diante de um dever de prestação social, cabe ao ente público a aplicação dos recursos da forma mais eficiente possível, uma vez que, em se tratando de direitos fundamentais, deve pautar sua atuação no sentido de, pelo menos, garantir o mínimo existencial. E certo, contudo que a questão central continua sendo a de definir no que consiste o mínimo existencial e até onde vai esta responsabilidade.



Como se pode perceber no acórdão, a garantia ao mínimo existencial não é referida diretamente no voto do Ministro, mas pode ser depreendida a partir da sua preocupação com a garantia do básico em matéria de educação.

Também fica demonstrada assim a íntima ligação entre o princípio da proporcionalidade e o conceito de mínimo existencial, visto que, o direito à educação ora defendido, não diz respeito, por exemplo, ao oferecimento de cursos de pós-graduação. Trata, pois, da garantia dos níveis básicos de educação, mesmo que se esperem políticas públicas nesse sentido, por meio do oferecimento de Doutorados gratuitos nas Universidades federais e a concessão de bolsas por órgãos de fomento como o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq e a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Capes.

Sobre a aplicação dos recursos, HOLMES e SUNSTEIN (2000, p. 225) defendem que, pelo fato dos serviços públicos estarem vinculados a garantia do bem-estar individual e coletivo, os direitos constitucionais, pressupõem decisões políticas sobre a forma mais eficiente de se aplicar os recursos existentes, em especial pelo fato desses serem, na maioria das vezes, escassos.

E seguem os mesmos referindo que em uma democracia, as despesas geradas em prol da coletividade devem ser acompanhadas por esta. Quanto mais escassos forem os recursos públicos, mais importante a manifestação do povo. É ele quem deve estabelecer se determinado gasto “vale a pena” e se os benefícios recebidos são equivalentes aos gastos realizados (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 226). Ou seja, percebe-se claramente aqui a vinculação com o princípio da proporcionalidade.

Verifica-se, assim, que o custo dos direitos levanta não só a questão da responsabilidade democrática e da transparência do processo na alocação de recursos, mas também apresenta um núcleo relacionado à equidade e à justiça distributiva.

Trazendo sua contribuição, Leal refere que de forma geral, impera um certo “consenso” por parte dos administradores públicos contemporâneos, ocasionado pela falta de recursos, de que em determinadas situações somente o mínimo existencial pode ser ofertado e garantido. Mínimo esse entendido aqui como o núcleo da dignidade da pessoa humana (LEAL, 2009, p. 100).

Para SUNSTEIN e HOLMES (2000, p. 226), a questão aqui é se, como atualmente concebidos e implementados, os desembolsos para a proteção da sociedade beneficiam os



direitos como um todo, ou pelo menos a maioria dos seus membros, ou apenas os grupos de influência política. A distribuição dos recursos observa os critérios de equidade e justiça?

Apesar de se concordar com a postura do Ministro no presente caso - no sentido de se reconhecer o Município como responsável pela implementação da política pública educacional - entende-se que deve haver certo cuidado na aplicação dos direitos sociais, para que estes não se enquadrem como uma política de manutenção do *status quo*, onde ricos e pobres permanecem socialmente apartados. Ou seja, não basta apenas garantir direitos sociais que assegurem uma satisfação mínima das necessidades básicas de sobrevivência. Especialmente no Brasil, a realização dos direitos fundamentais social há de visar a minimização do imenso fosso social ainda reinante neste país.

Em vista disso, manutenção por parte do Estado de programas assistencialistas e sociais não deve ter o caráter perpétuo. É necessário desenvolver programas e políticas públicas voltados para uma maior capacitação dos excluídos com o objetivo de permitir que estes deixem de depender do Estado em um determinado momento e, com isso, quase que automaticamente, reduzir-se-á paulatinamente a vexatória desigualdade social no Brasil, conforme dados do RELATÓRIO DO DESENVOLVIMENTO HUMANO (2009).

Neste sentido, questionam Sunstein e Holmes de que forma é possível auxiliar os pobres, sem que isso se transforme em uma rotina de dependência, desses para com o Estado. Ou seja, a preocupação dos autores sugere a realização de programas voltados para o bem-estar da população, mas também para o aumento da autonomia e iniciativa (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 214).

Um exemplo brasileiro é o programa denominado “Bolsa-Família”. Ao condicionar o acesso ao benefício à frequência escolar e à apresentação da carteira de vacinação dos filhos dependentes, investe-se indiretamente em capacitação e em saúde preventiva, com vistas a uma futura emancipação social.

Em que pese reconhecer-se que o ideal a ser objetivado é a independência do indivíduo em relação ao Estado, há de se reconhecer que, no que diz respeito a determinados direitos, tem-se que, em determinados direitos, o Estado não pode se omitir de seu constitucional dever de garanti-los. É o caso do mínimo existencial e, mais especificamente, do direito à educação enquadrado como um conteúdo integrante e necessário do mínimo existencial.

Como lembram SUNSTEIN e HOLMES (2000, p. 213), referindo-se à educação:



Este bem, numa sociedade liberal, não é distribuído exclusivamente de acordo com o princípio do mercado. Esforços educacionais da nação não se concentram exclusivamente para aqueles que estão "dispostos a pagar". Formamos jovens talentosos de todos os escalões da sociedade para tornar-se cirurgiões cardíacos e engenheiros aeronáuticos, ao invés de simplesmente leiloar essa formação aos filhos de pais que estão em posição de fazer o lance mais alto. A nação pede talento para fins coletivos, sempre que esse talento pode ser encontrado.

O que fica evidente é que não há como se abrir mão da figura do Estado, ou minimizá-lo como pretendem os liberais. Seja na promoção de políticas públicas educacionais, seja na manutenção da propriedade, o Estado é necessário.

Mesmo no sistema americano, no qual os direitos sociais não são garantidos constitucionalmente e as liberdades individuais são exaltadas, há o entendimento de que tal liberdade não é absoluta; a figura do Estado continua existindo, demonstrando que também as liberdades privadas têm custos públicos. A manutenção da segurança, a garantia em torno das liberdades individuais e o direito de propriedade, são exemplos disso.

Tendo-se como certa a presença do Estado para a implementação de determinados direitos fundamentais e a idéia de que o cumprimento destes mesmos direitos exige gastos públicos, torna-se ainda mais importante, por sua vez, o debate público em torno da alocação dos recursos. Como refere LEAL (2009, p. 97): “Para cada plexo de garantias outorgadas à responsabilidade estatal vistas, necessitam – em tese – advir políticas públicas concretizadoras, que operem em diversos níveis de efetivação, tais como os da elaboração, constituição formal, execução e avaliação das ações necessárias, contanto para tanto com a máxima participação da comunidade alcançada por elas. Tais ações é que constituem o espaço público efetivamente legítimo das políticas públicas constitucionais vinculantes, independentes da vontade ou discricionariedade estatal para que venham a acontecer, eis que condizentes a direitos indisponíveis e da mais alta importância e emergência comunitárias, perquirindo imediata materialização ao máximo possível, sob pena de comprometer a dignidade humana e o mínimo existencial dos seus carecedores”.

Quanto mais democrático e deliberativo for o debate público, de melhor forma serão aplicados os recursos existentes.

Para Sunstein e Holmes, o debate público deve ser permeado pelas seguintes questões: (1) Quanto queremos gastar em cada direito? (2) Qual é o pacote ideal de direitos, uma vez que os recursos são escassos? (3) De acordo com que princípios o dinheiro dos impostos será alocado? (4) Que grupos devem ser beneficiados? (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 229).

Tal debate deveria ser conduzido pelo poder que representa a vontade da maioria, ou seja, o Poder Legislativo, sob pena de, em não o fazendo, novamente se dar espaço para uma maior deliberação por parte do Poder Judiciário.

Enfim, a análise do Recurso ora analisado demonstrou que, apesar do conceito de mínimo existencial ter sido utilizado somente de forma implícita, não há como negar que o direito à educação compõe seu núcleo essencial. Depreende-se pois, que mesmo diante de um cenário marcado pela escassez de recursos, não é permitido ao gestor público, opor a denominada reserva do possível, quando da instauração de demandas vinculadas ao ensino público.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das discussões travadas, pode-se perceber que, nos casos analisados, a referência ao mínimo existencial ocorreu de forma muito incipiente. Como são poucos os casos em que o STF se vale desse argumento para decidir, não é possível afirmar ainda que ele esteja sendo utilizado, efetivamente, como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas.

Já nos tribunais inferiores, o seu uso parece ser mais disseminado, em especial em causas envolvendo a aplicação do direito à saúde.

Do que se tem certeza a partir da construção teórica realizada até o momento é que a utilização do mínimo existencial para tal finalidade poderia contribuir para aplicação dos preceitos constitucionais em tempos de crise. Ou seja, considerando-se que os recursos existentes não suprem as demandas instituídas a partir das garantias constitucionais, garantir um mínimo vital é o que mais aproxima a decisão de um senso de justiça.

Sabe-se contudo, que tal afirmação não resolve de todo a problemática relativa à prestação dos direitos sociais, talvez ela até mesmo a potencialize, ou, crie ainda, um impasse entre dois Poderes onde, de um lado estaria o Judiciário ordenando o cumprimento de uma prerrogativa constitucional e, de outro, o Executivo, anunciando a escassez de recursos e a preocupação com um ordem de prioridades que contemple à coletividade. Tais conflitos, no entanto, não podem atribuir a condição de norma programática ao texto constitucional, uma vez que neste caso, a parte lesada, efetivamente seria a mais fraca. Ao Judiciário não resta outra alternativa.

Ainda da análise dos Recursos Extraordinários examinados, pode-se depreender que existe um espaço a ser apropriado em matéria de conceituação do que compõe a garantia do mínimo existencial. No recurso de Santa Catarina, em que essa garantia foi utilizada expressamente, o mínimo existencial não é conceituado. O que fica claro é que o Ministro Celso de Mello entende que o direito à educação faz parte de tal garantia. Tem-se assim que a conotação da garantia se vincula a aspectos qualitativos e não quantitativos, evidenciando, novamente, a dificuldade em se falar na quantificação do que compõe o mínimo existencial.

É neste sentido que se reforça a importância da definição, por parte do Supremo Tribunal Federal, para tal garantia, haja vista que as diferentes fundamentações acerca do que vem a ser o mínimo existencial podem conduzir a consequências jurídicas distintas.

Os aspectos a serem considerados na aplicação do mínimo existencial não devem ser matemáticos, mas sim sociais. Assim sendo, a quantificação do que compõe tal garantia se torna irrelevante para sua aplicação. A definição do mínimo existencial passa então pela eleição dos direitos fundamentais, ou do núcleo essencial, compreendidos por essa garantia.

Um dos óbices apresentados para o cumprimento dos direitos fundamentais, em especial dos sociais, é seu custo de efetivação. Alguém deve pagar por eles. E, pelo que parece, o atual cenário político-econômico não comporta a execução de todos os direitos propostos no texto constitucional.

Assim, diante da falta de recursos, a utilização do mínimo existencial como parâmetro de definição de políticas públicas e das condições materiais mínimas para uma vida digna pode sinalizar o melhor caminho a ser trilhado.

O que fica evidente, enfim, é que a conceituação do que compõe o mínimo existencial não pode deixar de observar os fundamentos maiores do Estado Brasileiro, previstos na Carta Magna de 1988, e, dentre estes, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Agravo n.º 70041750316, Primeira Câmara Cível. Relator: Jorge Maraschin dos Santos. Julgado em 27/04/2011. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=AGRAVO+70041750316&tb=jurisnova&pesq=ementario>>



&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as\_q=>. Acesso em: 14 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento N° 70040804098, Primeira Câmara Cível. Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 27/04/2017. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=AGRAVO+DE+INSTRUMENTO+70040804098&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as\\_q=>](http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=AGRAVO+DE+INSTRUMENTO+70040804098&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=>)>. Acesso em: 14 abril 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n°. 410.715-5/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 22/11/2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 23/06/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n°. 482.611/SC. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 23/03/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Tratado dos impostos: Estudo Theorico e Pratico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910.

FARIAS, Luciano Chaves de. *Mínimo existencial: um parâmetro para o controle das políticas sociais de saúde*. Salvador, 2010. Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=187325](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=187325)>. Acesso em: 24 mai. 2017.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *The cost of rights*. New York: Norton, 2000.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: Os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Milênio das Nações Unidas. UNRIC – Centro Regional de Informação das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/DecdoMil.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2017.



\_\_\_\_\_. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 17 mai. 2017.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ZILVETI, Fernando Aurelio. *Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

