

## 5

### Mínimo existencial

O mínimo existencial pode ser realizado de duas formas: (1ª) pelas prestações positivas do Estado; (2ª) pelas prestações negativas estatais. São, assim, obrigações dirigidas ao poder estatal. Esse é o ponto cerne da presente dissertação: o exame do tratamento que o Estado Brasileiro, através de suas instituições, vem dispensando ao mínimo existencial, de forma a efetivar o princípio-fundamento da dignidade humana.

Antes que se possa indagar, sem resposta, sobre: em quais juízos repousa a relevância do atendimento às condições de vida digna; quais são os fundamentos filosóficos justificadores do interesse social nas medidas positivas e negativas estatais; qual o papel do Estado na distribuição e transferência das riquezas nacionais; e, se há um modelo de justiça distributiva que seja capaz de ser operacionalizado, é mister identificar os contornos teóricos que estão ligados ao tema aqui tratado, socorrendo-se, assim, nas lições de John Rawls e Ricardo Lobo Torres, cada qual dentro de suas especificidades.

#### 5.1.

##### Contornos teóricos

Muito se afirmou nesta dissertação sobre a necessidade de prestações positivas e negativas por parte do Estado, em respeito ao mínimo existencial e, conseqüentemente, como efetivação da garantia do princípio da dignidade da pessoa.

O tema relaciona-se fundamentalmente aos direitos sociais, na medida em que reclama prestações assistenciais exigíveis do Estado, a quem compete a distribuição da riqueza pública, que, por sua vez, não sendo originária, depende da intervenção estatal na propriedade particular, através da incidência tributária.

Do bolo arrecadado, deve o Estado atender às necessidades públicas, mormente por se entender, como já antes afirmado, que ele existe em função da pessoa e não o contrário. Assim, diante do valor arrecadado e a gerir, o dinheiro

será destinado à realização das despesas que propiciem a própria existência das instituições, bem como o atendimento às políticas públicas assistenciais.

Nesta seara, para aqueles que entendem que os direitos sociais não são fundamentais e, assim, não exigíveis em juízo, por dependerem de possibilidade orçamentária, cuja aferição não está submetida ao crivo do Judiciário, em respeito à repartição dos poderes federados, o mínimo existencial resolve o problema. É que existiria um consenso na doutrina de que o mínimo existencial não se sujeita à reserva do possível e, assim, não está adstrito aos limites orçamentários. Por sua vez, não há divergência ao se dispensar o caráter de direito subjetivo às pretensões positivas e negativas concernentes aos recursos mínimos necessários à existência humana digna.

Lembra Sarlet (2007, p. 100) que a noção de um direito fundamental às condições materiais mínimas, que possam assegurar uma vida com dignidade, teve sua elaboração dogmática primeva na Alemanha, citando o nome de Otto Bachof como primeiro expoente da doutrina a se debruçar sobre o assunto e para quem, por inspiração de dispositivo da Lei Fundamental de 1949 (art. 1º, inciso I), o princípio da dignidade humana não reclama apenas a garantia da liberdade, mas, também, um mínimo de segurança social, uma vez que, sem os recursos materiais, aquela dignidade restaria sacrificada. Assim, segundo o publicista alemão, o direito à vida e à integridade corporal, previsto naquela Lei Fundamental, não poderia ser concebido somente como mero direito de defesa, mas exigiria uma postura ativa no sentido de se garantir a vida.

No trato do tema aqui focado, entre os estudiosos contemporâneos, procura-se marco teórico na doutrina do filósofo norte-americano John Rawls, quem trouxe grandes contribuições na seara da Teoria Política. Na doutrina brasileira, Ricardo Lobo Torres trouxe luzes ao tema, através da ótica tributário-financeira.

Antes de se adentrar nas concepções de cada um daqueles teóricos, algumas linhas deverão ser destinadas ao entendimento da razão, pela qual um certo ceticismo acompanhou a idéia de uma teoria de justiça social. Para tanto, será parafraseado o trabalho apresentado por Torres (1995, p. 27-39) sobre o assunto.

A idéia de uma justiça social foi-se desenvolvendo a partir do século XIX, fundada nos conceitos de justiça clássicos (Aristóteles e Santo Tomás de Aquino) e, diante dos conflitos sociais e das divisões entre o capital e trabalho, o

pensamento ocidental passa a refletir sobre o assunto, chegando a um impasse ao final da década de 60 e nos anos 70. O seu conteúdo cifra-se na necessidade da redistribuição de rendas, para proteção dos fracos, pobres e trabalhadores, cujas discussões projetam-se, muitas vezes, para o tema da igualdade, e, em outras, para a temática da liberdade.

Assim, das reflexões da teoria da justiça social decorrem três idéias básicas: (1<sup>a</sup>) a redistribuição de rendas seria obtida através do processo social espontâneo, com base no desenvolvimento econômico e na economia de mercado; (2<sup>a</sup>) a transferência de recursos da classe mais rica para a classe mais pobre, com enriquecimento desta última camada; (3<sup>a</sup>) a exclusiva participação de determinadas instituições sociais (Igreja, sindicatos, empresas, entidades não-governamentais) no processo de redistribuição de rendas.

Esse modelo levou ao impasse entre os críticos, por perceberam a impossibilidade de uma redistribuição espontânea e automática de renda, a ausência do Estado como intermediário e a impossibilidade de se atribuir exclusivamente às instituições sociais a responsabilidade pela transferência das riquezas.

A partir daquele impasse, somado à desestruturação do Estado do Bem-Estar Social, seguiu-se um ceticismo, levando alguns teóricos a defenderem posições pessimistas em relação à idéia de justiça social. Em decorrência disso, outra vertente do pensamento jurídico contemporâneo retomou a meditação, fazendo migrar o foco, antes dirigido à justiça social, para a justiça política. Nesta, há uma preponderância do papel do Estado no fomento da redistribuição de rendas através de suas próprias instituições políticas (Fisco, Administração, Banco Central) e por meio da concretização dos princípios constitucionais, vinculados às idéias de justiça.

Nesse enfoque, há de se considerar a contribuição de Rawls na elaboração de uma justiça política, acendendo o debate acerca de um modelo de justiça procedimental, que será explorado a partir desse momento.

### 5.1.1.

#### Uma Teoria da Justiça

No prefácio da edição brasileira de sua obra intitulada “Uma Teoria da Justiça”, realizada em 2002, Rawls explica que a sua versão original e inglesa de 1971 foi revista, a fim de retirar algumas deficiências, sobretudo as apontadas por Herbert Hart. Esclarece, também, o autor que aquela sua obra nasceu da reunião de artigos que escreveu, ao longo de aproximadamente doze anos e, já no primeiro capítulo, apresenta como objetivo central a elaboração de uma teoria que seja uma alternativa para as doutrinas filosóficas até então dominantes: a utilitarista e a intuicionista.

Por sua complexidade, a Teoria de Justiça de Rawls por si só já demandaria uma dissertação acadêmica. Assim, optou-se por sacrificar aspectos relevantes de sua teoria, a fim de atender aos limites da presente, destacando tão somente os elementos pontuais de sua obra, que servem como orientação teórica para embasamento ao tema do mínimo existencial, tais como: a estrutura da sociedade projetada, a posição dos indivíduos, os princípios de justiça propostos, o papel das instituições no atendimento das condições básicas dos cidadãos, bem como a distribuição dos benefícios a eles distribuídos.

A idéia de justiça para Rawls (2002, p. 4) possui uma grande importância, chegando o autor a afirmar que leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas, se forem injustas. O papel atribuído à justiça seria o de viabilizar uma comunidade humana. Assim, o objeto primário da justiça para Rawls seria a estrutura básica da sociedade, ou seja, a “maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social” (2002, p. 07). O autor delimita o seu campo de atuação a uma sociedade fechada, bem-ordenada, assim presumindo que, naquela, cada um aja com justiça e cumpra sua parte para manter instituições justas, considerando o modelo da democracia constitucional liberal como a única adequada à garantia das liberdades individuais.

A idéia principal da teoria da justiça de Rawls (2002, p. 12) reside na abstração superior da teoria do contrato social clássico (Locke, Rousseau e Kant), cujos princípios, para a estrutura básica da sociedade, se constituiriam no objeto

do consenso original e que seriam aceitos por pessoas livres, racionais e em posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subseqüentes, bem como especificar os tipos de cooperação social a serem assumidos e as formas de governo que poderiam ser estabelecidos. A essa maneira de considerar os princípios de justiça, o autor chama de “justiça como equidade”.

Na justiça como equidade, a posição original de igualdade faz paralelo com o estado de natureza do contrato social, caracterizando-se, não como uma situação histórica real, mas, como uma situação puramente hipotética, na qual ninguém conhece o seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o *status* social que ocupa, assim como, são desconhecidas por todos os indivíduos a sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, a sua inteligência, a sua força, ou até as suas concepções do bem, ou coisas semelhantes. Ou seja, os princípios da justiça são escolhidos sob um “véu de ignorância”, que permite um consenso ou ajuste eqüitativo. Na posição original, reside o “*status quo* inicial, apropriado, e assim os consensos fundamentais nela alcançados são eqüitativos” (RAWLS, 2002, p. 14).

Ao elaborar uma concepção de justiça, uma das primeiras tarefas que Rawls se propõe a cumprir é a de determinar quais princípios seriam escolhidos na posição original. Para isso, já de início, descarta o princípio da utilidade, por entender que, numa posição original, não seria razoável que pessoas que se vêem como iguais, com direito a fazer exigências mútuas e com interesses próprios, concordariam com um princípio, que exija de alguns uma expectativa de vida inferior, com perda duradoura para si mesmo, em prol de uma soma maior de vantagens a serem desfrutadas por outros. Segue dizendo que um homem racional “não aceitaria uma estrutura básica simplesmente porque ela maximizaria a soma algébrica de vantagens, independentemente dos efeitos permanentes que pudesse ter sobre seus interesses e direitos básicos” (RAWLS, 2002, p. 16).

Para Rawls, os princípios da justiça a serem definidos corresponderiam àqueles que pessoas racionais, preocupadas em promover consensualmente seus interesses, aceitariam em condições de igualdade, nas quais ninguém é consciente de ser favorecido ou desfavorecido por contingências sociais e naturais.

Na presente dissertação, interessa muito o tema das instituições, em razão da preocupação com o papel do Estado nas prestações positivas e negativas. Elas

também são objeto de estudo de Rawls em sua teoria. Esclarece aquele autor o sentido daquelas instituições, como sendo um sistema público de regras que define cargos e posições com seus direitos e deveres, poderes e imunidades. Essas regras são as que prevêm certas formas de ação permissíveis, outras como proibidas, criando penalidades e defesas, na ocorrência de violações. Admite, também, que a publicidade das regras de uma instituição assegura que aqueles, que estão nela engajados, sabem quais os limites de conduta esperados uns dos outros e quais os tipos de ação permitidos. Assim, a justiça rawlsiana possui um forte caráter público, pois todos reconhecem suas normas, regras de conduta, esperando que ajam de acordo com elas. A confiança nas instituições preserva a sociedade e faz dela um empreendimento cooperativo. São elas que devem garantir que não ocorram distinções arbitrárias entre as pessoas, quando do momento de atribuição de direitos e deveres básicos na sociedade.

Antes de se passar aos princípios genéricos da teoria de Rawls, deve-se esclarecer que, para o autor, a sociedade é cooperativa, pois, visa vantagens mútuas e porque as pessoas entendem que a cooperação social proporciona-lhes uma vida melhor da que teria se cada um dos membros dependesse, unicamente, de seus próprios esforços. Embora haja uma identidade de interesses, há ao mesmo tempo um conflito, tendo em vista que os indivíduos não são indiferentes quanto à distribuição dos frutos de sua colaboração. Há, portanto, uma percepção das pessoas quanto às suas semelhanças e quanto às suas vulnerabilidades, o que as convergem com o fim de promoverem a cooperação social, com propósito de uma vida melhor para si e para toda a comunidade. Também percebem os indivíduos que existe uma escassez moderada de recursos naturais, que deixam reflexos na produção dos benefícios, advindos da mútua cooperação.<sup>1</sup> Disso resulta que, na teoria de Rawls, o que move os indivíduos àquela cooperação social não é, por um lado, o altruísmo ou, por outro, o egoísmo. Por ser racional e razoável é que a pessoa é capaz de buscar a satisfação de seus planos de vida, através da reunião de esforços mútuos.

---

<sup>1</sup> Cf. RAWLS, 2002, p. 137. A escassez é moderada, pois, não são abundantes a ponto de tornarem supérfluos os esquemas de cooperação, nem as condições são tão difíceis a ponto de condenarem empreendimentos frutíferos ao insucesso. As condições básicas que originam as necessidades do estabelecimento de regras sociais são nominadas pelo autor como circunstâncias da justiça, que são consideradas objetivas, quando se referirem à supracitada escassez, e são subjetivas, quando se tratarem do conflito de interesses.

Inicialmente, Rawls (2002, p. 64) propõe dois princípios da justiça que acredita serem consenso na posição original<sup>2</sup>. Para garantir precisão em seus enunciados, serão os mesmos descritos, da forma como encontrados em sua obra “Uma Teoria de Justiça”:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.

Tais princípios aplicam-se em primeira mão à estrutura básica da sociedade, governando a atribuição de direitos e deveres e regulando as vantagens econômicas e sociais. Os princípios da justiça, publicamente reconhecidos, são responsáveis por não permitir que ocorram arbitrariedades na distribuição dos benefícios, agindo de forma vigilante quanto às ações egoísticas humanas.

Dentre as liberdades básicas às quais se refere o primeiro princípio e que devem ser iguais, podem ser elencadas a liberdade política (o direito de votar e ocupar um cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a integridade física; o direito à propriedade privada; e, a proteção contra a prisão e a detenção arbitrárias.

O segundo princípio<sup>3</sup> (denominado como princípio da diferença) aplica-se à distribuição de renda e riqueza, que, apesar de não necessitar ser igual, deve ser vantajosa para todos, ao mesmo tempo em que as posições de autoridade e responsabilidade devem ser também acessíveis a todos. Aquele princípio é aplicado, mantendo-se abertas as posições para, depois, dentro desse limite, organizar as desigualdades econômicas e sociais de modo a todos se beneficiarem.

---

<sup>2</sup> Em “O Liberalismo Político” (2000), Rawls propõe nova reformulação dos princípios, desta forma: “a) Cada pessoa tem um direito igual a um esquema plenamente adequado de iguais liberdades básicas que seja compatível com um esquema idêntico de liberdade para todos. b) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: por um lado, têm de estar associadas a cargos e posições abertos a todos segundo as circunstâncias de igualdade equitativa de oportunidades; por outro, têm de operar no sentido do maior benefício possível dos membros menos favorecidos da sociedade.”

<sup>3</sup> A ambigüidade das expressões “vantajosas para todos” e “acessíveis a todos”, encontradas no segundo princípio, levou Rawls (2002, p. 69 e ss.) a um esforço interpretativo, que não será aqui dissecado, por não interessar à presente dissertação, mas que pode ser conferido na obra aqui estudada.

Demonstrando uma característica fortemente liberal do autor, o modelo rawlsiano contém uma “ordenação serial”, em que o primeiro princípio precede o segundo, significando que as violações das liberdades básicas iguais, protegidas pelo primeiro princípio, não se justificam nem se compensam por maiores vantagens econômicas e sociais. Observa o autor que esses princípios são um caso especial de uma concepção mais geral de justiça, afirmando: todos os valores sociais “devem ser distribuídos igualmente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos”, assim, a injustiça se constitui simplesmente de desigualdades que não beneficiam a todos (RAWLS, 2002, p. 66).

Bom frisar, no entanto, que essa precedência do primeiro princípio ao segundo não é absoluta. Em outros momentos de sua obra, admite Rawls que não é sempre que se exige a satisfação do primeiro princípio, para a realização do segundo, mas, apenas quando as circunstâncias sociais não permitem o estabelecimento efetivo dos direitos básicos e, mesmo, assim, as restrições somente podem ser aceitas, na medida em que sejam necessárias ao preparo do caminho para a ocasião em que elas não mais se justifiquem.

Mais ao final de sua obra, Rawls quebra de vez qualquer aparente rigidez na ordem de realização de seus princípios, admitindo, até mesmo, a efetivação do segundo antes do primeiro. Vale transcrever o trecho de sua teoria que confirma essa visão, a fim de se evitarem dúvidas quanto à sua interpretação:

[...] Embora os interesses fundamentais na liberdade tenham um objetivo definido, ou seja, o estabelecimento efetivo das liberdades básicas, é possível que esses interesses nem sempre pareçam na posição de direção. A realização desses interesses pode exigir certas condições sociais e um grau de satisfação de necessidades e carências básicas, e isso explica por que a liberdade pode algumas vezes ser restringida. Mas uma vez que se atingem as condições sociais e o grau de satisfação de necessidades e carências materiais necessários, como acontece em uma sociedade bem-organizada em circunstâncias favoráveis, os interesses de ordem superior passam a ser normativos. (RAWLS, 2002, p. 604).

O que pode ser depreendido até o momento, a partir da ordem de precedência dos princípios e de sua eventual inversão, é que, para Rawls, o primeiro princípio somente se pode realizar, se atendidas as necessidades básicas dos indivíduos. Ou seja, presumindo uma sociedade bem-ordenada, como propôs o autor, a prioridade do primeiro princípio depende de terem sido satisfeitas as

necessidades básicas das pessoas, através das instituições sociais. Para que os indivíduos venham a desfrutar de seus direitos e liberdades, há, primeiramente, que serem atendidas certas condições básicas relativas ao bem-estar.

As referidas condições básicas são relacionadas aos bens sociais primários que Rawls amplamente define como direitos, liberdades e oportunidades, assim como renda e riqueza<sup>4</sup>. Referidos bens configuram a base da expectativa das pessoas, ou seja, somente a partir dos bens primários é que os indivíduos acreditam que podem alcançar a satisfação de seus planos de vida. Para Rawls, mesmo que as pessoas defendam posicionamentos diversos, é plenamente possível o compartilhamento da idéia de “bem”, se elas identificarem para si as mesmas concepções de bens primários para as demais.

Nesse ponto, já é possível verificar uma identidade entre o mínimo existencial e o que Rawls (2002, p.77) denomina de “condições sociais necessárias para a igualdade equitativa de oportunidades”. Segundo o teórico, para atingir o objetivo de mitigar a influência das contingências sociais e boa sorte espontânea sobre a distribuição das porções, devem ser estabelecidas adaptações do mercado livre dentro de uma estrutura de instituições políticas e legais, reguladoras das tendências sociais necessárias para a igualdade equitativa de oportunidades.

Barcellos (2002, p. 127) identifica essa posição equitativa de oportunidades como equivalente da noção de mínimo existencial, ressaltando que, para Rawls, ela é um pressuposto fático, indispensável à coerência da teoria ora estudada. De fato, a observação daquela autora vem de encontro à percepção de que se pode fazer da mudança da ordem léxica dos princípios, já antes apontada, ou seja, o exercício da liberdade pressupõe a satisfação de condições básicas de vida da pessoa.

Ao permitir a inversão da ordem dos princípios, no que tange à prioridade da realização das condições básicas, o teórico norte-americano transpõe o mínimo existencial para a esfera constitucional do primeiro princípio, uma vez que deixa

---

<sup>4</sup> Em seu “O Liberalismo Político” (2000), Rawls tratou da especificação daqueles bens sociais primários em cinco grupos: (a) direitos e liberdades básicas; (b) liberdade de circulação e livre escolha da ocupação face a um quadro de oportunidades plurais; (c) poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica; (d) rendimentos e riquezas; e, (e) as bases sociais do respeito próprio ou auto-respeito.

ao legislador infraconstitucional a competência para o tratamento do conteúdo do enunciado no segundo princípio.

Barcellos (2002, p. 128-130) observa que, em um primeiro momento, a imprescindibilidade do mínimo existencial conduz Rawls a situá-lo fora da estrutura dos dois princípios, como um pressuposto lógico da equitatividade de sua construção teórica. Já no modelo final de sua Teoria de Justiça, o mínimo existencial deixa de ser um fim pretendido pelo legislador para figurar como um direito subjetivo constitucionalmente assegurado, concernente às garantias do direito da liberdade.

Correlativamente ao estudo de Rawls sobre as condições básicas para o exercício das liberdades (denominadas por ele como mínimo social), o autor acaba por propor uma teoria de justiça distributiva, através da análise dos papéis das instituições políticas e jurídicas nos moldes a seguir demonstrados.

Para se alcançar um processo distributivo justo, o sistema social deve ser estruturalmente adequado, dentro de um contexto de instituições políticas e jurídicas que atendam os seguintes pressupostos para a estrutura básica das instituições: uma constituição que assegure as liberdades da cidadania igual; a liberdade de consciência e de pensamento; um processo político justo e livre; igualdade equitativa de oportunidades (liberdade material).

Tudo isso significa dizer que o governo tente garantir iguais oportunidades de educação e cultura, subsidiando escolas particulares ou estabelecendo um sistema de ensino público; que o governo assegure a igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e na livre escolha de trabalho; e, por fim, que as instituições garantam um mínimo social, seja através de um salário-família e de subvenções especiais em caso de doença e desemprego, através de um suplemento gradual de renda (imposto de renda negativo).

Propõe Rawls que, para o estabelecimento desses pressupostos, o governo pode se dividir em quatro setores: *alocação, estabilização, transferências e distribuição*.

O setor de *alocação* é responsável pela manutenção da competitividade do sistema de preços, podendo usar de meios que previnam os desvios, bem como recorrer a impostos e subsídios. O setor de *estabilização* é sugerido para criar emprego e orientar o desenvolvimento das finanças (esse, juntamente com o setor de alocação, deve manter eficiente a economia de mercado de forma geral). O

setor de *transferências* trata do mínimo existencial, para garantir um certo nível de bem-estar, transferindo para algumas camadas da população os recursos suficientes ao atendimento às reivindicações da pobreza. E, por fim, o setor da *distribuição*, que possui, por tarefa, a preservação de uma justiça distributiva, através da taxaço e dos ajustes no direito de propriedade, defendendo a existência de impostos sobre heranças e doações e do imposto proporcional sobre a renda consumida (despesa), cuja carga tributária deve ser partilhada de forma justa.

Outro ponto importante para o exame do mínimo existencial na teoria de Rawls (2002, p. 314) decorre da seguinte indagação, que ele mesmo faz: “quanto deve ser o mínimo social?”. Para o autor, o senso comum se contenta em dizer que o nível correto depende da riqueza média do país e o mínimo deve ser mais alto quando essa média aumenta. Outra resposta seria: o nível adequado é determinado por expectativas definidas pelo costume.

Porém, para o autor, essas respostas são insatisfatórias, pois, a primeira delas não é precisa o suficiente, já que ignora a forma como o mínimo depende da riqueza média e outros aspectos relevantes como, por exemplo, a distribuição. A segunda não consegue fornecer um critério para se afirmar em que hipóteses as expectativas definidas pelo costume são razoáveis.

A resposta àquela indagação encontra-se, segundo Rawls, na aceitação do princípio da diferença, pois, dele decorre que o mínimo há de ser fixado no ponto em que são maximizadas as expectativas do grupo menos favorecido. Para isso, sugere a adoção de um princípio justo de poupança, ou seja, um entendimento entre gerações no sentido de que cada uma carregue a sua respectiva parte no ônus de realizar e preservar uma sociedade justa<sup>5</sup>.

O princípio da poupança decorre de uma interpretação formulada a partir da posição original, onde se aceitou defender e promover instituições justas. Suas características principais podem ser definidas pela existência de direitos e deveres para as diferentes gerações em relação umas às outras, através de princípios definidos na posição original, definindo a justiça entre as pessoas que vivem em

---

<sup>5</sup> Àqueles que consideram que o desenvolvimento humano traduz uma injustiça cronológica, em virtude de os sucessores lucrarem com o trabalho dos seus predecessores, Rawls (2002, p. 317) responde dizendo que esses sentimentos, embora naturais, estão deslocados e essa dificuldade de conceito é superável. Explica o autor: “É um fato natural que as gerações se estendam no tempo e que os benefícios econômicos fluam apenas em uma direção. Essa situação é inalterável, e portanto a questão da justiça não se coloca. O que pode ser classificado de justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com as limitações naturais e a maneira como elas são estruturadas para tirar vantagens das possibilidades históricas.”.

épocas diferentes, pois, os indivíduos possuem um dever natural de defender e promover o desenvolvimento de instituições justas, para a melhoria da civilização.

Embora sem menção expressa, é fácil perceber na teoria de Rawls uma noção de solidariedade<sup>6</sup>, manifestada em diversos trechos de sua obra. Em um deles afirma que os seres humanos possuem objetivos finais partilhados, valorizando as suas instituições e atividades comuns, pois, “precisamos uns dos outros como parceiros de estilos de vida que são adotados por seu valor próprio, e os sucessos e satisfações dos outros são necessários e complementares ao nosso bem” (Rawls, 2002, p. 583). Também a solidariedade está presente quando diz “que é através da união social, fundada nas necessidades e potencialidades de seus membros, que cada pessoa pode participar da soma total dos dons naturais cultivados das outras”. E quando afirma que é essencial que haja um objetivo final partilhado e formas de promovê-lo, que possibilitem o reconhecimento público das realizações de cada um, e, “quando se atinge esse objetivo, todos sentem satisfação com a mesma coisa; e esse fato, juntamente com a natureza complementar do bem dos indivíduos, afirma o vínculo da comunidade” (Rawls, 2002, p. 585).

Por fim, a justiça rawlsiana não deixa de admitir a desigualdade social e econômica. A questão é que essa desigualdade deve beneficiar especialmente as pessoas menos favorecidas pela sorte natural e social. Deve haver uma compensação que mantenha plenamente ativas as liberdades das pessoas menos favorecidas, a fim de preservar-lhes as condições de igualdade política e social. Assim, mesmo estando na posição de um liberal<sup>7</sup>, Rawls confia em que as instituições sociais regularão a vida social, nos aspectos mais importantes, como a garantia das liberdades individuais e o repúdio às desigualdades moralmente arbitrárias.

---

<sup>6</sup> Cf. GODOI, 2005, p. 149. “Forçosamente, uma concepção contemporânea de justiça no quadro das sociedades atuais deve contemplar e combinar os valores da liberdade, da igualdade e da solidariedade. Se supomos que os cidadãos são livres e iguais, o próprio conceito de sociedade se abre forçosamente para a solidariedade. Pois uma sociedade de pessoas livres e iguais consiste num sistema equitativo de cooperação, um sistema em que todos os que cooperam deve beneficiar-se da forma apropriada.”

<sup>7</sup> Cf. MACEDO, 2006, p. 144. “Rawls personifica o esforço liberal por fazer possível a conciliação do individualismo com os objetivos sociais das democracias constitucionais do ocidente.”

### 5.1.2

#### Mínimo existencial visto pela ótica financeira-tributária

Para o exame dos pressupostos teóricos do mínimo existencial sob as óticas financeira e tributária, serão utilizadas as lições de Torres, quem lançou novos horizontes ao tema em suas diversas obras. As referências àquele autor são correntes nos trabalhos dedicados ao assunto na doutrina nacional, não podendo deixar de constar da presente dissertação.

Segundo Torres (1989, p. 30), o problema do mínimo existencial, de muita importância na história da fiscalidade moderna, confunde-se com a questão da pobreza, distinguindo a pobreza absoluta da pobreza relativa, para fins de delimitar o papel do Estado. Ou seja, a pobreza absoluta deve ser combatida obrigatoriamente pelo Estado; quanto à relativa, o combate depende das possibilidades sociais e orçamentárias, uma vez que estão ligadas às causas de produção econômica e de redistribuição de bens.

Para o autor, sem o mínimo indispensável à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência e desaparecem as condições iniciais da liberdade da pessoa, cuja dignidade não pode retroceder para aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes poderão ser privados. Aqui reside um dos fundamentos do direito ao mínimo existencial e, nesse ponto, já se percebe a grande influência exercida em Torres pela teoria defendida por Rawls. Ambos definem o mínimo existencial como pressuposto para o exercício das liberdades.

Torres (2005a, p.184) encontra-se entre aqueles doutrinários que não consideram os direitos sociais como fundamentais, negando que o só critério topográfico na Constituição não autoriza aquela classificação. Para o autor, os direitos sociais e econômicos não são direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, não possuem o “*status negativus*”, não geram automaticamente a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia “*erga omnes*” e estão subordinados à idéia de justiça social. São princípios de justiça que se sujeitam às normas programáticas ou de “*policy*” e à “*interpositio legislatoris*” na via do orçamento público, que é o documento quantificador dos valores éticos, “a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas

dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados”<sup>8</sup>.

Por outro lado, Torres ameniza aquele seu posicionamento, quando afirma que os direitos sociais e econômicos não estão em conflito permanente com os direitos fundamentais. Eles são diferentes entre si, mas exibem características complementares, que podem ser recuperadas por uma devida ponderação de valores, da mesma maneira como a justiça e a liberdade podem integrar a mesma equação valorativa. Nessa linha de raciocínio, o autor reafirma que a jusfundamentalidade dos direitos sociais confunde-se com o mínimo existencial.

Para Torres, o mínimo existencial é direito subjetivo e seu nascimento é pré-constitucional. O seu titular deve ser protegido negativamente contra a intervenção estatal, exibindo assim um *status negativus*. Ao mesmo tempo, deve o Estado assegurar ao cidadão as prestações positivas, que exibem o *status positivus libertatis*.

O *status negativus* está relacionado ao poder de autodeterminação da pessoa, sua liberdade de ação ou omissão, sem qualquer ingerência por parte do Estado. Sua relação com o mínimo existencial encontra-se na esfera tributária, através das imunidades fiscais, ou seja, “o poder de imposição do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência” (TORRES, 2005a, p. 188). Segundo o autor, essa imunidade é paradoxal, uma vez que atinge os ricos e os pobres, dentro dos limites estabelecidos pelo mínimo existencial<sup>9</sup>.

O *status positivus libertatis* caracteriza-se pela necessidade de prestações positivas gerais e igualitárias do Estado, que não se sujeitam à reserva do possível. Entre aquelas prestações, encontram-se as garantias constitucionais como polícia, forças armadas, diplomacia, e as prestações positivas de proteção dos direitos

<sup>8</sup> Expressões estrangeiras utilizadas pelo autor estudado, que também, utiliza da clássica divisão em *status* das condições em que se acham o indivíduo como membro do Estado, realizada por Jellinek, valendo lembrar: *status subiectionis*, que se refere à limitação da personalidade por exclusão da autodeterminação do indivíduo; *status libertatis*, que se refere ao ser humano livre do *imperium*, senhor absoluto de si mesmo; *status civitatis*, que se estabelece no complexo de prestações estatais no interesse individual; *status activae civitatis*, relativo a quem é autorizado a exercer os direitos políticos. Jellinek resume os quatro *status* assim: “prestações ao Estado, liberdade frente ao Estado, pretensão contra o Estado e prestação por conta do Estado” (Cf. TORRES, 2005a, p. 81).

<sup>9</sup> Cf. TORRES, 2005a, p. 188. Em alguns países, o mínimo existencial está presente sob a rubrica de isenções, o que não desnatura a imunidade. Mesmo recebendo o apelido de isenção, especialmente na Europa, a doutrina e a jurisprudência lhe reconhecem o *status* próprio.

fundamentais sociais, como saúde, educação, assistência social, moradia, etc., que são assegurados pelos serviços públicos. Porém, para Torres, as prestações positivas possuem caráter subsidiário e não são ilimitadas. O Estado somente tem a obrigação de fornecê-las em caso de falha do sistema previdenciário público ou privado e se o indivíduo não possuir outros meios de sobrevivência. São realizadas através de prestações de serviços gratuitos, pelas subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, públicas ou privadas. Outras modalidades de tutela do mínimo existencial se expressam através de entrega de bens como roupas, alimentos e remédios, etc., em caso de calamidade pública ou por meio de programas de assistência à população carente, como merenda escolar, leite, etc., sem exigência de qualquer pagamento.

Para Torres, as condições da liberdade, a segurança do mínimo existencial e a personalidade do cidadão não dependem das considerações sobre justiça. Portanto, não se confundem o *status positivus libertatis* com o *status positivus socialis*, estes, constituídos pelas prestações destinadas à proteção dos direitos econômicos e sociais, importantes para o aperfeiçoamento do estado social de direito, mas que dependem da situação econômica e riqueza do país e, desta forma, objeto de legislação infraconstitucional.

Esses são, em pequenas linhas, os pontos essenciais da doutrina de Torres, a respeito do mínimo existencial. Porém, outras tantas questões alinhadas ao tema foram objeto de estudo daquele professor, que não serão desprezadas. Ao contrário, estarão compreendidas em diversos momentos desta dissertação, na medida do desdobramento do tema central, já que não há como enfrentá-lo sem se socorrer das lições do autor, principalmente, porque se cuida especificamente da realidade brasileira.

## 5.2.

### Elementos conceituais

A expressão “mínimo existencial” possui um significado semântico, diverso daquele juridicamente considerado. Decotando a expressão nas duas palavras que a compõem e recorrendo-se ao vernáculo brasileiro tem-se: mínimo como o “que é o menor; que está no grau mais baixo [...]; a menor porção ou grau de” (FERREIRA, 2004, p. 1334); existencial, como “da existência, ou referente a

ela” (FERREIRA, 2004, p. 854); e, por sua vez, existência, como “o fato de existir, de viver [...], ente, ser” (FERREIRA, 2004, p. 854). Justapondo as duas palavras na expressão ora referida, pode-se concluir que, semanticamente, o “mínimo existencial” poderia ser considerado como a “menor porção da existência”, no caso, da vida humana, o que poderia denotar, inclusive, um conteúdo matemático, uma vez que “porção de uma coisa” pode referir-se a algo aferível por alguma modalidade de medida quantitativa.

O simplório significado dado à expressão “mínimo existencial” pela língua pátria não coincide com aquele juridicamente considerado. Vale dizer, o núcleo do mínimo existencial vai muito além do que a justaposição gramatical revela.

O mínimo existencial para o Direito possui íntima relação com a dignidade humana. Em seu conceito, portanto, não se pode deixar de fazer referência àquele atributo inerente ao ser humano. Não há dissenso em se considerar que, juridicamente, o mínimo existencial refere-se ao “conjunto das condições materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna” (SARLET, 2007, p. 105). As condições básicas para a existência humana<sup>10</sup>, somadas aos elementos necessários ao exercício da sua dignidade, é que configuram o núcleo do mínimo existencial. Esse compreende o conjunto de situações materiais a uma existência com dignidade, mas não somente uma existência meramente física, como também espiritual e intelectual, fundamentais em um Estado que, pela feição democrática, demanda a participação dos indivíduos nas gerências públicas e, pelo aspecto liberal, permite a cada um o alcance de seu próprio desenvolvimento (BARCELLOS, 2002, p. 197-198).

Assim, a dignidade propriamente dita não está sujeita à aferição quantitativa, tendo em vista que a garantia efetiva de uma existência digna ultrapassa o limite da mera sobrevivência física, conforme se afirmou.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) oferece à compreensão um referencial para as condições básicas de vida humana com dignidade, dispendo em seu art. 25, I:

Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados

---

<sup>10</sup> Cf. SARLET, 2007, p. 102. A denominação ‘mínimo existencial’ não se confunde com ‘mínimo vital’ ou ‘mínimo de sobrevivência’, uma vez que estas duas últimas expressões não abrangem “as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, de uma vida com certa qualidade”.

médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (COMPARATO, 2007, p. 234).

Note-se que o padrão de vida referido pelo documento supracitado não se atém ao aspecto quantitativo, mas, qualitativo, muito embora se reconheça que os elementos propiciadores da saúde e o bem-estar, por serem materiais, dependem do fator econômico-financeiro para sua efetivação.

No dizer de Luiz Edson Fachin (2006, p. 271), o “mínimo” e o “máximo” não são necessariamente duas espécies do gênero “extremo”. São eles “as barreiras que fixam a essência de cada coisa e delimitam o seu poder e as propriedades. O mínimo pode ser mais que uma quantificação reducionista ou vinculado à idéia de básico ou elementar.

No caso específico das prestações positivas estatais, o valor destinado à garantia das condições existenciais mínimas está vinculado espacial e temporalmente ao *standart* sócio-econômico, sujeito às flutuações não apenas nas esferas econômica e financeira, como também às expectativas e necessidades vigentes (SARLET, 2007, p. 101).

No caso das prestações negativas, não é fácil identificar as situações nas quais a ingerência estatal ultrapassa a parcela mínima de garantia de uma vida digna, já que, carregado de subjetividade, o entendimento se faz sobre um referencial mínimo de existência com dignidade. A fixação do mínimo existencial fatalmente variará de acordo com o que se entende por vida digna, em dado momento histórico e em dada sociedade. Porém, o que não se pode conceber é a consideração de um mínimo que permita a espoliação da dignidade humana, frente aos seus direitos constitucionalmente previstos e fundamentalmente positivados.

Muito embora o problema esteja sob decisão política, ele não pode permanecer ao poder arbitrário do legislador, mas a um juízo vinculado ao que está estabelecido pelo modelo constitucionalmente adotado pela sociedade. Daí, por que, para a fixação dos parâmetros razoáveis de dignidade, há de se recorrer ao conceito já visto de cidadania, isto é, valores formados através de uma série de fatos interligados para proteger os direitos fundamentais e para concretizar as exigências vitais do indivíduo (DELGADO, 2004, p. 156).

Em países pobres ou em desenvolvimento como o Brasil, a medida do mínimo existencial possui uma maior extensão que nas nações ricas, uma vez que, naqueles, há uma maior necessidade de proteção estatal aos bens considerados essenciais à vivência digna. A interpretação, portanto, das imunidades e das pretensões dos pobres às prestações sociais, deve ser extensiva (TORRES, 2001, p. 286).

Para a concepção do mínimo deve-se levar em conta uma “visão captada pela lente da pluralidade” e, assim, o “mínimo é valor e não metrificação [...] não é menos nem é ínfimo”, deve ser usado para a “construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo.” (FACHIN, 2006, p. 280).

O homem possui necessidades básicas, exigidas em decorrência de sua própria natureza, tais como: orgânicas (entre elas, a alimentação adequada); bio-psíquicas (aceitação do outro, procriação); autonomia individual (reconhecimento de si e pelos outros); comunicação; educação; etc. O atendimento de apenas algumas destas necessidades, desprezando-se as demais, é a mesma coisa que desconsiderar o homem em sua integralidade. A consequência dessa atitude passa, necessariamente pela “morte das dimensões humanas desconsideradas, ou seja, a deformação do próprio ser humano que se vê privado do exercício de faculdades fundamentais que compõem a sua *humanidade*, isto é, sua *essência*” (GOMES, 2005, p. 61).

Já na esteira das prestações negativas, há para o Estado um limite de intervenção intransponível, sob pena de ofensa ao princípio-fundamento da dignidade humana. A conduta estatal interventiva não pode operar onde se localiza o mínimo existencial. A garantia das condições mínimas de vida digna do ser humano não se realiza apenas através das prestações assistenciais, mas também pela não intervenção na parcela de incapacidade contributiva do indivíduo. Trata-se de limitação ao poder de tributar do Estado, aqui entendido em todas as suas três esferas de poder (União, Estados/Distrito Federal e Municípios, no caso de modelo federativo como o do Brasil); o poder impositivo do Estado não pode ultrapassar a margem de uma vivência mínima do cidadão, devendo repetir que não se trata apenas de subsistência pura e simplesmente, mas de uma vida dentro dos patamares entendidos como de dignidade humana.

A referida não-intervenção é garantida por meio de proteções constitucionais expressas e implícitas, voltadas contra o poder estatal, com o objetivo de salvaguardar a faixa do patrimônio das pessoas que se acha localizada em linha marginal abaixo da capacidade contributiva.

O constituinte de 1988, ao inserir no artigo 3º, inciso I, da Carta Constitucional que é objetivo do Estado Brasileiro constituir uma sociedade livre, justa e solidária, irradiou para o Direito Tributário a necessidade de observância de uma política fiscal que obedeça aos princípios da liberdade, justiça social e solidariedade. Vinculam-se, assim, o Direito Tributário e os Direitos Fundamentais, cuja doutrina contemporânea está consolidada a partir de uma conscientização de que a tributação existe como meio para a realização da justiça social, sendo um importante instrumento para o alcance do propósito de uma vida digna para todos (GRUPENMACHER, 2006, p. 102).

É dever constitucional do Estado não apenas o de se abster da prática de atos atentadores à dignidade humana, como também o de promover esta dignidade, por meio de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território (SARMENTO, 2002, p.71). Dessa forma, a ingerência estatal na faixa do mínimo existencial, por falta de ações positivas ou através da intervenção tributária, implica em afronta ao princípio da dignidade humana, o que é repellido pelo modelo constitucional de Estado Democrático de Direito adotado no Brasil.

A verificação de como o mínimo existencial está inserido no ordenamento jurídico pátrio será a seguir realizada.

### 5.3.

#### **O mínimo existencial no ordenamento jurídico brasileiro**

A temática do mínimo existencial não está expressamente contemplada pela Constituição da República Federativa do Brasil. Porém, a ausência de uma expressa menção não significa a sua inexistência. A força normativa de sua dicção implícita é irradiada pela máxima fundamental do princípio da dignidade humana. Em sendo assim, deve ser procurada “na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e

privilégios do cidadão” (TORRES, 2001, p. 266). Ademais, sua presença é revelada em diversos dispositivos ao longo do texto da Magna Carta, bem como na legislação infraconstitucional.

No campo tributário, há no ordenamento jurídico pátrio um elenco de imunidades, referentes ao mínimo existencial, tanto na forma explícita quanto na implícita, valendo conferir os dispositivos legais que traduzem a sua existência expressa.

No artigo 5º da Constituição da República: inexistência do pagamento de taxas na petição aos poderes públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e na obtenção de certidões para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (inciso XXXIV); isenção de custas e de ônus de sucumbência na ação popular (inciso LXXIII); assistência jurídica gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (inciso LXXIV); gratuidade no acesso ao registro civil de nascimento e à certidão de óbito para os reconhecidamente pobres, na forma da lei (inciso LXXVI); gratuidade nas ações de *habeas-corpus* e *habeas-data* (inciso LXXVII).

No artigo 150, inciso VI, alínea c, o texto constitucional pátrio prevê a proibição da incidência de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviço das instituições de educação e assistência social de cunho filantrópico, que prestam serviço aos indivíduos desprovidos de recursos, em ação substitutiva do Estado, prestigiando a imunidade do mínimo existencial dos pobres.

No artigo 153, §4º, também da Carta Constitucional, está prevista a não incidência do imposto sobre propriedade territorial rural de pequenas glebas rurais, cujo proprietário não possua outro imóvel.

O artigo 198 da Constituição Brasileira garante, a quem necessitar, a gratuidade da assistência médica preventiva e o atendimento em hospitais públicos, assim como o artigo 203 prevê a assistência social, independentemente de contribuição ao sistema de seguridade social.

O artigo 206 da Carta Magna prestigia a educação dos pobres, oferecendo-lhes a gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais. Da mesma maneira, o artigo 208, inciso I, estabelece que haverá prestação de ensino fundamental a quem não teve acesso na idade própria, garantindo que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

A Constituição Brasileira de 1946, em seu artigo 15, §1º, previa a imunidade, no tocante aos impostos de consumo, dos artigos que a lei classifica como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica. Na Constituição atual, não há essa previsão, aparecendo nas legislações infraconstitucionais algumas isenções referentes ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

A proteção do *status negativus* do mínimo existencial encontra-se também presente na legislação infraconstitucional, no tocante à isenção do imposto sobre a parcela da renda que, em tese, está destinada à manutenção das condições mínimas de existência da pessoa.

Dentro da perspectiva do modelo constitucional vigente, há uma gama de dispositivos legais que impõem ao Estado o ônus de garantir as condições mínimas de vida digna de seus cidadãos, conforme foi possível verificar. Porém, o que pode gerar controvérsias é a medida, a correta equalização de quais e o quantum de prestações são indispensáveis à manutenção de uma vida digna, levando-se em conta, também, o problema da escassez de recursos (TORRES, 2001, p. 286). Outro aspecto problemático insere-se na questão referente à distribuição da carga tributária que incide sobre os elementos necessários à existência com dignidade, tais como produtos essenciais e renda familiar.

A questão principal, portanto, perpassa pelas seguintes indagações: como o Estado vem tratando o chamado mínimo existencial nas últimas décadas, em uma perspectiva dos valores que fundamentam a ordem constitucional brasileira? As ações positivas têm protegido os bens e serviços ligados às condições mínimas de existência digna? Como deve ser distribuída a carga tributária, a fim de respeitar essas referidas condições?

As respostas a essas questões dependem da análise dos deveres, atribuídos constitucionalmente, aos poderes públicos, o que já foi realizado nos capítulos anteriores, quando se deu os contornos do que se entende por dignidade humana, aferindo a sua força normativa de direito subjetivo e sua vinculação aos direitos fundamentais. Porém, aquelas respostas dependem também da análise sistemática da capacidade contributiva do cidadão, dos índices de empobrecimento, de emprego, e da carga tributária, além das ações governamentais, todos destinados à efetivação daquele princípio, no que tange ao mínimo existencial.

Assim, a partir desse ponto, chegaria o momento de precisar o estudo da relação do princípio da capacidade contributiva com o mínimo existencial, para o fim de oferecer contornos mais precisos, ou pelo menos, mais razoáveis acerca da qualificação das condições básicas para uma vida digna, considerando a inexistência de parâmetros seguros para sua quantificação. Porém, levando-se em conta que a capacidade contributiva afigura-se como um princípio estreitamente constitucional-tributário, há de se inverter a ordem para, antes, dedicar-se genericamente ao tema da tributação, o que será realizado a partir do próximo capítulo.