

## O MÍNIMO EXISTENCIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ricardo Lobo Torres\*

*1. Mínimo existencial e pobreza. 2. A liberdade e a felicidade. 3. Os princípios constitucionais. 4. Os direitos humanos. 5. Status do mínimo existencial. 6. O mínimo existencial e o processo democrático. 7. A interpretação dos direitos humanos e a nova Constituição Federal.*

### 1. *Mínimo existencial e pobreza*

Há um direito às *condições mínimas de existência humana digna* que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.

Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estreamá-lo, em sua região periférica, do *máximo de utilidade* (*maximum welfare*, *Nutzenmaximierung*), que é princípio ligado à idéia de justiça e de redistribuição da riqueza social.<sup>1</sup> Certamente esse mínimo existencial, “se o quisermos determinar precisamente, é uma incógnita muito variável”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Rawls, J. *A theory of justice*. Oxford, Oxford University Press, 1980. p. 156; Musgrave, R. A. Maximin, uncertainty and the leisure trade-off, *The Quarterly Journal of Economics*, 88(625), 1974.

<sup>2</sup> Barbosa, Rui. *Relatório do ministro da Fazenda*. Obras completas, 1891. v. 18, t. 3; Rio de Janeiro, MEC, 1949. p. 62.

\* Procurador do Estado do Rio de Janeiro; professor de Direito financeiro na UERJ e na UGF.

O problema do mínimo existencial confunde-se com a própria *questão da pobreza*. Aqui também há que se distinguir entre a *pobreza absoluta*, que deve ser obrigatoriamente combatida pelo Estado, e a *pobreza relativa*, ligada a causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, que será minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias.<sup>3</sup> De assinalar, todavia, que inexistente definição apriorística de pobreza absoluta, por ser variável no tempo e no espaço e, não raro, paradoxal, surgindo tanto nos países ricos como nos pobres.<sup>4</sup>

## 2. A liberdade e a felicidade

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as *condições iniciais da liberdade*.<sup>5</sup> A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.<sup>6</sup>

O fundamento do direito ao mínimo existencial, por conseguinte, está nas *condições para o exercício da liberdade*,<sup>7</sup> que alguns autores incluem na *liberdade real*,<sup>8</sup> na *liberdade positiva*<sup>9</sup> ou até na *liberdade para*,<sup>10</sup> ao fito de diferenciá-las da liberdade que é mera ausência de constrição.

Mas a inclusão do mínimo existencial na liberdade real ou positiva será, em boa parte, a responsável pelas obscuridades do tema, eis que esses conceitos também são usados pelos escritores socialistas e marxistas, que os emburilham com a idéia de justiça. De modo que se torna crucial insistir na distinção entre justiça e liberdade, para que a última possa fundamentar a luta contra a miséria e a pobreza absoluta e, afinal, fornecer as condições iniciais para a superação da própria injustiça social.<sup>11</sup>

<sup>3</sup> Aron, R. *Essai sur les libertés*. Paris, Calmann-Lévy, 1985. p. 112.

<sup>4</sup> Paim, A. A questão da pobreza. *Carta Mensal*, CNC, 34(405): 28, 1988.

<sup>5</sup> Durig. In: Maunz; Paim; Herzog & Scholz. *Grundgesetz Kommentar*. München, C. H. Beck, 1987 art. 1º, Rdnr. 43: "Sem o mínimo existencial (*Existenzminimum*) o homem não vive, vegeta" (*Er lebt nicht, er vegetiert*); Pelayo, Garcia. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, Alianza Editorial, 1980. p. 26: "Así, no hay posibilidad de actualizar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real"; Berlin, I. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília, Universidade, 1981. p. 138: "É um fato que propicia direitos ou salvaguardas políticas contra a intervenção do Estado no que diz respeito a homens que mal têm o que vestir, que são analfabetos, subnutridos e doentes, é o mesmo que caçoar de sua condição: esses homens precisam de instrução ou de cuidados médicos antes de poderem ou utilizar uma liberdade mais ampla."

<sup>6</sup> A Suprema Corte americana declarou: "Prisoners retain a residuum of liberty (...)" (*Ohin v. Wakinekona*, 103 S. Ct. 1741-5, 1983).

<sup>7</sup> Robert, J. *Libertés publiques*. Paris, Montchrestien, 1977. p. 27: "Or ces services (de l'Etat) sont une condition même de l'exercice de sa liberté".

<sup>8</sup> Aron, R. op. cit. p. 85 e 110.

<sup>9</sup> Ch. Perelman. *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*. Paris, LGDJ, 1984. p. 179.

<sup>10</sup> Feinberg, J. *Filosofia social*. Rio de Janeiro, Zahar, 1976. p. 26.

<sup>11</sup> Ackerman, B. A. Law in an activist State. *The Yale Law Journal*, 92(7): 1.127, 1983.

Não se pode olvidar que, além da liberdade, o mínimo existencial está imbricado no problema da *felicidade* do homem. Aristóteles já afirmava ser obrigação do Estado garantir uma boa qualidade de vida, sinônimo de felicidade, da qual só não participavam os escravos e os animais, privados da liberdade de escolha.<sup>12</sup> No início do Estado moderno dar assistência aos pobres era incumbência da Igreja, que para tanto tinha direito aos dízimos eclesiásticos. Mudança importante ocorreu com o absolutismo esclarecido: passou para a responsabilidade do Estado garantir o bem-estar dos súditos, separando-se, como defendia von Justi, a felicidade eterna (*ewige Glückseligkeit*), a ser alcançada pela religião, da felicidade temporal (*zeitliche Glückseligkeit*), objetivo do Estado;<sup>13</sup> essas idéias iluministas penetraram em Portugal e no Brasil na época pombalina, aliviando o Estado da tributação do mínimo existencial, assumindo a função paternalista de garantir a felicidade geral e a assistência aos pobres e, ambigualmente, reforçando os privilégios financeiros da nobreza e do clero.<sup>14</sup> Mas é com o liberalismo que se efetiva a transferência para o Estado do dever de prestar assistência aos pobres com o produto da arrecadação de tributos; primeiro na Inglaterra, pelo trabalho de moralistas e juristas<sup>15</sup> e pela legislação iniciada com o *Poor Law Amendment Act* (1834), cumprindo ao Estado garantir a maior felicidade possível através da “razão e do direito”,<sup>16</sup> os princípios liberais transmigraram para Portugal e para o Brasil, especialmente pela influência da obra de Bentham e do seu conceito formalista de utilidade como obtenção do máximo de felicidade.<sup>17</sup> Assim, na análise da questão da pobreza há de se levar em conta as vicissitudes do princípio da felicidade entre nós, sabido que nos ciclos de autoritarismo (1930-45 e 1964-79) tem havido a ressurgência da figura do Estado fiador da felicidade dos pobres e dos ricos (e talvez mais destes que daqueles).<sup>18</sup>

### 3. Os princípios constitucionais

O mínimo existencial, que não tem dicção normativa específica, está compreendido em diversos princípios constitucionais.

<sup>12</sup> *Política*. L. III, cap. IX, § 6º. Na tradução de Barker, Ernest. *The Politics of Aristotle*. Oxford, Oxford University Press, 1952. p. 118: “But end of the state is not mere life; it is, rather, a good quality of life. [If mere life were the end], there might be a state of slaves, or even a state of animals; but in the world as we know it any such state is impossible, because slaves and animals do not share in true felicity and free choice [i. e. the attributes of a good of life].”

<sup>13</sup> Von Justi, J.H.G. *Die Grundfest zu der Macht und Glückseligkeit der Staaten*. Darmstadt, Scientia Verlag Valen, 1965, v. 2, p. 15.

<sup>14</sup> Hespanha, A. M. *Poder e instituições na Europa do antigo regime*. Lisboa, Gulbenkian, 1984. p. 68; Moncada, L. Cabral de. *Estudos de história do direito*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1949, v. 2, p. 108.

<sup>15</sup> Smith, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Lisboa, C. Gulbenkian, 1987. v. 1, p. 291.

<sup>16</sup> Bentham, J. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford, Basil Blackwell, 1948. p. 125.

<sup>17</sup> Santos, Maria Helena Carvalho dos. A maior felicidade do maior número. Bentham e a Constituição Portuguesa de 1822. In: *O Liberalismo na Península Ibérica na primeira metade do século XIX*. Lisboa, Sá de Costa, v. 1, p. 91.

<sup>18</sup> Paim, A. op. cit, p. 28: “Há naturalmente uma larga tradição de apresentar a burocracia estatal como sendo possuidora de uma espécie de delegação para defender os pobres. Esse fenômeno remonta à ascensão de Vargas ao poder.”

O princípio da *igualdade* assegura a proteção contra a pobreza absoluta, eis que esta resulta da desigualdade social.<sup>19</sup> A igualdade, af, é a que informa a liberdade, e não a que penetra nas condições de justiça,<sup>20</sup> tendo em vista que esta vai fundamentar a política orçamentária dirigida ao combate à pobreza relativa.

O direito ao mínimo existencial está implícito também na proclamação do *respeito à dignidade humana*,<sup>21</sup> na *cláusula do Estado Social de Direito*<sup>22</sup> e em inúmeras outras classificações constitucionais ligadas aos direitos fundamentais.<sup>23</sup>

#### 4. Os direitos humanos

O direito às condições mínimas de existência digna inclui-se entre os direitos da liberdade, ou direitos humanos, ou direitos individuais, ou direitos naturais, formas diferentes de expressar a mesma realidade.<sup>24</sup> Aparece explicitamente em alguns itens do art. 5º da CF de 1988, sede constitucional dos direitos humanos. O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a;<sup>25</sup> tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade;<sup>26</sup> não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente,<sup>27</sup> é dotado de historicidade, variando de acordo com o

<sup>19</sup> Aron, R. op. cit. p. 103; Abranches, Sergio Henrique. *Política social e combate à pobreza*, Rio de Janeiro, Zahar, 1987. p. 21.

<sup>20</sup> Michelman, F. On Protecting the poor through the fourteenth amendment. *Harvard Law Review*, v. 83, p. 35, 1969, separa a *equal protection*, que fundamenta os direitos econômicos e sociais, da *minimum protection*, que garante as necessidades e os interesses fundamentais. Cf., também, Gunther, G. *Constitutional law*. New York, The Foundation Press, 1985, p. 586; Kriele, M. Freiheit und Gleichheit. In: Benda, E.; Maihofer, W. & Vogel, H S. *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlin, W. de Gruyter, 1983. v. 1, p. 135.

<sup>21</sup> Durig, op. cit., art. 1º, Rdnr. 45; Scholz, R. *Sozialstaat zwischen Wachstums- und Rezessionsgesellschaft*. Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 1981. p. 35; Schneider, H. P. Eigenart und Funktionen der Grundrechte in demokratischen Verfassungsstaat. In: Perels, Joachim, ed. *Grundrechte als Fundament der Demokratie*. Frankfurt, Suhrkamp, 1979. p. 33; Nipperdey, H. C. Die Würde des Menschen. In: —. Neumann; Nipperdey; Scheuner, U., ed. *Die Grundrechte*. Berlin, Duncker & Humblot, 1954. v. 2, p. 6; Isensee, J. Verfassung ohne soziale Grundrechte. *Der Staat*, 191:371, 1980, subordina o mínimo existencial à dignidade humana (*Würde des Menschen*), que não é apenas um direito fundamental, mas o fundamento dos direitos fundamentais (*der Grund der Grundrechte*).

<sup>22</sup> Bachof, O. Begriff und Wesen des sozialen, Rechtsstaats. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1954; 12:42, 1954, Scholz, R. op. cit. p. 45; Ipsen, H. P. Gleichheit. In: Neumann; Nipperdey & Scheuner, op. cit. p. 173; Häberle, P. *Die Verfassung des Pluralismus*. Königstein, Athenäum, 1980. p. 190; Tipke. *Steuerrecht*. Köln, O. Schmidt, 1985. p. 33.

<sup>23</sup> Tipke. op. cit., p. 33; Michelman. op. cit. r. p. 35; Gunther op. cit., p. 588.

<sup>24</sup> Finnis, J. *Natural law and natural rights*. New York, Oxford University Press, 1986. p. 198: "Human rights being a contemporary idiom for natural rights: I use the terms synonymously."

<sup>25</sup> Bachof, O. *Wege zum Rechtsstaat*. Königstein, Athenäum, 1979. p. 142: "São os direitos preexistentes do indivíduo que determinam a ordem jurídica, e não a ordem jurídica que determina aqueles direitos." Huber, E. R. *Wirtschaftsverwaltungsrecht*. Tübingen, J.C.B. Mohr, 1953. v. 1, p. 691, diz que o direito público subjetivo, com referência aos direitos fundamentais, é "uma pretensão de liberdade" (*ein Anspruch auf Freiheit*).

<sup>26</sup> Neves, Nuno Santos. *O estado de necessidade no direito civil*. Vitória, Escola Técnica, 1958. p. 178.

<sup>27</sup> Ryffel, Hans. Philosophische Wurzeln der Menschenrechte. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 70:413, 1984. "Não existe nenhum catálogo de direitos humanos pronto e acabado" (*Es gibt so keinen festen und abgeschlossenen Katalog von Menschenrechten*).

contexto social.<sup>28</sup> Mas é indefinível, aparecendo sob a forma de cláusulas gerais e de tipos indeterminados.<sup>29</sup>

O mínimo existencial pode surgir também da inserção de *interesses fundamentais* nos direitos políticos, econômicos e sociais.<sup>30</sup> Os direitos à alimentação, saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o *status* daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive. A doutrina suíça, para caracterizar o mínimo existencial, recorre à expressão “direitos sociais mínimos” (*Kleinen Sozialrechte*); Michelman prefere *minimum welfare* e *minimum protection*.<sup>31</sup> De notar que é extremamente difícil definir o exato contorno desses direitos sociais tocados pelos interesses fundamentais, o que os faz dependentes da construção pretoriana. Nos Estados Unidos a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de diversas leis prejudiciais aos pobres, especialmente pelas descabidas imposições fiscais, que, por ferirem direitos fundamentais, foram consideradas classificações suspeitas (*suspect classifications*), deflagrando o controle judicial rígido (*strict scrutiny*);<sup>32</sup> assim ocorreu, por exemplo, com a cobrança de taxas limitadoras do direito de voto<sup>33</sup> ou denegatórias do acesso gratuito a benefícios previdenciários e a serviços médicos por parte de não-residentes,<sup>34</sup> bem assim, como veremos adiante, com a exigência de taxa judiciária excessiva; mas a doutrina americana vem salientando que a jurisprudência é contraditória, nebulosa e cambiante, tendo havido sensível endurecimento nos últimos anos, principalmente a partir dos julgados da Corte de Burger,<sup>35</sup> muito mais conservadora que a Corte de Warren, que dilargara a compreensão da cláusula da *equal protection*.

Estremam-se da problemática do mínimo existencial os direitos econômicos (arts. 174 a 179 da CF de 1988) e sociais (arts. 6º e 7º), que se distinguem dos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do *status negativus*, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Esta-

<sup>28</sup> Zacher, H.F. Chancen und Grenzen des Sozialstaats Rolle und Lage des Rechts. In: Koslowsky, P.; Kreuler, P. Löw, R. Chancen und Grenzen des Sozialstaats. Tübingen, J.C.B. Mohr, 1983, p. 80.

<sup>29</sup> Isensee, J. Das Grundrecht auf Sicherheit. Berlin, Walter de Gruyter, 1983, p. 47.

<sup>30</sup> Michelman. op. cit. p. 23; Gunther, G. op. cit. p. 588.

<sup>31</sup> Op. cit. p. 9 e 33.

<sup>32</sup> O Chief Justice Warren que riqueza e raça são “two factors which would in dependently render a classification highly suspect and thereby demand a more exacting judicial scrutiny”. (M. C. Donald v. Board of Election Commissioner of Chicago, 394 U.S. 802, 1969.)

<sup>33</sup> Harper v. Virginia Board of Elections (383 U.S. 663, 1966), em que o juiz Douglas disse que “voter qualifications have no relation to wealth nor to paying or not paying this or any other tax”.

<sup>34</sup> Shapiro v. Thompson (394 U.S. 618, 1969); Memorial Hospital v. Maricopa County (415 U.S. 250, 1974).

<sup>35</sup> Gunther, G. op. cit. p. 592. “Yet the legitimacy of fundamental values adjudication under the guise of equal protection is not at all clear.” Tribe, L. American constitutional law. New York, The Foundation Press, 1981, p. 1.098; Pritchett, C. Herman. Constitucional civil liberties, N. Jersey, Prentice Hall, 1984, p. 316; Epstein, R.A. Unconstitutional conditions, State power and the limits of consent. Harvard Law Review, 102(1): 211, 1988, anota que a Suprema Corte se encontra “in desperate search of doctrinal clarity in equal protection jurisprudence. The price of such clarity, however, is the reduction of equal protection analysis to a wooden formula”. Cf., também, Castro, Carlos Roberto Siqueira. O princípio da isonomia e as classificações legislativas. Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, v.11:89, 1980.

do, carecem de eficácia *erga omnes* e se subordinam à idéia de justiça social.<sup>36</sup> Esses direitos às vezes aparecem, principalmente na doutrina alemã, sob a denominação de *direitos fundamentais sociais*, em virtude de sua constitucionalização; mas, segundo a maior parte dos autores germânicos que a adotam, subordinam-se à justiça social, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade nem com o mínimo existencial.<sup>37</sup> A Constituição de 1988 abre, no Título II, dedicado aos Direitos e garantias fundamentais, o Capítulo II, que disciplina os Direitos Sociais (arts. 6º a 11), separando-os, entretanto, dos Direitos individuais e coletivos, de que trata o Capítulo I (art. 5º). A Suprema Corte dos Estados Unidos tem recusado natureza constitucional aos direitos econômicos e sociais que transcendem o mínimo tocado pelos interesses fundamentais,<sup>38</sup> como sejam os direitos à educação<sup>39</sup> ou à moradia,<sup>40</sup> fazendo-se forte no argumento de que “pobreza e imoralidade não são sinônimos”.<sup>41</sup> Vê-se, pois, que, se a emergência dos direitos sociais modificou a equação liberdade/igualdade e deu novo colorido à temática da justiça social, nem por isso transferiu a lógica e as garantias dos direitos da liberdade para os sociais, nem metamorfoseou os direitos sociais em autênticos direitos fundamentais.<sup>42</sup> Tendo em vista, porém, que a problemática dos direitos humanos está hoje em dia no centro da discussão jurídico-política, vamos encontrar, principalmente nos regimes e nos juristas de índole autoritária e socializante,<sup>43</sup> a tendência para assimilar os direitos sociais aos fundamentais: o institucionalista P. Haberle, dizendo que a diferença entre ambos é apenas de grau, defende a existência de vários direitos fundamentais sociais,<sup>44</sup> em Portugal fez muito sucesso, logo após a Revolução dos Cravos, e tese do constitucionalista J.J. Gomes Canotilho, que fa-

<sup>36</sup> Michelman, op. cit. p. 9; Huber, E. R. *Vorsorge für das Dasein*, Festschrift für E. Forsthof, 1972, p. 163; Luño, A. E. Perez. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984. p. 83.

<sup>37</sup> Badura. *Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland*. *Der Staat*, 1975, 14/27; Leibholz. *Strukturprobleme der modernen Demokratie*. München, Beck, 1967. p. 130; Schmidt, W. I. *diritti fondamentali sociali nella Repubblica Federale tedesca*. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, p. 788, 1981.

<sup>38</sup> Tribe, op. cit. p. 314 diz que a Suprema Corte não considera “basic governmental services as constitutional rights of individuals”.

<sup>39</sup> *San Antonio Ind. School Dist. v. Rodriguez* (411 U.S. k, 1973): “Education of course is not among the rights afforded explicit protection under our Federal Constitution”. No caso *Kdrmas v. Dickinson Public Schools* (108 S. Ct. 2481, 1988) a Suprema Corte, pela apertada maioria de 5 X 4, declarou constitucional a cobrança de taxa de transporte escolar às famílias pobres; Justice O’ Connor, no voto vencedor, rejeitou a alegação de que a taxa implicaria a denegação do “minimum access to education”; Justice Marshall, no voto vencido, declarou que a taxa de transporte não difere da taxa sobre a educação, concluindo que os pobres estariam prejudicados no “access to basic education”.

<sup>40</sup> *Lindsey v. Normet* (405 U.S. 56, 1972): “We do not denigrate the importance of decent, safe and sanitary housing. But the Constitution does not provide judicial remedies for every social and economic ill.”

<sup>41</sup> *Edwards v. California* (314 U.S. 160, 1941).

<sup>42</sup> Isensee, J. *Verfassung ohne soziale Grundrechte*, op. cit., p. 370; Huber, H. *Soziale Verfassungsrechte?* In: *Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht*. Zürich, Polygraphischer Verlag, 1948. p. 152; Corso, G. *I diritti sociali nella Costituzione italiana*. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. p. 784, 1981, averba que a extensão da lógica dos direitos da liberdade aos direitos sociais conduz “alla ingovernabilità delle società evolute”.

<sup>43</sup> Huber, H. op. cit. p. 156.

<sup>44</sup> p. cit. p. 181: “Todas as diferenças são de grau; por exemplo, todos os direitos fundamentais são direitos fundamentais sociais (*soziale Grundrechte*) em sentido amplo.

lava em “direitos subjetivos públicos, sociais, econômicos e culturais, mesmo na parte em que pressupõem prestações do Estado”;<sup>45</sup> no Brasil alguns juristas defenderam<sup>46</sup> e defendem<sup>47</sup> que os direitos sociais constituem direitos públicos subjetivos.

## 5. Status do mínimo existencial

O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de *status negativus* e de *status positivus*, sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se co-implicam mutuamente a proteção constitucional positiva e a negativa.

### 5.1 Status negativus e imunidades

Os direitos da liberdade exibem o *status negativus*, que significa o poder de autodeterminação do indivíduo, a liberdade de ação ou de omissão sem qualquer constrangimento por parte do Estado.<sup>48</sup>

O *status negativus* do mínimo existencial se afirma, no campo tributário, através das *imunidades fiscais*: o poder de imposição do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência.<sup>49</sup>

#### 5.1.1 Imunidades implícitas

Algumas imunidades estão *implícitas* no texto maior.

A Constituição de 1946 (art. 15, § 1º) garantia a imunidade ao mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica.<sup>50</sup> Hoje desapareceu o dispositivo e a proteção se efetiva sob a forma de isenções do IPI e do ICM, asseguradas nas respectivas legislações.

<sup>45</sup> *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra, Coimbra Ed, 1982. p. 371.

<sup>46</sup> Campos, Francisco. *O Estado nacional*. Rio de Janeiro, José Olympio, 1941. p. 55: “(...) o cidadão deixa de ser o homem livre, ou o homem em revolta contra o poder para ser o titular de novos direitos, positivos e concretos, que lhe garantam uma justa participação nos bens da civilização e da cultura.”

<sup>47</sup> Saraiva, Paulo Lopo. *Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Forense, 1983. p. 28: “O direito social constitucional é um direito fundamental, insito à pessoa humana, que, sem o exercício deste, jamais poderá realizar seus mínimos objetivos”; Mello, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público* 57/58: 255, 1981, afirma que “todas as normas constitucionais concernentes à justiça social” geram direitos que “são verdadeiros direitos subjetivos na acepção mais comum da palavra”.

<sup>48</sup> Isensee. Die verdrängten Grundpflichten des Bürgers. *Die öffentliche Verwaltung*, 1982. p. 615; Rivero, J. *Les Libertés publiques*. Paris, PUF, 1984. p. 22; Huber, E.R. op. cit. p. 691.

<sup>49</sup> Ponts de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970. p. 413: “O direito que corresponde à imunidade é direito de *status negativus*, como são os direitos da liberdade”; Durig. op. cit. art. 1º, Rdnr. 44, fala em garantia do mínimo existencial como imunidade tributária (*Gewährleistung des Existenzminimums als steuerfrei*).

<sup>50</sup> Baleeiro, A. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1981. p. 585, não a considerava imunidade mas “apenas princípio programático, que, por não ser auto-executável, dependeria sempre de lei do Estado”.

O imposto de renda não incide sobre um mínimo imprescindível à sobrevivência do declarante, nem sobre as quantias necessárias à subsistência de seus dependentes, dedutíveis da renda bruta. Cuida-se de imunidade do mínimo existencial, embora apareça na lei ordinária, posto que materialmente remonta às fontes constitucionais.<sup>51</sup>

Em todos esses casos estamos diante da proteção negativa do mínimo existencial assegurada pelo mecanismo da *imunidade*. Pouco importa que na legislação ordinária apareça sob o rótulo de *isenção*. Pois o que caracteriza verdadeiramente a imunidade, ao contrário do que pensam os positivistas, não é a fonte formal e imediata de que promana, mas a circunstância de ser um predicado dos *direitos da liberdade* e de ter um fundamento pré-constitucional.

Essas imunidades funcionam frequentemente como mecanismo de compensação das prestações positivas estatais. O legislador, até pela maior facilidade de sua quantificação, pode substituir as subvenções pelas deduções do imposto de renda para as despesas médico-hospitalares ou para o sustento dos filhos e dependentes, pelas isenções dos impostos indiretos para os gêneros de primeira necessidade etc., que são formas de imunidade. Por evidente que as prestações positivas seriam mais justas, pela possibilidade de adequação às situações individuais dignas do apoio estatal e pela circunstância de que é inócuo aliviar a tributação do pobre;<sup>52</sup> mas a sua compensação com as imunidades, sobre atender o dever constitucional do Estado, torna-se operacionalmente menos complicada e juridicamente mais segura, posto que o pagamento das subvenções participa da esfera da discricionariedade administrativa.

### 5.1.2 Imunidades explícitas

Outras imunidades do mínimo existencial aparecem *explicitamente* no texto constitucional.

O art. 5º, item XXXIV, da CF de 1988 assegura, para a defesa de direitos, independentemente do pagamento de *taxas*, o direito de petição aos poderes públicos e a obtenção de certidões.

O art. 5º, itens LXXIII e LXXII prevê a gratuidade da ação popular, do *habeas-corpus* e do *habeas-data*.

O art. 5º, item LXXIV diz que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. O dispositivo da Constituição de 1967, na redação da Emenda nº 1, de 1969 (art. 153, § 32) declarava que seria “concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei”. A extensão das normas é a mesma, pois presume-se a necessidade da assistência gratuita, só se exigindo a prova se houver impugnação. A imunidade compreende a não-incidência da taxa judiciária,<sup>53</sup> e se estende também ao tributo excessivo que

<sup>51</sup> Barbosa, Rui, op. cit. p. 62: “Considero absoluta a necessidade de não submeter à ação do imposto direto o mínimo necessário à existência (*Existenzminimum*), nas classes mais desfavorecidas”; Tipke, op. cit. p. 55: “O mínimo existencial familiar é um tabu para o poder fiscal. É garantido pelos arts. 1º, I; 6º, I; 14; 20 da Constituição” (*Das familiäre Existenzminimum ist für die Steuergewalt tabu. Es wird garantiert durch Art. 1, I; 6, I; 14; 20 GG*).

<sup>52</sup> Czub, *Verfassungsrechtliche Gewährleistungen bei der Auferlegung steuerlicher Lasten*. Berlin, Duncker & Humblot, 1982. p. 142.

<sup>53</sup> RE nº 85.485, ac. da Segunda Turma do STF, de 26 de outubro de 1976, rel. Min. Moreira Alves, *RTJ*, 81/249; RE nº 93.178, ac. da Segunda Turma de 10 de abril de 1981, rel. Min. Cordeiro Guerra, *RTJ*, 98/474.

possa prejudicar o direito de ingresso em juízo, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal.<sup>54</sup> Nos Estados Unidos a Suprema Corte proclama o direito de acesso dos pobres à Justiça independentemente do pagamento de tributo quando, além de o ingresso em juízo ser a única possibilidade objetiva de solução do conflito, o *interesse seja fundamental*, o que se dá, por exemplo, em processo de *habeas-corpus*<sup>55</sup> ou de divórcio,<sup>56</sup> que envolvem direitos da liberdade, mas não ocorre nos casos de insolvência civil,<sup>57</sup> revisão criminal<sup>58</sup> e controle de constitucionalidade da lei estadual prejudicial ao pobre,<sup>59</sup> que não tocam nos direitos fundamentais.<sup>60</sup>

O art. 5º, item LXXVI, estabelece que “são gratuitos para os reconhecidos pobres, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito”.

O art. 150, item VI, letra c proíbe os impostos sobre as instituições de educação e de assistência social. Trata-se de *imunidade do mínimo existencial*, a proteger as entidades filantrópicas que prestem assistência social ou eduquem pessoas pobres, em ação substitutiva do Estado. O Supremo Tribunal Federal, todavia, assim não entendeu e disse que o direito à imunidade prescinde da gratuidade do serviço e do estado de pobreza dos beneficiados, o que dilargou a garantia constitucional para a defesa de direitos sociais e econômicos;<sup>61</sup> e ainda estendeu a imunidade às entidades e fundações mantidas por empresas<sup>62</sup> e às entidades de previdência privada,<sup>63</sup> que atuam exclusivamente em favor de seus associados. Desvirtuou-se, em parte, a imunidade das instituições de educação e assistência social,

<sup>54</sup> Repr. nº 1.077, ac. do Pleno, de 28 de março de 1984, rel. Min. Moreira Alves. *RTJ*, 112/34: “Se a taxa judiciária, por excessiva, criar obstáculo capaz de impossibilitar a muitos a obtenção da prestação jurisdicional, é ela inconstitucional, por ofensa ao disposto na parte inicial do § 4º do art. 153 da Constituição.”

<sup>55</sup> *Griffin v. Illinois*, 351 US 12 (1956); *Douglas v. California*, 372 US 353 (1963).

<sup>56</sup> *Boddie v. Connecticut*, 401 US 371 (1971).

<sup>57</sup> *United States v. Kras*, 409 US 434 (1973).

<sup>58</sup> *Ross v. Moffitt*, 417 US 600 (1974).

<sup>59</sup> *Ortwein v. Schwab*, 410 US 653 (1973).

<sup>60</sup> A doutrina americana defende a maior extensão da garantia constitucional, alegando ser injusto estabelecer critérios de aferição de pobreza que humilhem os pobres (Michelman. op. cit. p. 29), afirmando que retirar de uma pessoa o direito de ter os seus interesses examinados em juízo equivale a tratá-la como um objeto e não como cidadão participante (Karst, Kenneth, *Equal citizenship under the fourteenth amendment. Harvard Law Review*, 91:29, 1977) ou denunciando o “Triumph of the State Fisc” (L. Tribe, L. op. cit. p. 118 e 1.122).

<sup>61</sup> RE nº 70.541, ac. da 1ª turma, de 23 de março de 1971, rel. Min. Barros Monteiro, *RTJ*, 57/274.

<sup>62</sup> RE nº 89.012, ac. da Segunda Turma de 14 de abril de 1978, rel. Min. Moreira Alves, *RTJ*, 87/684: “É instituição de assistência social, entidade mantida por empresas para prestar, gratuitamente, serviços de assistência a diretores, empregados e dependentes destas, uma vez que, além de preencherem os requisitos do art. 14 do CTN, auxiliam o Estado na prestação de assistência social aos que necessitem dela, embora em área circunscrita”; RE nº 108.796, ac. da Segunda Turma de 30 de junho de 1986, rel. Min. Carlos Madeira, *RTJ*, 121/754: “Fundação de assistência social, destinada a propiciar bem-estar ao grupo de pessoas vinculadas às empresas patrocinadoras. A natureza pública da instituição não provém da generalidade de seus participantes e beneficiários, mas dos fins sociais a que atende.”

<sup>63</sup> Agr. Instr. nº 120.744 (Ag. Reg.), ac. da Segunda Turma, 17 de novembro de 1987, rel. Min. Francisco Rezek, *RTJ*, 124/853.

com proteger ricos e pobres, ao contrário do que acontece em outras nações, mais ricas que a nossa.<sup>64</sup>

O art. 153, § 2º, item II, reza que o imposto de renda não incidirá, nos termos e limites fixados em lei, sobre rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão pagos pela previdência social a pessoa “com idade superior a 65 anos, cuja renda total seja constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho”.

O art. 153, § 4º, assegura a imunidade do imposto sobre propriedade territorial rural incidente sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel.

Os arts. 197 e 198 garantem a assistência médica preventiva e o atendimento nos hospitais do governo, independentemente do pagamento de taxa ou de contribuição para o sistema previdenciário. O direito à assistência médica foi assegurado pela Suprema Corte americana aos que, inclusive em decorrência das migrações internas, não houvessem contribuído para o sistema previdenciário local, com o que se tornou secundária a “integridade fiscal” dos programas governamentais.<sup>65</sup>

O art. 203 prevê, também, independentemente de contribuição à seguridade social, a assistência social a quem dela necessita.

O tema da educação mereceu especial atenção por parte do Constituinte. O art. 206, IV, garantiu a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, revogando a norma anterior, mais afinada com proteção aos pobres e a imunidade do mínimo existencial, que estabelecia a gratuidade “para quantos, no nível médio e no superior, demonstrarem efetivo aproveitamento e provarem falta ou insuficiência de recursos” (art. 176, § 3º, item III, da CF de 1967, com a Emenda de 1969).<sup>66</sup> O art. 208, I, estatui como dever do Estado a garantia de “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria”, o que constitui uma das mais importantes formas de proteção da pobreza; e o § 1º desse mesmo art. 208 acrescenta que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”, dando voz constitucional ao ensinamento de Pontes de Miranda.<sup>67</sup> O art. 212, § 4º, prevê ainda que os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde do educando no ensino fundamental serão financiados também com recursos provenientes do orçamento.

### 5.1.3 Fundamento das imunidades

É necessário que se enfatizem dois pontos essenciais da temática da imunidade: a) o seu fundamento é pré-constitucional,<sup>68</sup> de modo que a não prejudica a falta de

<sup>64</sup> O Código Tributário Alemão prescreve, no art. 52: “Uma entidade tem objetivo de utilidade pública, quando a sua atividade é orientada no sentido da promoção social, que ela desenvolve desinteressadamente no campo material, espiritual ou moral. Deixa de ocorrer promoção social se o círculo de pessoas beneficiadas é muito restrito, como, por exemplo, quando pertence a uma família ou a quadro pessoal de uma empresa.” Tradução de Alfred. J. Schmid et alii. *Novo Código Tributário Alemão*. São Paulo, Forense, IBDT, 1978, p. 20.

<sup>65</sup> *Memorial Hospital v. Maricopa Country*, 415 US 250 (1974).

<sup>66</sup> Na Suíça, os tribunais negaram o direito à educação superior gratuita (cf. Müller, J. P., op. cit. p. 65). Na Alemanha foi reconhecido com fundamento no princípio da liberdade de profissão (cf. Tettinger, P.) *Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Archiv des öffentlichen Rechts*, 108:127, 1983.

<sup>67</sup> *O acesso à cultura como direito de todos*. Tese. Rio de Janeiro, V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 1974. p. 31: “É preciso que se crie, para todos, o direito subjetivo à educação.”

<sup>68</sup> Pontes de Miranda. *Comentários...* op. cit. p. 407; Isensee. *Die vedrängten Grundpflichten...* op. cit. p. 617.

declaração expressa no texto maior, nem adquire a sua natureza qualquer não-incidência prevista na CF; b) é predicado dos direitos da liberdade, pouco importando para a sua compreensão a idéia de justiça e o princípio da capacidade contributiva.<sup>69</sup> A matéria deve ser reexaminada à luz da Constituição de 1988, posto que foi desinterpretada durante o regime autoritário. De recordar que a imunidade, ao tempo do Estado patrimonial, emanava da liberdade estamental ou corporativa e protegia contra os impostos o clero e a nobreza, mas não alcançava os pobres, que eram protegidos pela atividade assistencial da Igreja. Com o advento do Estado de direito, limitado pela liberdade individual, a imunidade fiscal transferiu-se para o cidadão, na fórmula feliz da Constituição americana (art. 4º, seção II, 14ª emenda), nela se incluindo a proteção do mínimo existencial.<sup>70</sup> Durante 200 anos esses princípios informaram a elaboração e o aprofundamento da teoria dos direitos humanos na cultura ocidental. Entre nós a ruptura se deu no regime autoritário inaugurado em 1964, que, apropriando-se do discurso positivista pretensamente dotado de cientificidade, segundo o qual a imunidade tributária é qualquer não-incidência estabelecida na Constituição,<sup>71</sup> confundiu a imunidade com a isenção e a não-incidência e deu àquela o mesmo fundamento destas, ou seja, disse que a utilidade ou a justiça social podem fundamentá-la. Com isso enfraqueceram-se as garantias do mínimo existencial, ao mesmo tempo que se dilargou a proteção dos direitos sociais e, principalmente, dos direitos econômicos da burguesia, ganhando *status* de imunidade, segundo a maior parte da doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as exportações de produtos industrializados para o estrangeiro, os investimentos das empresas educacionais e os ganhos das entidades de previdência fechada.

## 5.2 *Status positivus libertatis* e privilégios

Os direitos da liberdade, neles incluído o mínimo existencial, exibem, além do *status negativus*, o *status positivus*, pois dependem das prestações positivas e igualitárias do Estado. Jellinek<sup>72</sup> já observava que a garantia jurisdicional constituía o *status positivus* da liberdade. Ao lado da prestação jurisdicional, o Estado deve garantir também positivamente as liberdades através da polícia, das forças armadas, da diplomacia etc.<sup>73</sup> Os direitos fundamentais, em suma, são garantidos pelos serviços públicos e por isso mesmo lhes constituem o fundamento.<sup>74</sup>

<sup>69</sup> Tipke. op. cit. p. 55: "A capacidade contributiva só começa para lá do mínimo existencial" (*Die steuerliche Leistungsfähigkeit beginnt erst jenseits des Existenzminimums*); Ollero, G. Casado. El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta. *Civitas*, v. 34, p. 196, 1982: "... la capacidad susceptible de tributación debe situarse entre el mínimo de existencia y el máximo no confiscatorio, exigencias ambas que constituyen presupuestos y límites de imponibilidad"; Böckenförde, E. W. *Steuergerechtigkeit und Familienlastenausgleich. Steuer und Wirtschaft*, p. 336, 1986; Lerner, M. *Abzug des Grundfreibetrage von der Bemessungsgrundlagen oder von der Steuerschuld? Steuer und Wirtschaft*, p. 59, 1986; Birk, D. *Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Masstab der Steuernormen*. Köln, Peter Deubner Verlag, 1983. p. 55.

<sup>70</sup> Mann, F. K. *Steuerpolitische Ideale*. Stuttgart, Gustav Fischer Verlag, 1978. p. 166.

<sup>71</sup> Cf., por todos, Souza, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Rio de Janeiro, Financeiras, 1964. p. 72: "Uma hipótese especial de não-incidência é a imunidade."

<sup>72</sup> *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*. Milano, Società Editrice Libreria, 1912. p.117.

<sup>73</sup> Cf. Isensee. *Das Grundrecht auf Sicherheit*. op. cit. p. 21: "A proteção do Estado constitui o *status positivus* do cidadão (*Der Schutz des Staates konstituiert den status positivus des Bürgers*); Hesse, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg, C. F. Müller, 1980. p.123.

<sup>74</sup> Lima, Ruy Cirne. Organização administrativa e serviço público no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Público*, 59/60, p. 131: "Na verdade, os direitos fundamentais, assegurados na Constituição, ao revés de limite, são, quanto aos serviços públicos, o fundamento e a razão de ser destes."

Mas o mínimo existencial, como *condição da liberdade*, postula ainda prestações positivas de natureza assistencial<sup>75</sup> ou, como define a doutrina germânica, cria a pretensão jurídica à assistência social (*Rechtsanspruch auf öffentliche Fürsorge*).<sup>76</sup> Essas prestações, todavia, têm caráter nitidamente *subsidiário*, eis que o Estado só estará obrigado a entregá-las quando o sistema previdenciário público ou privado falhar em sua missão e o indivíduo não possuir os meios indispensáveis à sobrevivência.<sup>77</sup>

A proteção positiva do mínimo existencial se realiza de diversas formas. Primeiramente pela entrega de prestações de serviço público específico e divisível, que serão *gratuitas* pela atuação do mecanismo constitucional da imunidade das taxas e dos tributos contraprestacionais, como vimos a propósito da prestação jurisdicional, da educação primária, da saúde pública etc. O *status positivus libertatis* pode ser garantido também pelas subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, públicas ou privadas, que, como dissemos, muitas vezes se compensam com as imunidades. A entrega de bens públicos (roupas, remédios, alimentos etc.), especialmente em casos de calamidade pública ou dentro de programas de assistência à população carente (merenda escolar, leite etc.), independentemente de qualquer pagamento, é outra modalidade de tutela do mínimo existencial.

A proteção estatal, repita-se, visa a garantir as *condições da liberdade*, a segurança do mínimo existencial<sup>78</sup> e a personalidade do cidadão, não prevalecendo aqui as considerações de *justiça*. Por isso mesmo não se confunde esse *status positivus libertatis* com o *status positivus socialis*, constituído pelas prestações estatais entregues para a proteção dos direitos econômicos e sociais e para a seguridade social.<sup>79</sup> O *status positivus socialis* é de suma importância para o aperfeiçoamento do estado social de direito, sob a sua configuração de estado de prestações<sup>80</sup> e em sua missão de protetor dos direitos sociais e de curador da vida social, responsável pela previsão ou cura da existência (*Daseinsvorsorge* para os alemães): compreende o fornecimento de serviço público inessencial (educação secundária e superior, saúde, moradia etc.) e as prestações financeiras em favor dos fracos, especialmente sob a forma de subvenções sociais. O *status positivus socialis* depende da situação econômica do país e da riqueza nacional, sendo tanto

<sup>75</sup> Müller, J. P. op. cit. p. 66; Corso, G. op. cit. p. 755; Rivero. op. cit. v. 1, p. 25; Colliard. *Libertés publiques*. Paris, Dalloz, 1982. p. 774; Stern, K. Von den Bedingungen der Freiheit. In: Denninger, E., (ed.) *Freiheitliche demokratische Grundordnung*. Frankfurt, Suhrkamp, 1977. p. 290: "Um certo *quantum* à assistência social (*staatlicher Daseinsvorsorge*) é indispensável; é precondição da liberdade (*Vorbedingung der Freiheit*); Andrade, J. C. Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra, Almedina, 1983. p. 203.

<sup>76</sup> Ipsen, H. P. op. cit. p. 173; Scholz, R. op. cit. p. 35; Schneider, H. P. op. cit. p. 33; Bachof. op. cit. p. 42; Dürig. op. cit. art. 1º, Rdnr. 44, fala de direito subjetivo à assistência social (*subjektives öffentliches Recht auf Fürsorge*); Nipperdey. op. cit. p. 6, traduz o *status positivus* no direito a um mínimo de bens materiais *Recht auf ein Mindestmass an substantiellen Gütern*).

<sup>77</sup> Czub, H. J. op. cit. p. 128; Scholz. op. cit. p. 513; Kaiser, J. Die Verfassung der öffentlichen Wohlfahrts-pflege. *Festschrift für U. Scheuner*, 1973. p. 245.

<sup>78</sup> Bauer, H. Altes und Neus zur Schutznormtheorie. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 113(4): 619, 1988.

<sup>79</sup> Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, op. cit. p. 22; Rupp, H. H., Vom Wandel der Grundrechte, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 101(2): 179, 1976.

<sup>80</sup> Torres, Ricardo Lobo. *Sistemas constitucionais tributários*. Rio de Janeiro, Forense, 1986. p. 596; Tácito, Caio. Do direito individual ao direito difuso. *Revista de Direito Administrativo*. v. 157, p. 6, 1984.

mais abrangente quanto mais rico e menos suscetível a crises seja o Estado, motivo por que não tem dimensão originariamente constitucional,<sup>81</sup> sendo objeto da legislação ordinária e da política social e econômica. As prestações positivas para o apoio aos direitos sociais<sup>82</sup> não são obrigatórias,<sup>83</sup> posto que derivam da idéia de justiça; af está outro traço distintivo para com o *status positivus libertatis*, que gera a obrigatoriedade da entrega de prestações positivas para a defesa dos direitos fundamentais, constituindo direito público subjetivo do cidadão. O *status positivus socialis*, ao contrário do *status positivus libertatis*, se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural,<sup>84</sup> isto é, sob a ‘reserva do possível’<sup>85</sup> ou na conformidade da autorização orçamentária.<sup>86</sup> É sugestivo verificar que os autores de posição institucionalista ou socialista, que atribuem aos direitos sociais as garantias dos fundamentais, falam em direito originário às prestações estatais mas não conseguem superar a dificuldade representada pela necessidade de lei concessiva; assim acontece, por exemplo, com J. J. Gomes Canotilho,<sup>87</sup> que, depois de sublinhar ‘que o *status* social do cidadão pressupõe, de forma inequívoca, o direito a prestações originárias (saúde, habitação, ensino etc. *Originäre Leistungsansprüchen*)’, conclui contraditoriamente que “não obstante se falar aqui da efetivação dentro de uma ‘reserva do possível’, parece claro que a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais é mais que um simples ‘apelo’ ou uma problemática de direitivas, para se tornar em verdadeira *imposição constitucional*”.

No Brasil, durante o último ciclo autoritário, confundiu-se inteiramente o *status positivus libertatis* com o *status positivus socialis*. Até porque se perdeu o contato com o problema dos *privilégios*. Recorde-se que, no estado patrimonial, os privilégios consistiam em exonerações fiscais ou prestações positivas concedidas pelo rei em benefício do clero e da nobreza. No estado de direito transferiram-se, juntamente com as imunidades, como proclamou a Constituição dos Estados Unidos, para o cidadão. *Privilégio*, portanto, passou a significar a impossibilidade de discriminação entre os cidadãos que estejam em igualdade de condições, seja pelas exonerações fiscais, seja pela entrega de prestações positivas; e, inversamente, pela possibilidade de discrimine em favor de quem se encontre em situação desigual.<sup>88</sup> Na vigência da Constituição revogada foram completamente desrespeitadas

<sup>81</sup> Hesse, K. op. cit. p. 123.

<sup>82</sup> O direito à prestação positiva é chamado por Burdeau (*Les Libertés publiques*. Paris, LGDJ, 1961. p. 21) de *droit-créance*, por oposição ao *droit-protection*, que garante a liberdade; a doutrina alemã emprega a expressão *Teilhaberecht*, que significa direito à participação (cf., por todos, Haverkate, G. *Rechtsfragen des Leistungsstaats*. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1983. p. 3).

<sup>83</sup> Scheuner. *Staatszielbestimmungen*. In: Friedrich, M. *Verfassung*. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978. p. 513; Isensee. *Das Grundrecht auf Sicherheit*. cit. p. 34; Czub, op. cit. p. 141; Rivero, op. cit. p. 124.

<sup>84</sup> Badura, op. cit. p. 26; Aron, R. op. cit. p. 129.

<sup>85</sup> A “reserva do possível” é tradução da expressão *Vorberhalt des Möglichen* cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha (BVerGE 33, p. 303/33) e adotada pela doutrina germânica: Isensee. *Verfassung ohne soziale Grundrechte*. op. cit. p. 381; Badura, op. cit. p. 36. Vem sendo utilizada em Portugal – cf. Andrade, J. C. Vieira de. op. cit. p. 201.

<sup>86</sup> Isensee. *Verfassung ohne soziale Grundrechte*. op. cit. p. 372 diz que as prestações sociais dependem da “soberania orçamentária do legislador” (*Haushaltssouveränität des Gesetzgebers*).

<sup>87</sup> *Direito constitucional*. Coimbra, Almedina, 1981. v. 2, po. 193.

<sup>88</sup> Tribe, L. H. op. cit. p. 41; Kriele, M. op. cit. p. 152.

essas limitações, concedendo-se indiscriminadamente subvenções e subsídios para a burguesia e isenções para militares, juízes e deputados e ferindo-se os privilégios do cidadão pobre, a quem pouco se concedeu. A CF de 1988 veio corrigir essas distorções: *primo*, com ampliar o quadro da proibição de privilégios, vedando – além das distinções, diferenças e preferências em relação a estados e municípios (arts. 151 e 152), que já constavam de textos anteriores – a instituição de “tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos” (art. 150, II); *secundo*, com proclamar o princípio da transparência, determinando que “o projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia” (art. 165, § 6º); *tertio*, com estabelecer o controle interno e externo da “aplicação das subvenções e renúncia de receitas” (art. 70); *quarto*, com determinar a reavaliação de todos os incentivos fiscais de natureza setorial anteriormente concedidos (art. 41, do Ato das Disposições Transitórias).

#### 6. O mínimo existencial e o processo democrático

O mínimo existencial, assim pelo seu aspecto negativo como pela necessidade da proteção positiva, carece, para se concretizar, do processo democrático, do *due process of law*, da separação e interdependência dos poderes e do federalismo. O trabalho da legislação, da administração e, sobretudo, da jurisprudência contribui para a efetividade das condições mínimas da vida humana digna. Esse processo democrático, todavia, é complementar e atualizador, posto que o mínimo existencial radica na Constituição, tendo, como os direitos fundamentais, *status constitucional*.<sup>89</sup>

A problemática do processo adquire importância decisiva no campo dos direitos econômicos e sociais, carentes da concessão legislativa.<sup>90</sup> Alguns juristas chegam a falar em *status activus processualis* para a garantia de tais direitos. O institucionalista P. Häberle, ao transformar os direitos sociais em fundamentais, esbarrou na dificuldade incontornável da inexistência de ação judicial para se obter a prestação estatal positiva; imaginou, então o *status activus processualis*, em que os direitos de participação seriam garantidos pelo *processo*, entendido em sua dimensão mais larga (legislativo, administrativo e judicial), eis que aqueles direitos já existem *in processus*,<sup>91</sup> passou da idéia de reserva da lei para a da reserva de processo (*vom Gesetzesvorbehalt zum Verfahrensvorbehalt*);<sup>92</sup> salientando que a liberdade é garantida por um sistema complexo de proteção (*Gesamtrechtsschutzsystem*)<sup>93</sup> em que, além da proteção da lei e da jurisdição, há uma “proteção não-

<sup>89</sup> Hesse, K. op. cit. p. 119 se refere ao “status constitucional do indivíduo” (*verfassungsrechtliche Status des Einzelnen*).

<sup>90</sup> Cf. Luño, Perez. op. cit. p. 88.

<sup>91</sup> p. cit. p. 185.

<sup>92</sup> Id. ibid. p. 195.

<sup>93</sup> Id. ibid. p. 202.

judicial” (*nichtjudizieller Schutz*), obtida pelo consenso de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” (*offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*).<sup>54</sup> Teorias como a de Häberle representam, a toda evidência, uma saída mágica, tão ao gosto do sociologismo e do institucionalismo, para o impasse criado pela assimilação dos direitos sociais aos da liberdade:

## 6.1 Legislação

Não obstante tenha estatura constitucional, o direito às condições mínimas de existência digna às vezes só aparece no discurso da lei ordinária. As imunidades fiscais, como vimos, se convertem em *isenções* dos impostos indiretos sobre os bens de consumo popular ou necessários à alimentação, em *descontos* e *abatimentos* do imposto de renda pelas despesas familiares e de tratamento médico, em *subvenções* etc.

Outras vezes a legislação vem regulamentar normas constitucionais, como aconteceu com a Lei nº 1.060/50, que dispôs sobre a assistência judiciária gratuita aos necessitados. O Código Tributário Nacional (art. 14) criou exigência para o reconhecimento das imunidades das instituições assistenciais, o que não implica restringir direitos fundamentais, pois a própria Constituição autoriza que a lei complementar regule as limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 146. II). Excluem-se do processo legislativo, entretanto, as restrições das imunidades que possam ofender os direitos fundamentais, bem como a extensão da qualidade de imune a direito que não seja fundamental. Houve uma lei ordinária federal,<sup>55</sup> em boa hora revogada,<sup>56</sup> que estendeu a imunidade das instituições de assistência social às entidades de previdência privada; sucede que não incumbe à previdência fechada e defesa dos direitos da liberdade nem a garantia do mínimo existencial, mas, apenas, a dos direitos sociais de funcionários de grandes empresas – especialmente das estatais – o que tornava inconstitucional a extensão da imunidade, que só poderia subsistir como isenção.<sup>57</sup>

As constituições dos estados-membros servem, em parte, de fonte para a garantia do mínimo existencial. As imunidades explícitas da Constituição Federal não podem ser objeto de disciplina pelo texto estadual, sob pena de se admitir ou a sua restrição, com ofensa a direitos fundamentais, ou a sua ampliação, caso em que se tomariam isenções, que não têm voz constitucional. Mas as imunidades implícitas e as prestações positivas do mínimo existencial tornam-se objeto do direito constitucional dos estados-membros, como vem acontecendo em outras federações,<sup>58</sup>

<sup>54</sup> Id. *ibid.* p. 90.

<sup>55</sup> Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, art. 39, § 3º: “As entidades fechadas são consideradas instituições de assistência social, para os efeitos da letra c, do item III, do art. 19 da Constituição.”

<sup>56</sup> Decreto-lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983 – art. 6º, § 3º.

<sup>57</sup> Silveira, Lindemberg da Mota. Previdência privada. Instituição de assistência social. Imunidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 157, p. 319, 1984. Contra: Nascimento, Carlos Valder do. A Previdência privada como assistência social. *Revista de Direito Tributário*, v. 29/30, p. 247, 1984; Nogueira, Ruy Barbosa. Imposto de renda na fonte e previdência social: In: —, coord. *Direito tributário atual*. São Paulo, IBDT/Resenha Tributária, 1984. v. 4, p. 710, que considera inconstitucional a revogação, por decreto-lei, de uma imunidade reconhecida “didaticamente”.

<sup>58</sup> Tribe, *op. cit.* p. 307; Note. The Interpretation of State Constitutional Rights. *Harvard Law Review*, 95(6): 1.328, 1982 Wahl, Rainer. Grundrechte und Staatszielbestimmungen im Bundesstaat. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 112(1): 31, 1987; Bethge, H. Die Grundrechtssicherung im föderativen Bereich. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 110(2): 196, 1985.

posto que, tendo o seu fundamento nas condições da liberdade, são insuscetíveis de se confundirem com as isenções.<sup>99</sup>

Muito para notar que os direitos fundamentais *prescindem de lei ordinária* que os garanta. O *status negativus* decorre das próprias normas constitucionais. O *status positivus*, no que concerne às prestações jurisdicionais e de segurança do mínimo existencial, bem como às prestações positivas de bens e serviços não fica à mercê de regulamentação do sistema legislativo infraconstitucional, pois se vincula à própria organização estatal,<sup>100</sup> sendo as despesas respectivas cobertas com a arrecadação dos impostos, tributos de natureza não-contraprestacional. A lei ordinária pode explicitar ou aprofundar o discurso sobre os direitos fundamentais, pela proximidade entre liberdade e normatividade,<sup>101</sup> mas não os cria.

Aqui encontramos uma das diferenças mais importantes entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais. Enquanto aquele pode prescindir da lei ordinária, os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da *concessão* do legislador.<sup>102</sup> As normas constitucionais sobre os direitos econômicos e sociais são meramente *programáticas*, restringem-se a fornecer as diretrizes ou a orientação para o legislador e não têm eficácia vinculante.<sup>103</sup> As prestações positivas para a proteção desses direitos implicam sempre despesa para o ente público, insuscetível de ser imputada à arrecadação dos impostos ou, sem lei específica, aos ingressos não-contraprestacionais. Por isso mesmo carecem de *status* constitucional, eis que a Constituição não se envolve com autorizações de gastos públicos, não se imiscui com problemas econômicos conjunturais<sup>104</sup> nem procede à discriminação das despesas e dos serviços entre a União, os estados e os municípios,<sup>105</sup> assuntos reservados com exclusividade à lei ordinária de cada qual das três esferas de go-

<sup>99</sup> O Supremo Tribunal Federal, entretanto, baseando-se no conceito meramente topográfico e positivista das imunidades, declarou inconstitucional o dispositivo da Constituição do estado do Rio de Janeiro, de 1975 (art. 116, parágrafo único, letra e), que previa o dever de “isentar o assalariado, chefe de família numerosa, de baixa renda, do pagamento do imposto de transmissão *inter vivos* na aquisição da casa própria” (Rep. nº 937, ac. do Pleno, de 9 de novembro de 1977, rel. Min. Cunha Peixoto, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 36, p. 133, 1980.

<sup>100</sup> Huber, H. op. cit. p. 156; Schmidt, W. op. cit. p. 800; Bauer, H. op. cit. p. 619.

<sup>101</sup> Ryffel, H. op. cit. p. 407, fala em direitos humanos como “liberdade normativa” (*normative Freiheit*). Cf., também, Luchaire, F. El Consejo constitucional frances. In: Favoreu, L. org. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid, CEC, 1984. p. 70.

<sup>102</sup> A doutrina alemã serve-se de trocadilho para dizer que os direitos sociais são concedidos (*gewährt*), e não garantidos (*gewährleistet*) – cf. Huber, H. op. cit. p. 157; Bethge, H. Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik. *Der Staat*, 24(3): 376, 1985.

<sup>103</sup> Hesse, K. op. cit. p. 89; Scholz, op. cit. p. 38; Badura, op. cit. p. 45; Schmidt, W. op. cit. p. 800; Corso, G. op. cit. p. 762; Andrade, J. C. Vieira de. op. cit. p. 209: “Só uma vez emitida a legislação destinada a executar os preceitos constitucionais em causa é que os direitos sociais se consolidarão como direitos subjetivos, mas, então, não valem como direitos fundamentais, mas enquanto direitos concedidos por lei.”

<sup>104</sup> Perry, M. *The Constitution, the courts and human rights*. New Haven, Yale University Press, 1982. p. 164; Hettlage, K. M. Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1956, v. 14, p. 9; Isensee. *Verfassung ohne soziale Grundrechte*. op. cit. p. 381, observa que a proteção dos direitos sociais depende da conjuntura econômica (*Wirtschaftskonjunktur*) e que as “normas constitucionais não afastam as crises econômicas” (*Verfassungsnormen bannen nicht Wirtschaftskrisen*).

<sup>105</sup> Huber, H. op. cit. p. 159.

verno.<sup>106</sup> Os direitos econômicos e sociais existem, como já vimos, sob a “reserva do possível” ou da “soberania orçamentária do legislador”.<sup>107</sup> Mas há juristas, de posições extremadas, que advogam a eficácia dos direitos sociais independentemente de lei: o constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho até no título de um de seus livros fala em “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, defendendo a idéia de que os direitos sociais” são direitos originários a prestações (fundados na Constituição) e não direitos a prestações derivados da lei”;<sup>108</sup> o constitucionalista alemão P. Häberle, como já dissemos, desloca o problema da reserva da lei formal para uma difusa reserva de processo.<sup>109</sup>

## 6.2 Administração

O mínimo existencial, como liberdade normativa que é, pode ter as suas garantias aperfeiçoadas pelo poder regulamentar do Executivo. O *status negativus* se compagina com as normas sobre o reconhecimento das imunidades, desde que não restrinjam os direitos assegurados pela Constituição. O *status positivus libertatis* carece de inúmeras normas regulamentares, especialmente no campo da educação primária e da medicina preventiva. Observe-se que essas normas prescindem de lei formal anterior, eis que a administração pública pode, sem prejuízo da unidade normativa, baixar regulamentos autônomos para a garantia dos direitos fundamentais previamente declarados na Constituição.<sup>110</sup>

A plena garantia do mínimo vital se efetiva ainda por intermédio do processo administrativo e da eficiência dos órgãos da administração.<sup>111</sup> A ampliação dos direitos compreendidos como condição para o exercício da liberdade faz com que a ação dos órgãos administrativos tenha influência decisiva assim para assegurar-lhes o *status negativus* como o *status positivus*. Processo administrativo rápido e justo, boas escolas, bons hospitais, eficiente administração financeira e monetária,<sup>112</sup> estatísticas corretas sobre os níveis de pobreza que permitam a reorientação dos investimentos estatais,<sup>113</sup> políticas públicas destinadas à erradicação da miséria, tudo contribui para assegurar a igualdade de chance e o mínimo existencial. Insista-se, todavia, em que essa prática administrativa nem sempre se apóia em leis

<sup>106</sup> A Suprema Corte americana, no importante caso *National League of Cities v. Usery* (426 US 833, 1976), invalidou a lei federal que criava obrigações sociais para os estados-membros. Tribe, L. (Unraveling National League of Cities: The new federalism and affirmative rights to essential government services. *Harvard Law Review*, 90(6): 1.067, 1977) criticou a decisão, considerando-a injusta.

<sup>107</sup> Ver notas 85 e 86.

<sup>108</sup> op. cit. p. 371.

<sup>109</sup> Ver nota 91.

<sup>110</sup> Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966. p. 187; Luño, Peres. op. cit. p. 102; Rivero, J. *Le Conseil constitutionnel et les libertés*. Paris, Economica, 1984. p. 156; Schenke, W. R. Gesetzgebung durch Verwaltungsworschriften? *Die öffentliche Verwaltung*. 1977. p. 33.

<sup>111</sup> Wahl, Rainer. *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, v. 41, p. 189, 1983.

<sup>112</sup> Luhmann, N. *Grundrechte als institution*. Berlin, Duncker & Humblot, 1986. p. 119, sublinha a importância da autonomia do Banco Central e da estabilidade monetária para a garantia dos direitos fundamentais.

<sup>113</sup> Cf. Paim, A. op. cit. p. 44.

específicas, eis que deriva da própria estrutura do governo e da organização dos serviços públicos essenciais, que encontram a sua razão de ser na defesa dos direitos fundamentais.

Releva acrescentar que o mínimo existencial, na qualidade de direito subjetivo, é oponível à administração,<sup>114</sup> gerando para esta a obrigação de entregar a prestação de serviço público independentemente do pagamento de qualquer tributo ou contraprestação financeira, haja, ou não, lei ou regulamento. A violação do direito, por ação ou omissão, justifica, como veremos adiante, o controle jurisdicional.

Eis aí outra distinção básica entre o mínimo existencial e os direitos sociais: estes, ao contrário daquele, necessitam da lei formal, ainda que orçamentária,<sup>115</sup> para que possam ser protegidos pelo Executivo. Não obstante a crescente importância dos direitos econômicos e sociais, com a conseqüente proliferação dos órgãos administrativos e a diversificação das políticas públicas, vincula-se a sua proteção à existência da lei específica.<sup>116</sup> Ensino superior, medicina curativa, casas populares, transportes etc. subordinam-se à concessão legislativa. Ressalve-se, entretanto, que há quem defenda a liberdade da administração no formular a política social, tese que, em geral, vem acompanhada da defesa do “Estado forte”,<sup>117</sup> “da simbiose entre o indivíduo e a administração”<sup>118</sup> e do enlace entre “administração coativa e administração de prestações”.<sup>119</sup>

### 6.3 Jurisdição

O mínimo existencial possui diversos instrumentos judiciais para a sua garantia, seja na via ordinária, seja através dos processos disciplinados pela própria Constituição. Entre os últimos cumpre examinar o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão.

#### 6.3.1 Mandado de Segurança

O mandado de segurança tem grande importância para a proteção do *status negativus* do mínimo existencial. A imunidade das instituições filantrópicas, as deduções do imposto de renda, as isenções dos impostos indiretos, a limitação da taxa judiciária sempre foram asseguradas entre nós na via mandamental ou ordinária.

Também o *status positivus libertatis* é garantido pelo mandado de segurança. Qualquer ação ou omissão dos órgãos públicos que implique violação do direito fundamental às condições mínimas de existência humana digna justifica o controle

<sup>114</sup> Cf. Müller, J. P. op. cit. p. 66; Corso, G. op. cit. p. 762.

<sup>115</sup> Ackerman, S. Rose, Progressive Law and economics – and the new administrative law, *The Yale Law Journal*, 98(2): 353, 1988, diz que o *Welfare State* depende da “consistência orçamentária” (*budgetary consistency*); Mutius, A. von. Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, v. 42, p. 208, 1984.

<sup>116</sup> Forstthoff, E. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, v. 12, p. 20, 1954.

<sup>117</sup> Campos, Francisco. op. cit. p. 56: “O princípio da liberdade não garantiu a ninguém o direito ao trabalho, à educação, à segurança. Só o Estado forte pode exercer a arbitragem justa, assegurando a todos o gozo da herança comum da civilização e da cultura.”

<sup>118</sup> Häberle, P. op. cit. p. 204: *Der Bürger in Symbiose zur Verwaltung*.

<sup>119</sup> Canotilho, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. op. cit. p. 46.

jurisdicional. O ensino primário gratuito deve ser assegurado pelo Judiciário,<sup>120</sup> embora o secundário e o superior não gozem de igual prerrogativa, em face do disposto no art. 208, II, da CF.<sup>121</sup> A assistência médica de urgência nos hospitais públicos é igualmente objeto de controle do juiz.

### 6.3.2 Mandado de injunção

O mandado de injunção, de que cuida o art. 5º, inciso LXXI, da CF de 1988, é outro importantíssimo instrumento para a garantia do mínimo existencial. Conceder-se-á “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais”. Veio dotar o Judiciário de meios para o controle da omissão dos outros poderes e representa moderníssima conquista no campo dos direitos humanos, eis que se entendia que o juiz, na ausência de lei prévia, não poderia conceder prestações necessárias à garantia do mínimo existencial, por implicar gasto público.<sup>122</sup> Mas o mandado de injunção há que ser aplicado com moderação e servirá, principalmente, para, dialeticamente, antecipar e motivar a atividade do legislador, tendo em vista que não competirá ao juiz elaborar a norma abstrata, mas, apenas, conceder ou garantir casuisticamente a prestação estatal positiva,<sup>123</sup> construindo a regra aplicável à hipótese emergente.

A nova figura do direito constitucional brasileiro inspirou-se em modelo americano. Não creio que a sua origem esteja simplesmente no *writ of injunction*, empregado na jurisdição de equidade,<sup>124</sup> como querem alguns juristas.<sup>125</sup> Parece-me que o *structural injunction* (também chamado *administrative injunction* ou *affirmative injunction*) explica melhor o alcance do nosso mandado de injunção. A jurisprudência americana vem se cristalizando no sentido de que é legítimo o controle positivo pela jurisdição através de *judicial decrees*,<sup>126</sup> que prescrevem, casuística e exaustivamente, a conduta a ser adotada pelos órgãos administrativos. Tais *affirmative injunctions* chegaram a determinar a alocação de recursos para as prisões e hospitais, na defesa do direito dos pobres, dos presos e dos alienados mentais. Tiveram a vantagem de antecipar e inspirar as medidas do Legislativo para o preenchimento das omissões normativas e as redefinições orçamentárias, em-

<sup>120</sup> Pontes de Miranda, O acesso à cultura como direito de todos, op. cit. p. 31: “É preciso que se crie, para todos, o direito subjetivo à educação. Porém não só o direito subjetivo. Também a pretensão, a ação e o remédio jurídico processual”; Tácito, Caio, Educação, Cultura e Tecnologia na Constituição: In: Cretella Jr., J. et. alii. *A Constituição brasileira de 1988: Interpretações*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988, p. 418: “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito não será apenas uma faculdade ou regalia. Importa, em virtude de norma expressa, em direito público subjetivo, a se traduzir, portanto, na viabilidade de prestação jurisdicional”; Barroso, Luiz Roberto, Efetividade das normas constitucionais. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado*, 1987, v. 39, p. 49.

<sup>121</sup> Maciel de Barros, Roque Spencer. A Constituição e a educação. *Convivium*, v. 6, p. 540, 1988.

<sup>122</sup> Müller, J. P. op. cit. p. 67; Michelman, op. cit. p. 39; Perry, M. op. cit. p. 158.

<sup>123</sup> Contra: Greco Filho, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo, Saraiva, 1989, p. 182, que entende que o tribunal, pelo mandado de injunção, não outorga o direito, mas elabora a norma geral.

<sup>124</sup> Whitaker da Cunha, Fernando. A Constituição de 1988. *Arquivos dos Tribunais de Alçada*, 10, p. 27, 1989.

<sup>125</sup> Silva, José Afonso da. Mandado de injunção, direito do cidadão. *Jornal do Brasil*, de 26 de ago. 1988.

<sup>126</sup> Fletcher. The Discretionary Constitution: Institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, 91(4):635, 1982.

bora não se lhes poupem críticas pelo aspecto da discricionariedade judicial e da desestruturação dos programas governamentais, como ocorreu no estado do Alabama, em que o Judiciário alocou para determinado presídio a verba de US\$ 28 milhões, sem considerar que o orçamento reservava para todo o sistema penitenciário a quantia de US\$ 22 milhões.<sup>127</sup>

O mandado de injunção, usado com os temperamentos que a doutrina americana vem indicando, pode se constituir em valioso instrumento para a garantia do mínimo existencial. Mas é imprestável para a proteção dos direitos econômicos e sociais. Em primeiro lugar, porque tem por finalidade garantir os “direitos e liberdades constitucionais”, que são os direitos da liberdade declarados no próprio art. 5º, e não os direitos sociais enumerados a partir do art. 6º. Depois, porque, se os direitos sociais dependem da obra do legislador, seria contraditório que se autorizasse o juiz a concedê-los na falta de norma.<sup>128</sup> Registre-se, todavia, que certa parte da doutrina, nesta fase inicial de vigência da Constituição, vem advogando o emprego do mandado de injunção para a garantia de direitos sociais.<sup>129</sup>

### 6.3.3 Ação de inconstitucionalidade por omissão

A declaração de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, prevista no art. 103, § 2º, da CF de 1988, não tem importância para a garantia do mínimo existencial, que, radicando na Constituição, se efetiva independentemente de norma abstrata, sendo-lhe suficiente o casuísmo do mandado de injunção.

O controle da inconstitucionalidade por omissão foi buscá-lo o constituinte brasileiro no modelo português, até hoje quase sem uso,<sup>130</sup> criado para a garantia dos direitos sociais<sup>131</sup> ou para o controle do legislador que não edita as leis necessárias a conferir concretização às “normas constitucionais não exequíveis por si próprias – preceptivas ou programáticas”.<sup>132</sup>

## 7. A interpretação dos direitos humanos e a nova Constituição Federal

A Constituição de 1988 é de origem compromissária, resultando em boa parte dos acordos políticos entre facções presentes à Assembléia Constituinte. Aproxima-se, indubitavelmente, em suas qualidades e defeitos, da Constituição de Portugal, também compromissária.<sup>133</sup>

<sup>127</sup> Perry, M. op. cit. p. 158.

<sup>128</sup> Barbi, Celso Agrícola. Proteção processual dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 57, p. p. 27, 1988: “Essas normas programáticas, evidentemente não podem ser objeto do mandado de injunção, porque o juiz não pode assumir o papel de legislador e criar normas, nem pode compelir o Poder Legislativo a fazer a legislação regulamentadora daquelas normas.”

<sup>129</sup> Slaib Filho, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988. Aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro. Forense, 1989. p. 268, Dantas, Ivo. *Mandado de injunção*. Rio de Janeiro, Aide, 1989. p. 70; Barroso, Luiz Roberto. op. cit. p. 57; Lopes, Mauro Ferraz. *O Mandado de injunção*, *Supl. Jur. DORJ*, 1(3), p. 41, 1988.

<sup>130</sup> Bastos, Celso. Direitos e garantias individuais. In: Cretella Jr., J. et. alii. *A Constituição brasileira de 1988*. op. cit. p. 25.

<sup>131</sup> Saraiva, Paulo Lopo. Os direitos sociais e a inconstitucionalidade por omissão. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. v. 5, p. 33, 1986; Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *A nova Constituição brasileira: Constituição-dirigente ou Constituição-plano*. *Convivium*, v. 6, p. 503, 1988.

<sup>132</sup> Miranda, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra, Coimbra Ed., p. 394, 1988.

<sup>133</sup> Torres, Ricardo Lobo. *A Constituição compromissária de Portugal*. *Convivium*, 29(5):375, 1986.

Entre os seus capítulos renovadores e ajustados à modernidade está o dos direitos da liberdade. Necessita, entretanto, de ser convenientemente interpretado. Buchanan já observou que uma revolução genuinamente constitucional se cifra na “redefinição consensual dos direitos individuais e das pretensões”.<sup>134</sup> O trabalho da interpretação deve ter o objetivo de dilargar e aprofundar a compreensão dos direitos humanos, que não se expressem em catálogo completo e acabado, e, ao mesmo tempo, traçar a linha demarcatória que os extrema dos direitos econômicos e sociais.

De feito, os direitos fundamentais e o mínimo existencial, especialmente nos países em desenvolvimento, têm uma extensão maior que nas nações ricas, pela necessidade da proteção estatal aos bens necessários à sobrevivência das populações miseráveis. As imunidades e os privilégios dos pobres e as suas pretensões à assistência social requerem a interpretação extensiva.

Impõe-se, por outro lado, que sejam selecionados e que se extremem conceptualmente dos direitos sociais. Desconfie-se dos “dispositivos ingênuos que prometem o paraíso a todos os brasileiros, graças aos recursos do Estado”.<sup>135</sup>

A interpretação do mínimo existencial, por conseguinte, deve procurar o equilíbrio entre os direitos fundamentais e os sociais,<sup>136</sup> através da prévia delimitação dos respectivos campos. Nem o Estado ultraminimalista, que nada concede aos pobres, defendido por Nozick,<sup>137</sup> nem a Constituição dirigente, como propõe Cautinho. Alguns juristas americanos estão conseguindo trilhar o caminho do equilíbrio entre o ativismo judicial e o apelo à letra da Constituição, entre o *non-interpretivism* e o *interpretivism*.<sup>138</sup> Se os direitos econômicos e sociais não devem ser eclipsados pela só garantia do mínimo existencial, não é menos verdade que o exagero na defesa daqueles pode enfraquecer os direitos humanos.<sup>139</sup>

Em suma, apenas a reflexão sobre a liberdade e os direitos humanos, abandonada no período autoritário, conduz à efetiva garantia do mínimo existencial, ao combate à pobreza e à extinção dos privilégios odiosos, superando as ambigüidades de um Estado que é simultaneamente fiscal e patrimonial, moderno e arcaico, pai dos pobres e dos ricos, ou, em uma palavra, um “ogro filantrópico”.<sup>140</sup>

<sup>134</sup> Buchanan, *The Limits of Liberty*. Cgicago, The University of Chicago Press, 1975. p. 178.

<sup>135</sup> Reale, Miguel. Constituição terceiro-mundista. *Convivium*, 31(6): 497, 1988.

<sup>136</sup> Tácito, Caio. Poder de polícia e polícia do poder. *Revista de Direito Administrativo*, v. 162, p. 9, 1985, fala em novo liberalismo, que “soma os valores tradicionais da igualdade e da liberdade com o dever sa solidariedade”.

<sup>137</sup> Nozick. *Anarchy, State and utopia*. New York, Basic Books, 1974. p. 26.

<sup>138</sup> Dworkin, Ronald. *A Matter of principle Cambridge*. Haward University Press, 1985. p. 34; Pritchett, C. Herman, op. cit. p. 334.

<sup>139</sup> Isensee. *Verfassung ohne soziale Grundrechte*. op. cit. p. 384, adverte que o maior perigo da atualidade ameaça “não os direitos sociais, mas a substância liberal da Constituição”.

<sup>140</sup> Paz, Otavio. *O ogro filantrópico*. Rio de Janeiro, Guanabara, 1989. p. 101.